



Spettri del mitico “ordo”: diritto e mercato nel neoliberalismo

FRANCESCO DENOZZA

Il tema dei rapporti tra l'ordoliberalismo tedesco e il neoliberalismo americano, già affrontato da Foucault, sembra essere particolarmente attuale. Alcuni si chiedono se le teorie ordoliberali potrebbero offrire un'alternativa allo sviluppo del sistema neoliberale degli ultimi decenni, avvenuto sotto la prevalente influenza del pensiero americano. L'autore analizza quelli che considera i tratti essenziali del neoliberalismo, con riferimento al tema dei rapporti tra diritto e mercato, e conclude nel senso che, nonostante qualche apparenza in senso contrario, l'ordoliberalismo e il neoliberalismo americano condividono alcune rilevanti concezioni di fondo, il che induce ad escludere che il pensiero ordoliberalesco possa offrire oggi rilevanti spunti in direzioni diverse da quelle che il sistema neoliberale ha percorso e sta percorrendo

Ghosts of mythical 'ordo': Law and markets in neoliberalism

The relationship between German Ordoliberalism and American Neoliberalism, first analyzed by Foucault, is of special interest today. Commentators ask if Ordoliberal theories could offer an alternative to the neoliberal developments of the last few decades, shaped by American thought. The article analyzes the main traits of Neoliberalism on the issue of the relation between law and the market. The author concludes that despite appearances to the contrary, Ordoliberalism shares several relevant background assumptions with Neoliberalism, which leads to think that Ordoliberalism cannot offer a relevant alternative to the developments that neoliberalism recently went through.

Università degli studi di Milano,
email: francesco.denozza@unimi.it

Per citare l'articolo:

Denozza F. (2019), “Spettri del mitico “ordo”: diritto e mercato nel neoliberalismo”, *Moneta e Credito*, 72 (288): 327-348.

DOI: https://doi.org/10.13133/2037-3651_72.288_2

JEL codes:

B25, K10, A12

Keywords:

Neoliberalism, Ordoliberalism, law and the market

Homepage della rivista:

<http://www.monetaecredito.info>

1. Un'alternativa ordoliberalesca?

Molti commentatori sottolineano la particolare attenzione in tempi recenti dedicata al pensiero ordoliberalesco.¹ In effetti, si può anzitutto notare che il filone di studi aperto dalla postuma pubblicazione delle oramai celeberrime lezioni di Foucault sulla nascita della biopolitica² non solo mantiene la sua cospicua vivacità, ma si è arricchito di un tema nuovo e scottante, quale è quello relativo a una possibile riconciliazione (o addirittura una quasi conversione) del Foucault pensatore emblematicamente radicale e alternativo, o, se si vuole, “di sinistra”, sia pure non marxista (o, almeno, dichiaratamente non tale) verso il pensiero

¹ “Il fantasma dell'ordoliberalismo incombe sull'Europa” (“The spectre of ordoliberalism is haunting Europe”): così inizia il lavoro di Hien e Joerges (2017); ivi numerose citazioni a sostegno dell'affermazione.

² Che citerò dalla traduzione inglese (Foucault, 2008).



neoliberale,³ che di radicalmente alternativo (rispetto all'evoluzione degli ultimi decenni) non ha apparentemente molto da offrire (e che di certo, con buona pace di alcuni propagandisti, si è sinora manifestato come molto più di "destra" che di "sinistra").

Accanto a questo filone si registra però negli ultimi tempi lo sviluppo di un interesse meno filosofico e più pratico, che coinvolge studiosi di formazioni e di orientamenti anche molto diversi.

Il confronto tra il pensiero ordoliberalo germanico (diciamo la scuola di Friburgo⁴) e quello neoliberale americano (diciamo la scuola di Chicago⁵) che già occupava Foucault, attira ancora attenzione, ma essendo nel frattempo comparso un nuovo referente, e cioè la realtà prodotta nell'ultimo mezzo secolo, o quasi, dal successo del neoliberalismo, il problema centrale appare non più il confronto astratto tra le impostazioni delle due scuole, quanto piuttosto quello tra il pensiero neoliberale, nelle sue varie sfaccettature, e la realtà del neoliberalismo. Ci si chiede allora se la realtà attuale sia meglio spiegabile come sviluppo pratico di un modello ordoliberalo, oppure di un modello neoliberale stile Chicago, o magari come una evoluzione che ha finito per seguire linee proprie, che non corrispondono né all'uno, né all'altro dei due modelli.

Ovviamente l'interesse per queste questioni non è puramente teorico. In particolare, per alcuni di coloro che condividono ideali liberali, ma non sono del tutto soddisfatti della realtà attuale, il pensiero ordoliberalo potrebbe offrire ispirazioni, e, magari, anche pratiche indicazioni, utili a muovere verso un superamento dell'attuale situazione (sia pure in una direzione non troppo radicalmente alternativa).⁶

Questa prospettiva risulta particolarmente rilevante per gli studiosi europei anche in considerazione di una nota peculiarità del nostro ordinamento. Alludo, ovviamente, alla presenza nella "Costituzione" europea del riferimento all'economia sociale di mercato, assunta come modello ispiratore dell'ordinamento economico dell'Unione (Art. 3, § 3 del Trattato sull'Unione Europea). Dato lo stretto (anche se non chiarissimo) legame che collega il pensiero ordoliberalo con la nozione di economia sociale di mercato, ci si chiede se una migliore conoscenza del primo possa essere condizione per una migliore interpretazione e comprensione della seconda, se possa offrire indicazioni sull'effettiva rispondenza dell'ordinamento dell'Unione al modello ideale dichiarato, e, soprattutto, se possa fornire indicazioni per migliorare l'attuale realtà e per renderla più rispettosa dei dettami desumibili dal modello che è stato scelto a livello costituzionale.

In questa sede non sarà ovviamente possibile prendere posizione su tutti questi temi. Mi concentrerò su un tema sicuramente centrale, ma comunque relativamente circoscritto, quale è quello del rapporto tra diritto e mercato.

Da questo punto di vista, risponderò ai vari interrogativi sostenendo che la realtà attuale, ben può essere interpretata come una concretizzazione di indicazioni che provengono soprattutto dallo sviluppo delle idee della scuola di Chicago e della cosiddetta Nuova Economia Istituzionale, ma che non sono per nulla confliggenti con l'impostazione ordoliberalo. Sosterrò

³ Si veda per tutti Dean (2018, p. 40).

⁴ Anche se, come si sa, da una parte, l'ordoliberalismo è stato un fenomeno molto più articolato che non una dottrina circoscritta a un gruppo accademico e, dall'altra, è notoriamente problematico il rapporto tra il pensiero di Hayek e quello degli altri professori che hanno insegnato a Friburgo.

⁵ Anche se pure in questo caso il termine può non rendere giustizia alla complessità del fenomeno, con le sue parentele e ramificazioni, con i soliti difficilmente qualificabili "austriaci" e con altri, tra cui soprattutto la nuova economia istituzionale.

⁶ Secondo alcuni un ritorno dell'ordoliberalismo almeno in Europa sarebbe già in atto (Biebricher, 2014).

che le peculiarità caratterizzanti l'ordoliberalismo, rispetto al pensiero neoliberale americano, spesso segnalate, e facilmente enfatizzabili sul piano teorico, non hanno in realtà implicazioni pratiche molto rilevanti. In questa prospettiva, concluderò nel senso che il recupero dell'ispirazione originaria, o lo sviluppo degli elementi essenziali del pensiero, degli ordoliberali, non hanno molto da offrire ai fautori di un rilevante cambiamento della situazione attuale.

Quanto al rapporto con la nozione di economia sociale di mercato, mi sembra che chi voglia utilizzare la scelta "costituzionale" di questo modello come strumento per richiamare l'ordinamento europeo ai doveri di socialità che sembrano impliciti in questa scelta, molto più che rivangare nelle, spesso ambigue, e, ancor più spesso, anacronistiche, elucubrazioni degli ordoliberali, farebbe meglio a cercare per il qualificante "sociale" un autonomo significato, che possa dare al binomio socialità-mercato un contenuto sensato e concreto in linea con le esigenze dei tempi. Anche da questo punto di vista concluderò perciò nel senso dell'inattualità e conseguente inutilità (ai fini indicati) dell'impostazione ordolibérale.

2. "Actually existing neoliberalism"

Chi osservi la realtà attuale del rapporto tra diritto e mercato non può non essere colpito da una appariscente dissimmetria tra le indicazioni fornite da una impostazione liberale (e dai principali pensatori neoliberali) e l'effettiva evoluzione verificatasi nell'ordinamento giuridico.⁷ Da un punto di vista formale, nessuna caratteristica del diritto prodotto negli ultimi decenni appare coerente con i fondamenti del pensiero liberale. Basterà a questo riguardo sottolineare alcune caratteristiche del diritto attuale che sono sotto gli occhi di tutti, in tutti gli ordinamenti simili al nostro.⁸

La tendenza, già da tempo affermata e sicuramente ben poco liberale, alla intensificazione della produzione di regole, diventate sempre più numerose e minuziose, lungi dall'essersi capovolta in favore di una maggiore libertà dei singoli, sembra essersi ulteriormente sviluppata. La stessa liberalizzazione di alcuni mercati non si è in genere tradotta in una diminuzione delle regole, ma in un loro aumento. E, per quanto giudizi di questo tipo siano particolarmente delicati, sembra molto difficile sottrarsi all'impressione di una crescente complessità della regolazione e di una sua crescente instabilità, testimoniata tra l'altro dalla frequenza di iniziative di completamento o di correzione della legislazione man mano emanata.⁹

⁷ In effetti in ambito giuridico si è parlato molto di più di evoluzione verso il postmoderno, verso la materializzazione, verso la giuridificazione ecc., ma poco, e solo in tempi recenti, di un diritto neoliberale. Anche Kennedy (2006), che è sicuramente uno dei più colti e attenti tra i commentatori del diritto contemporaneo, mentre qualifica le due globalizzazioni precedenti come "classica" e come "sociale", trova una certa difficoltà nel qualificare adeguatamente la terza. È un po' come se la categoria del neoliberalismo, ampiamente utilizzata in politica, economia, ecc., si fosse fermata per il diritto ai contenuti (liberalizzazioni, smantellamento dello stato sociale, ecc.) e non avesse inciso invece sulla struttura. Ho cercato di sostenere altrove la tesi (che qui riassumerò più avanti nel testo) che in realtà esiste un preciso "stile giuridico" qualificabile come neoliberale (Denozza, 2017a; 2019a; 2019b).

⁸ Ho sviluppato riflessioni analoghe a quelle che seguono nel testo in Denozza (2014).

⁹ Dare un giudizio sull'aumento o la diminuzione della intensità della regolazione è ovviamente difficile. La sensazione diffusa è comunque che il proclamato obiettivo di una diminuzione delle regole non sia stato raggiunto. Si veda per tutti Vogel (1996). Così sinteticamente descrive la situazione un autorevole osservatore: "Nonostante si parli tanto di deregolazione, c'è stata una forte ri-regolazione, o una formalizzazione della regolazione", ("Despite the talk of deregulation there has been extensive reregulation, or formalization of regulation, and the emergence of

Nel complesso, rispetto al periodo precedente (quello keynesiano-fordista, immediatamente anteriore all'affermarsi del neoliberalismo), non sembra registrabile alcuna inversione di tendenza né alcun ritorno verso un sistema più simile a quello liberale classico. La frammentazione dell'ordinamento, e la moltiplicazione di ambiti governati da regole specifiche, non solo non è stata ricompresa in direzione della ricostruzione di un sistema retto, come quello costruito dai liberali classici, da pochi generali principi, ma sembra essersi addirittura intensificata, giungendo, a volte, alla creazione di interi sottosistemi dotati di elevati gradi di autonomia.

Cercando di dare una qualche concretezza alle affermazioni che precedono attraverso una pur generalissima esemplificazione, si può pensare anzitutto alla vicenda del contratto, scomposto, a livello teorico, nelle tre grandi categorie del contratto classico, neo-classico, relazionale (Denoza, 2012) e, a livello pratico, nelle varie categorie dei contratti tra professionisti e professionisti, tra professionisti e consumatori, tra imprese forti e imprese deboli, tra non professionisti e non professionisti, ecc.

Non meno articolata e penetrante la regolazione cui è stata sottoposta negli ultimi anni la società per azioni, regolazione accompagnata tra l'altro dalla sempre più netta distinzione tra la disciplina applicabile alle società quotate e quella applicabile alle società non quotate. Non si sottrae a questa tendenza neppure il diritto *antitrust*, una volta regno di poche norme generali, e ora governato da densi e complicati regolamenti (nonché da interpretazioni ufficiali degli stessi, da documenti guida esplicativi, ecc.), ciascuno relativo a differenti insiemi di fattispecie, il tutto con una spiccata tendenza a creare differenti ambiti retti da autonomi principi (ad es., la disciplina delle intese verticali sembra oggi retta da regole e principi diversi rispetto a quelli che ispirano la disciplina delle intese orizzontali; l'abuso di posizione dominante c.d. "escludente" appare sempre più differenziato da quello c.d. "di sfruttamento", ecc.).

Più difficile appare una valutazione della coerenza dei contenuti, sia tra loro, che con ideali liberali. Anche qui, però, e pur limitandoci a valutare per grandi aggregati, si possono registrare fenomeni decisamente problematici. Mentre il diritto contrattuale sembra mantenere e intensificare considerevoli aperture verso la protezione dei soggetti qualificati come più "deboli" (sia pure con notevoli novità nella identificazione degli stessi, ad es. dalla centralità dei lavoratori a quella dei consumatori) e mentre si moltiplica il ricorso a strumenti (la buona fede, l'abuso del diritto, ecc.) tradizionalmente considerati in grado di imprimere al sistema una maggiore spinta verso la "socialità", in altri ambiti si registrano fenomeni di segno opposto. Così nel diritto della società per azioni, dove il predominio della teoria dello *shareholder value* ha sostanzialmente marginalizzato ogni aspirazione di responsabilizzazione sociale dell'impresa, o nel diritto *antitrust*, dove la teoria del *consumer welfare* ha espulso dalle finalità della disciplina ogni istanza legata a obiettivi di natura sociale e politica, o anche solo di protezione di soggetti "deboli", come le piccole imprese.

Ad un livello più generale, è almeno singolare che l'emanazione di norme apparentemente idonee ad accrescere la protezione di cui determinati soggetti, considerati più "deboli", godono nel traffico giuridico,¹⁰ abbia coinciso e coincida con un generalizzato e impressionante

global regulatory networks, intermingling the public and the private") (Picciotto, 2010, la citazione è tratta dall'abstract).

¹⁰ Penso ovviamente alle varie discipline che introducono speciali protezioni per i consumatori, i risparmiatori, le imprese di ridotte dimensioni o in situazione di dipendenza economica, ecc.

aumento delle disuguaglianze, e quindi con un ulteriore indebolimento dei più deboli.¹¹ Così come è singolare che la promessa di maggior decentramento del potere, implicita nell'esaltazione del mercato, abbia portato a un depotenziamento dell'applicazione del diritto *antitrust* alle concentrazioni e agli abusi di posizione dominante e, in pratica, a una rilevante crescita delle concentrazioni di potere,¹² fino ai ben noti fenomeni (esaltati dalla crisi finanziaria) di creazione di imprese rivelatesi *too big to fail*.¹³

Questa realtà si presenta non solo in aperto contrasto con la capacità, accreditata al diritto liberale classico, di costruire un sistema governato dal coerente sviluppo di pochi fondamentali principi, ma entra anche in rotta di collisione con la predicazione dei più noti profeti del neoliberalismo, tutta tesa a raccomandare, e auspicare, che il limitato governo delle iniziative individuali considerato assolutamente inevitabile, abbia comunque a concretizzarsi in poche regole molto generali e molto stabili, destinate non a strutturare la condotta dei destinatari, ma solo a fissare i confini delle azioni consentite.

Ad un dibattito politico generale dominato dal continuo riferimento alla opportunità di ridurre l'incidenza dell'intervento statale, di ripristinare il corretto funzionamento del mercato e di ampliare gli ambiti di libertà e di responsabilizzazione dei cittadini, fa riscontro una evoluzione dell'ordinamento giuridico che per moltissimi aspetti sembra essere andata, al di là delle discipline specifiche cui prima si accennava, in una direzione addirittura opposta. La conclusione paradossale sembra quella di un'epoca neoliberale caratterizzata da uno stile giuridico che di liberale non ha sostanzialmente nulla.

Anche sul piano più ristretto delle categorizzazioni tecniche, credo che nessuno riuscirebbe a riconoscere nel diritto attuale tracce significative di quel diritto (liberale) che aveva assunto come centrale il soggetto, la sua libertà e la sua volontà e gli aveva costruito intorno, e messo a sua disposizione, il diritto soggettivo come signoria del volere, il negozio giuridico, il contratto come incontro di volontà, e tutti gli altri strumenti necessari a fare sì che il diritto potesse svolgere la funzione di assicurare a ciascuno i maggiori spazi di libertà compatibili con la libertà altrui e il minimo di interferenza diretta degli altri soggetti nella elaborazione e realizzazione dei suoi piani di vita.

3. Il modello: cosa distingue un liberalismo, o un neoliberalismo, dall'altro?

Che il diritto contemporaneo abbia caratteristiche lontane da quelle del diritto liberale classico sembra indiscutibile. Fermo restando che i liberalismi sono tanti, come tanti sono i neoliberalismi, ci si può chiedere se un qualche filone del pensiero neoliberale proponga un modello di relazioni tra diritto e mercato, diverso da quello liberale classico, e conciliabile con la realtà attuale del diritto.

Accantonando i problemi relativi alle differenze dei liberali classici tra loro, a quelle tra liberali e libertari, a quelle (venendo ai contemporanei) tra liberali alla Rawls e neoliberali alla Hayek, partirò, per semplificare il discorso, dall'analisi di Foucault che contrappone una concezione del mercato concorrenziale (da lui attribuita ai liberali classici) come fatto naturale

¹¹ Al tema e alle sue molteplici implicazioni sono dedicati oramai vari lavori (Stiglitz, 2012; Piketty, 2013; Wolff, 2014; e Atkinson, 2015).

¹² In generale su entrambi i punti (depotenziamento del diritto *antitrust* e crescita del potere delle imprese transnazionali) cfr. Picciotto (2011, p. 138 ss.).

¹³ Sugli effetti del depotenziamento del diritto *antitrust* si veda Denozza (2017b) e la dottrina ivi citata.

destinato (in assenza di ostacoli istituzionali), a svilupparsi per propria capacità evolutiva interna, e la concezione del mercato (propria degli ordoliberali), come ideale da perseguire attraverso interventi in grado di creare il contesto istituzionale più adeguato al suo sviluppo. Secondo Foucault, mentre la concezione classica del mercato come fenomeno naturale implica un orientamento sfavorevole a ogni regolazione di tipo istituzionale, e quindi una netta separazione tra sfera di intervento dello stato e sfera di competenza del mercato, per gli ordoliberali lo stato ha il preciso compito di creare l'ordine istituzionale necessario al corretto funzionamento di un meccanismo di coordinamento sociale dotato dei caratteri positivi che essi attribuiscono al mercato concorrenziale.

Foucault insiste molto su questo punto e sul fatto, connesso, per cui il pensiero ordoliberales sostituisce l'idea, cardine del pensiero liberale classico, di una separazione tra stato e mercato, ciascuno con i suoi compiti e le sue competenze, con una visione dello stato come strumento al servizio del mercato. Invece di una prospettiva di distinzione, in cui ciascuno dei due ambiti (stato e mercato) segue la sua logica e assolve ai suoi diversi compiti, si afferma una prospettiva unificante in cui lo stato deve, in tutta la sua attività, uniformarsi ad una logica mercantile e il principale dei suoi compiti diventa quello di garantire e facilitare il funzionamento del mercato concorrenziale (Foucault, 2008, lezioni del 7 e 14 febbraio).

Separiamo i due profili e consideriamo il primo, la contrapposizione naturale-artificiale, che è diventato slogan di una semplificazione abbastanza diffusa, in cui viene narrata (sia pure con le sue inevitabili varianti) la storia della progressiva sostituzione di un'impostazione "naturalistica" (magari presentata come rozza e un po' ingenua), con una più ragionevole e realistica prospettiva "costruttivista".

Devo dire che a mio avviso questa distinzione, per quanto accattivante, è decisamente sopravvalutata. È ben vero che sono gli ordoliberali stessi a enfatizzare ad ogni piè sospinto la distanza che li separa dal liberalismo del *laissez-faire*.¹⁴ Credo però sia lecito avere più di un dubbio sul fatto che si tratti di una differenza veramente rilevante, almeno per quanto attiene al rapporto tra diritto e mercato.

La questione merita qualche approfondimento. Cominciamo con il ribadire un punto evidente per chiunque. Nessun liberale, né classico né neo-, e neppure libertari come Nozick o come Rothbards, pensa che un adeguato mercato concorrenziale possa esistere senza un ordinamento che assicuri la difesa della proprietà privata, il rispetto dei contratti conclusi senza forza e frode, e l'obbligo di risarcire coloro a cui si sia recato un danno ingiusto. Quindi, da questo punto di vista, nessuno pensa che un buon mercato concorrenziale sia un fenomeno naturale nello stesso senso in cui lo sono gli uragani, che nascono, e si sviluppano, in qualsiasi contesto istituzionale e in assenza di ogni intervento umano.

La differenza perciò non sta nella contrapposizione tra naturale e istituzionale, ma nel modo di concepire l'istituzione e il suo intervento. Per alcuni, proprietà, contratto e illecito sono istituti naturali, e la loro presenza è sufficiente ad assicurare il funzionamento del mercato concorrenziale. Per altri, occorre qualcosa in più, magari (come nel caso degli ordoliberali) un insieme di regole fondative di un ordine in cui gli istituti appena richiamati possano funzionare nel migliore dei modi.

¹⁴ Questa enfasi aveva probabilmente anche la contingente motivazione di sottolineare la propria novità nei confronti di una dottrina (il liberalismo classico) all'epoca in decisa decadenza.

Ciò che però li accomuna tutti (ordoliberali e liberali del *laissez-faire*) è l'idea che esista un modello quasi mistico¹⁵ di mercato concorrenziale, che si impone alla ragione degli individui¹⁶ e che si identifica essenzialmente col buon funzionamento del sistema privato degli scambi. L'*ordo* a cui pensano gli ordoliberali non ha nulla a che fare con l'idea che si possa mettere ordine nell'economia attraverso interventi dello stato che stimolino la domanda, finanzino investimenti, influenzino i prezzi, ecc. L'*ordo* che essi hanno in mente dovrebbe anzi vietare tutto questo, e limitarsi invece alle norme necessarie a impedire che l'ordine privato si autodistrugga.¹⁷

Esemplare la funzione del diritto *antitrust*, notoriamente riconosciuta come centrale in tutte le possibili ricostruzioni della nozione di *ordo*, che è concepita dagli ordoliberali come complementare rispetto a quella dell'ordine privato,¹⁸ nel senso che la funzione del diritto *antitrust* è quella di proteggere questo ordine (quello degli scambi tra privati) dal rischio di autodistruzione creato dalla presenza di monopoli, cartelli, ecc.

Anche gli ordoliberali hanno in sostanza in mente un modello di ordine privato che avrà pure perso la "naturalità" intesa come capacità di autopropagazione che gli attribuivano i classici, ma che conserva anche qui una spiccata "naturalità", intesa come ragionevole conformità a naturali esigenze umane (la non dimenticata, smithiana, tendenza degli uomini a scambiare, barattare, ecc.) e come capacità di operare in maniera neutrale, come una forza della natura resistente ad ogni pressione di interessi umani particolari.¹⁹

Un modello di ordine privato, e questo è un punto fondamentale, che rispetto agli interventi regolatori non si pone come un malleabile effetto, ma come un rigido *a priori*, in grado di indicare lui quali interventi sono conformi alla sua logica e sono quindi ammissibili e graditi, e quali invece non lo sono e non sono perciò consentiti. Da questo punto di vista il modello degli ordoliberali non è meno ingenuamente "naturalistico" di quello dei liberali classici.

Non siamo neppure troppo distanti dal mito weberiano²⁰ di un ordinamento giuridico formalmente razionale, che si sviluppa per logica interna, a partire da alcune scelte e principi

¹⁵ "Gli ordini sono più intelligenti e più brillanti delle persone che hanno contribuito a crearli" ("Ordnungen sind klüger und genialer als die Menschen, die an ihrem Entstehen mitgewirkt haben", Böhm, [1957] 1960, p. 10).

¹⁶ Per gli ordoliberali l'ordine concorrenziale è un fenomeno "non naturale" nel senso che non nasce spontaneamente. È però anche un fenomeno naturalissimo nel senso che è quello che meglio corrisponde alla natura umana (Eucken, 1951, p. 377, parla di un ordinamento essenziale o naturale) e (almeno per i più religiosi tra loro) ai voleri divini. Secondo Eucken: "La legge deve garantire la sfera della libertà, e la politica economica deve creare l'ordine libero e naturale voluto dal Signore" ("The law has the task of guaranteeing the sphere of freedom and economic policy ought to bring about the free, natural order that God intended", in Peacock e Willgerodt, 1987, p. 34).

¹⁷ I principi costitutivi dell'ordine concorrenziale che Eucken ha in mente sono indicati come un *Grundprinzip* (rendere funzionante il sistema dei prezzi) e sei principi, tra cui la libertà contrattuale, la proprietà privata e la responsabilità (Eucken, [1952] 2004, pp. 254ss). Nel famoso Manifesto di Böhm, Eucken, e Grossmann-Dörth del 1936 (si veda la traduzione italiana in Forte e Felice, 2016, p. 18) si evoca la costituzione economica e si dice che questa deve comprendere, e fornire "i principi strutturali", oltre che al diritto amministrativo, a branche del diritto come il diritto fallimentare, il diritto delle obbligazioni, il diritto immobiliare, il diritto di famiglia, il diritto del lavoro. Praticamente tutto il diritto privato.

¹⁸ Il fatto che l'ordine cui pensano gli ordoliberali sia un ordine fondamentalmente privato, fondamentalmente basato sulla libertà contrattuale e sulla libertà di concorrenza non sembra contestabile (Hien e Joerges, 2018).

¹⁹ Questa ossessione degli ordoliberali per quelli che a loro sembrano interessi di parte è frequentemente notata e in genere "psicologicamente" spiegata con il fatto che i padri dell'ordoliberalismo avevano vissuto l'esperienza di Weimar come caratterizzata dal disordine conseguente alla debolezza e alla conseguente incapacità dello stato di mantenere una posizione al di sopra di quella delle parti. Si veda ad es. Hien (2013).

²⁰ Anche Foucault (2008, lezione del 7 febbraio, p. 105) percepisce in certi aspetti del pensiero ordoliberalo un modo di fare i conti con l'eredità di Weber.

di fondo, sordo ad ogni pressione proveniente da interessi materiali²¹ (con, però, la differenza, non piccola, che Weber non era così ingenuo da presentare tutto ciò come il regno dell'imparzialità).²²

In definitiva il punto di riferimento degli ordoliberali è, come ho detto, l'ordine privato del sistema di scambi. L'*ordo* (inteso come istituzione) serve a proteggere questo sistema non solo contro lo stato, ma anche contro sé stesso e le sue tendenze suicide.

Ora, il problema a mio avviso centrale di tutti i riferimenti all'ordine, *naturale o artificiale che sia*, è l'esistenza, facilmente rilevabile, di infinite situazioni in cui il modello o non riesce ad affermarsi nella realtà, o non riesce a porsi come arbitro "neutrale".

Quanto al primo aspetto, basterà osservare che nessuna norma (e tanto meno quelle del diritto *antitrust*) è mai riuscita a garantire la formazioni di mercati di concorrenza perfetta o completa (*Vollständig*, come usano dire gli ordoliberali). Lasciando pur da parte tutti gli infiniti problemi connessi al funzionamento di un mercato che corrisponda totalmente ad un qualche modello di concorrenza soddisfacente, ce n'è uno che è risultato sino ad ora insuperabile ed è che le imprese non hanno solo una naturale tendenza a stipulare cartelli (che possono essere vietati e perseguiti) ma hanno anche una naturale (e spesso tecnologicamente giustificata) spinta verso una continua crescita dimensionale. Nei confronti di questo fenomeno (crescita delle dimensioni delle imprese per sviluppo interno e non per fusioni), gli ordinamenti si sono sinora dimostrati sempre impotenti. Il fatto è, tra l'altro, che in un sistema pienamente concorrenziale-mercantile, lo stato tende a dipendere economicamente dal mercato e non ha in genere la forza di attaccare imprese diventate naturalmente grandi e (presuntivamente) efficienti. La deconcentrazione forzata, che sarebbe l'unica strada adeguata, è stata raramente praticata e comunque non sembra più seriamente all'ordine del giorno, dopo gli ultimi tentativi in questo senso compiuti negli anni sessanta del secolo scorso.²³

Deriva da ciò una prima conseguenza e cioè che l'idea che un nucleo di principi possa mettere in moto un ordine di mercato in grado di autoriprodursi e di mantenersi conforme al modello, è in realtà assolutamente impraticabile.

Altrettanto non credibile è l'idea che il modello possa operare in una maniera neutrale, non soggetta a valutazioni di tipo politico, e che possa fornire indicazioni univoche in ordine a quali tipi di intervento istituzionali siano consentiti e quali non siano consentiti.

Il fatto è che al di là di alcune misure clamorosamente contrarie allo spirito mercantile (razionamenti, controllo dei prezzi, ecc.), la maggior parte degli interventi istituzionali che riguardano i rapporti tra privati, non sono facilmente classificabili come conformi o difformi da una logica mercantile, per la semplice ragione che le possibili concezioni di cosa sia un mercato concorrenziale sono in realtà vaghe e diverse, e in molte situazioni si fronteggiano interessi contrapposti che sono tutti in grado di presentarsi come potenzialmente conformi ad una certa concezione del mercato concorrenziale. Cerco di illustrare il punto con un esempio tratto dal diritto contemporaneo, quello della protezione accordata ai consumatori nei confronti di contratti che, pur da loro liberamente consentiti, contengano però clausole abusive o siano il frutto di opacità o di inganno. È evidente che le norme che introducono questa protezione e limitano la "naturale" libertà mercantile dei soggetti, allontanano la realtà da un mercato concorrenziale popolato da soggetti pienamente responsabili, in cui i venditori

²¹ Su questi aspetti del pensiero di Weber mi permetto di rinviare a miei lavori (Denozza, 2016; 2018).

²² Che gli interventi istituzionali propugnati dagli ordoliberali abbiano una natura formale (proprio nel senso weberiano di non essere funzionali al perseguimento di scopi specifici) è sottolineato da White (2017).

²³ Su cui si veda per tutti Brozen (1970).

competono anche sul piano dell'abilità nel convincere i compratori e questi ultimi praticano tutta la diffidenza suggerita dal monito "*caveat emptor*".

È altrettanto vero, però, che le norme in questione diminuiscono l'onere di attenzione che i compratori devono prestare a certi aspetti del contratto con l'effetto, tra l'altro, di spersonalizzare la relazione contrattuale (tutti gli acquirenti potranno fare affidamento su un livello di protezione standardizzato, non dipendente dai legami personali o fiduciari che abbiano con il venditore) e di rendere in definitiva possibile la conclusione di un maggior numero di contratti. Chiunque si rende conto che qui la questione non si decide con un giudizio di maggiore o minore conformità a un modello univoco di mercato concorrenziale, ma si risolve invece in base alla preferenza per un tipo di mercato o per l'altro e, in definitiva, con un giudizio politico su quali siano gli interessi meritevoli nella specie di protezione.

L'insieme di queste situazioni (sostanziale assenza di mercato o sua imperfezione) è attualmente rubricato in una eterogenea categoria, quella di *market failure*, oggi richiamata ad ogni piè sospinto e ben nota anche ai giuristi.

La mia opinione è che, molto più che la distinzione tra naturale e artificiale, ciò che può distinguere le varie impostazioni liberali e neoliberali è l'atteggiamento nei confronti di questi cosiddetti fallimenti del mercato. È la categoria *market failure*, contestualizzata nelle difettose teorie di cui fa parte, che consente di impostare una spiegazione del perché il dominio delle teorie neoliberali ha prodotto un diritto la cui struttura appare a prima vista così poco liberale.

4. Dal modello alla realtà: lo stile giuridico neoliberale

La mia tesi (cui ho già accennato e che adesso esporrò più diffusamente) è che il modello liberale classico si caratterizza per la tendenza a occultare l'importanza dei fallimenti del mercato e a presentare i principali istituti del diritto privato come ordini spontanei e naturali.²⁴

Il successivo modello keynesiano-fordista riconosce la presenza di fallimenti del mercato e la natura politica delle scelte del legislatore anche nell'ambito del diritto privato (secondo la lezione impartita soprattutto dai realisti americani), e inquadra questi problemi in un programma di governo dei grandi aggregati del mercato e di demercificazione di alcuni ambiti sociali.

I neoliberali, diversamente dai liberali classici, e in continuità invece con quelli del periodo keynesiano-fordista, non hanno difficoltà a prendere atto della necessità di un intervento statale volto a sostenere e indirizzare il mercato. A differenza di quelli che li hanno preceduti, i neoliberali pensano però che l'intervento dello stato debba riguardare non i grandi aggregati economici, ma direttamente la disciplina dei rapporti caratteristici dell'ordine privato, e che lo stato debba intervenire su questo terreno non per dirigere, ma per proteggere e assecondare un funzionamento dell'ordine privato tale da garantire la massimizzazione del benessere complessivo.

Cercherò di illustrare quest'ultimo punto e lo farò con riferimento soprattutto al neoliberalismo americano, e in particolare alle teorie della scuola di Chicago e della *New*

²⁴ Ma anche questa affermazione, che riprende un'immagine tralattizia del liberalismo classico (e di cui come si è visto anche Foucault si serve per caratterizzare i rapporti tra liberalismo classico e ordoliberalismo), va relativizzata se è vero che – come ricorda Bonefeld (2017, pp. 29 ss.) – l'idea ordolibérale che debba esistere una *market police* risale addirittura ad Adam Smith e che già quest'ultimo fosse ben consapevole del ruolo che deve essere svolto dal governo per rimuovere gli impedimenti al mercato e per temperare le passioni concorrenziali.

Institutional Economics. Nel prossimo paragrafo mi porrò il quesito se il pensiero ordoliberalo possa proporsi come un'alternativa neolibérale all'*actually existing neoliberalism*.

Come ho detto, la mia tesi è che i neoliberali (sia tedeschi che americani) non abbiano difficoltà ad ammettere la necessità che il mercato sia oggetto di interventi istituzionali. Ciò vale per gli ordoliberali (di cui è in un certo senso il marchio di fabbrica) ma anche per i neoliberali americani. La famosa invocazione di Williamson (in principio furono i mercati)²⁵ che farebbe pensare a un culto quasi religioso del mercato, è in realtà poco più che uno slogan. Tutto il pensiero neolibérale (e in particolare proprio nelle più acute elaborazioni di Coase e di Williamson) riconosce l'esistenza di fenomeni che il mercato non è in grado di gestire e correggere da solo. Si faccia riferimento ai costi di transazione, alla già ricordata categoria *market failure*, o ad altro, il fatto è che l'elenco dei fenomeni in questione è molto lungo, e molto ampio è, conseguentemente, il ventaglio delle situazioni in cui si riconosce che il mercato ha bisogno di sostegno.

La differenza di impostazione rispetto al periodo immediatamente precedente (quello keynesiano-fordista) sembra su questo piano (valutazione dell'autonoma capacità del mercato di realizzare un equilibrato ordine sociale) più formale che sostanziale. La differenza sostanziale è, invece, che anziché partire dalla incapacità del mercato reale di uscire da solo da situazioni di equilibrio subottimale (Keynes), si riparte dalla esaltazione delle positive qualità del mercato ideale (come nei modelli di Arrow e Debreu o nella rarefatta, e del tutto irrealistica, situazione in cui si svolgono le contrattazioni Coaseane) per poi riconoscere però che la realtà è spesso molto diversa dal modello.

Ovviamente non si tratta di un semplice cambiamento di accento, che possa rivelarsi in definitiva innocente. Si tratta invece di un rilevante cambiamento di prospettiva nei rapporti tra stato e mercato, cambiamento ben colto da Foucault (2008) là dove nota, lo si è già ricordato, che per i neoliberali lo stato deve fare propria la logica del mercato e intervenire in conseguenza, in funzione sostanzialmente servente (quindi, né la separazione delle sfere, caratteristica dei liberali classici, né le velleità correttive degli esiti complessivi di mercato, caratteristica dei liberali keynesiani).

Dal punto di vista dello stile giuridico, la differenza rispetto all'epoca precedente non sta solo e tanto nel diverso rapporto tra stato e mercato,²⁶ o nella deregolamentazione di quest'ultimo, quanto, e soprattutto, nel mutamento della prospettiva che ispira il sistema di governo del mercato stesso. Detta in estrema sintesi, mentre i liberali del periodo keynesiano-fordista pensavano (con ovvie e clamorose differenze a seconda dei periodi e delle diverse correnti di pensiero) che i limiti del mercato dovessero essere affrontati e superati partendo dal governo dei grandi aggregati, il neoliberalismo si caratterizza per il fatto di affrontare i problemi partendo dall'analisi delle singole transazioni.²⁷

²⁵ "In principio erano i mercati" ("In the beginning there were markets", Williamson, 1975, p. 20).

²⁶ Rapporto tra stato e mercato che è peraltro uno dei temi più controversi di tutto il dibattito sul neoliberalismo, anche se oggi la tesi della ritirata dello stato sembra avere ceduto terreno, (di fronte all'evidenza di una presenza tuttora massiccia) in favore della tesi del riposizionamento. In argomento, si veda tra i tantissimi Hilgers (2012).

²⁷ Da un altro punto di vista si può dire che mentre prima "[...] si riteneva che fallimenti del mercato e disuguaglianze sociali richiedessero interventi di de-mercificazione e una regolazione che portasse alcune attività economiche fuori dal mercato", con l'avvento del neoliberalismo "si reputava che tali interventi portassero a crescenti inefficienze e burocratizzazione"; la regolazione è oggi "intesa a promuovere proattivamente l'estensione del mercato e il suo comportamento efficiente" ("market failures and social inequalities were seen to require *decommodifying* interventions and regulations that would take certain economic activities out of the market" con l'avvento del neoliberalismo "such interventions were seen to lead to increasing inefficiencies and bureaucratisation" e la regolazione è oggi "intended proactively to promote marketisation and efficient market behaviour", Cerny, 2016).

Viene abbandonato l'obiettivo del controllo della massa monetaria e creditizia, e "in sua vece" si procede alla minuziosa regolazione dei contratti tra risparmiatori e intermediari. Il rischio sistemico proprio del mercato bancario, viene pensato come semplice somma dei rischi nascenti dalle transazioni delle singole banche (Allen e Carletti, 2013). Non più il controllo del monte salari, e della grandezza del consumo complessivo, ma la protezione del consumatore, colto soprattutto nel momento in cui seleziona i prodotti che intende consumare. Non più politiche industriali, ma articolazioni settoriali della disciplina delle transazioni tra le imprese (filiera alimentare; micro-imprese; protezione contro l'abuso per terzisti, distributori monomarca, altre imprese in situazione di dipendenza economica, ecc.). Il tutto con uno scopo complessivo che è sempre quello di ampliare i mercati, standardizzando, e così favorendo, un certo tipo di transazioni (è ovvio, come si è già accennato, che risparmiatori, consumatori, o anche imprese "deboli", se legalmente protetti contro gli abusi, da chiunque posti in essere, potranno scegliere le loro controparti nella maniera impersonale voluta dal mercato, e cioè sulla base delle prestazioni che queste offrono, e non sulla base di rapporti "personali" di fiducia, o di contiguità spaziali o sociali).

A livello più specifico: i problemi della società per azioni, pensati da Berle e Means²⁸ come problemi sociali, e di legittimità del potere economico capitalistico, vengono ridotti al problema degli *agency costs* che disturbano la transazione tra azionisti e manager (Fama e Jensen, 1983); l'impresa in generale è considerata e studiata come una rete di transazioni (Alchian e Demsetz, 1972);²⁹ i problemi del diritto *antitrust* sono pensati non più come riflesso della struttura monopolistica dei mercati (che agitava i sonni della generazione di Mason e Bain³⁰) ma come analisi delle singole prassi e dei loro effetti sul cosiddetto *consumer welfare*;³¹ i problemi della responsabilità civile non sono più pensati in termini di socializzazione e redistribuzione dei rischi, ma come una questione di ottimale incentivazione dei singoli danneggianti e dei singoli potenziali danneggiati; ecc.

Per i neoliberali l'importante è facilitare la contrattazione e la realizzazione di ogni transazione che possa essere considerata singolarmente efficiente. L'idea è che da una somma di efficienze non possa che nascere un mercato pur esso necessariamente efficiente. Lo scambio non è più lo strumento con cui un soggetto converte un bene che gli serve di meno in un altro che gli serve di più. Esso è oggi concepito come un'occasione di massimizzazione.

I due cardini del pensiero neoliberale possono essere allora sintetizzati, da una parte, nello spostamento dell'attenzione dal mercato nel suo complesso alle singole transazioni, e, dall'altra, nell'idea che il risultato ottimale da perseguire coincida con la stipulazione del maggior numero possibile di transazioni massimizzanti. La transazione è l'unità elementare di analisi e i cosiddetti costi di transazione sono lo strumento teorico operativo che consente di classificare, distinguere, aggregare i vari tipi di transazioni e poi di progettare interventi relativi alle varie tipologie di transazioni, afflitte dall'uno o dall'altro tipo di costi.

Volendo ricorrere a uno schema, si può dire che i liberali classici predicavano il *laissez-faire* e perseguivano l'equilibrio economico; i liberali keynesiano-fordisti predicavano il controllo della struttura del mercato (delle sue variabili fondamentali) e perseguivano l'equilibrio sociale; i neoliberali predicano il governo delle transazioni e perseguono la massimizzazione dello sviluppo. E siccome lo sviluppo è concepito come l'aumento del

²⁸ Berle e Means (1932).

²⁹ Su alcune implicazioni di questa impostazione contrattualistica, si veda Denozza (2017c, cap. 2).

³⁰ Bain (1954); Mason (1949; 1956).

³¹ Su questo sviluppo e sui suoi esiti attuali si veda da ultimo Denozza (2017b).

benessere complessivo generato dalla moltiplicazione di transazioni efficienti, ecco che, per la prima volta, invece di essere le singole transazioni a doversi modellare in funzione del *public good* (sottomettendosi all'operare della mano invisibile; adattandosi agli interventi correttivi macroeconomici, ecc.) è invece la realizzazione del *public good* che viene a dipendere dal successo delle singole transazioni massimizzanti. La riuscita di queste ultime non è più concepita come un fatto privato, ma come lo strumento per la realizzazione di un beneficio pubblico. La transazione è, da ogni punto di vista, il centro di questo universo.

Questa prospettiva è perfettamente coerente con il fenomeno, oramai evidentissimo e abbondantemente segnalato, per cui il legislatore neoliberale lungi dal presentarsi come un lineare deregolatore e semplificatore del sistema, oscilla tra quelli che sono stati chiamati momenti di *roll-back* (distruzione e deregolazione) contrapposti a momenti di *roll-out* (interventi istituzionali proattivi) (Peck, 2010, p. 26 e ss.). Nella prospettiva qui delineata il *roll-back* è destinato a materializzarsi prevalentemente con riferimento allo smantellamento delle regolazioni generali e sociali dei mercati, mentre il *roll-out* è destinato a prevalere là dove si tratta di incentivare certi tipi di transazione, di disciplinare specifici scambi (quelli, ad es., che si svolgono nei mercati cosiddetti liberalizzati), di normalizzarne altri (l'ormai diffusissimo ricorso alla buona fede e al divieto di abuso del diritto); ecc.

Questa prospettiva, valutata nel suo complesso, consente poi di riportare ad una stessa matrice una serie di trasformazioni che hanno riguardato diversi ambiti giuridici: fenomeni apparentemente lontani possono essere allora interpretati come concretizzazioni di una logica comune. La diffusione di questo orientamento spiega anzitutto la già segnalata sensazione di progressiva frammentazione dell'ordinamento e il moltiplicarsi di discipline sempre più speciali. In fondo ogni transazione presenta a suo modo qualche peculiarità e il gioco delle suddivisioni può svilupparsi praticamente all'infinito.

Lo stesso dilagare del c.d. *short-termism*, che tanto preoccupa le istituzioni europee, sembra una più che naturale conseguenza dell'atteggiamento sinora descritto. Se l'attenzione viene concentrata sulla riuscita delle singole transazioni, è inevitabile che sfumi la visione del quadro di insieme, visione che è il luogo in cui la distinzione tra breve e lungo periodo può avere un senso preciso e può essere adeguatamente gestita.³²

Analogo discorso può riguardare la perdita di interesse per la giustizia distributiva, che presuppone anch'essa il riferimento a un quadro complessivo. L'uguaglianza, infine, non è più valutata come un valore complessivo, ma è restrittivamente interpretata come l'uguale possibilità di realizzare transazioni senza dover subire imbrogli e prepotenze.

5. L'"ordo" è alternativo allo "stile giuridico neoliberale"?

Non c'è dubbio che l'evoluzione descritta nel paragrafo precedente è stata provocata e orientata non direttamente da idee ordoliberali, ma dall'enorme influenza che l'analisi economica del diritto e la nuova economia istituzionale hanno esercitato negli ultimi decenni anche sugli orientamenti di chi non aderiva esplicitamente alle loro idee. Di fronte a questo dato indiscutibile, mi sembra poco interessante la ricerca, qua e là, di tracce di una possibile influenza anche ordoliberale.

³² Sul tema breve-lungo periodo mi permetto rinviare ad alcune osservazioni che ho svolto in Denozza (2015).

Una domanda più interessante emerge se ci si pone da un altro punto di vista, e ci si chiede piuttosto se il pensiero ordoliberal potrebbe fornire oggi un punto di riferimento per coloro che non fossero soddisfatti dagli esiti cui è approdato quasi mezzo secolo di penetrazione e di progressivo dominio delle idee neoliberali americane. Esiste nel pensiero ordoliberal qualche elemento fondamentale che sia in aperta disarmonia con l'attuale situazione e che potrebbe ispirare orientamenti significativamente diversi?

Dico subito che la mia risposta a questa domanda è assolutamente negativa. Nonostante l'oggettiva complessità e articolazione dei due filoni di pensiero in esame, a me sembra che gli elementi fondanti siano in definitiva comuni ad entrambi.

Un primo elemento attiene alla comune avversione nei confronti del pensiero di Keynes e delle politiche keynesiane.³³ Netta in entrambe le scuole è la rottura con l'idea che sia necessario governare i grandi aggregati di mercato. Il riferimento all'*ordo* non ha nessuna implicazione del genere. Come ho già chiarito al paragrafo 3, l'*ordo* è concepito come il quadro che deve facilitare il sistema delle interazioni private massimizzando l'autonomia privata,³⁴ e non come l'imposizione di un ordine che guida l'andamento dei mercati.

La prima idea che ho indicato come caratteristica del percorso neoliberale, e cioè quella di assumere come riferimento non il mercato nel suo complesso, ma il sistema delle transazioni che ivi si svolgono (quella che gli ordoliberali chiamano *Verkehrsgesellschaft*³⁵) è perciò sicuramente presente anche nel pensiero della scuola di Friburgo. L'obiettivo della ricerca del mitico ordine, non è certo quello di scatenare la discrezionalità politica del legislatore, ma quello di chiarire il criterio che deve separare interventi istituzionali ammessi e non ammessi. Il che non è molto diverso da quello che fanno i neoliberali americani quando distinguono le situazioni in cui costi di transazione e *market failures* sono presenti (dove interventi istituzionali possono essere ammessi) e situazioni in cui sono assenti (dove interventi regolatori sono assolutamente vietati).

³³ Si vedano, ad es., Dullien e Guérot (2012), che ricordano che l'ordoliberalismo "[...] rifiuta il ricorso a politiche monetarie e fiscali espansive per stabilizzare il ciclo economico in una recessione ed è, in questo senso, anti-Keynesiano." ("[...]rejects the use of expansionary fiscal and monetary policies to stabilise the business cycle in a recession and is, in that sense, anti-Keynesian").

Qualcuno (ad es. Feld et al., 2018) sostiene che l'avversione degli ordoliberali per le tesi di Keynes non è totale. In ogni caso, per rendersi conto di quanto il rapporto fosse, da ogni punto di vista, poco idilliaco basta leggere i commenti, a volte anche acidi, riservati al pensiero di Keynes, ad es., da Eucken (nei *Grundlagen*, ma soprattutto nei *Grundrissen*) o da Röpke: "A peggiorare le cose, perfino economisti di punta (soprattutto J.M. Keynes) vengono a dirci in libri piuttosto incomprensibili cosa dobbiamo sacrificare ai fini della stabilizzazione dell'economia" [corsivo mio] ("To make matters worse, even leading economists (particularly the late J.M. Keynes) come and tell us in *rather incomprehensible books* that what we have to sacrifice for the sake of economic stabilization"), cit. da Rittershausen (2007), il quale osserva giustamente che "La maggior parte degli ordoliberali pensava in termini di comportamento micro - che definisce i parametri e le regole dell'iniziativa individuale - mentre i keynesiani si occupavano di gestione macro - che determina gli alti e bassi della domanda aggregata" ("Ordoliberalists by-and-large thought in terms of micro behavior - shaping the parameters and rules of individual initiative - whereas Keynesians embraced macro management - dictating the ebb and flow of aggregate demand").

³⁴ Come già notava un quasi contemporaneo, "l'insegnamento che l'Ordo massimizza l'autonomia del consumatore è meramente la versione libertaria della dottrina familiare secondo cui mercati competitivi e 'stato di diritto' portano alla migliore allocazione delle risorse. Basandosi su una teoria della domanda fondata sulla preferenza relativa anziché l'utilità marginale, l'Ordo sostituisce la 'massima soddisfazione' con la 'massima azione in accordo con le preferenze'." ("the teaching that Ordo maximizes consumer autonomy is merely the libertarian version of the familiar doctrine that competitive markets plus the 'rule of law' yield the best allocation of resources. Based on the relative-preference rather than the marginal-utility theory of demand, it substitutes 'maximum action in accordance with preference' for 'maximum satisfaction'."). Così Oliver (1960).

³⁵ Termine che Bonefeld (2017) traduce come "transaction society".

A questo riguardo si può notare che è ben vero che la categoria generale *market failure* (centrale nella mia spiegazione dell'evoluzione del sistema) non occupa, come tale, una posizione rilevante nel pensiero ordoliberal (a meno di non considerare la stessa necessità dell'*ordo* come il frutto di un gigantesco fallimento del mercato) ma è anche vero che i fenomeni di cui gli ordoliberali maggiormente si preoccupano, e cioè la formazione di posizioni monopolistiche, o di situazioni in cui qualche privato può sottrarsi alla disciplina della concorrenza e abusare della sua libertà, verrebbero oggi facilmente classificati come casi di *market failure* (tale è per definizione il monopolio, e il riferimento, oggi tanto in voga, alla possibilità di approfittare di asimmetrie informative, non evoca altro che una situazione in cui la capacità disciplinante della concorrenza non riesce a operare, e divengono perciò possibili abusi).

Quanto alle indicazioni sui criteri di intervento nei confronti dei fallimenti del mercato, mi sembra che il famoso concetto ordoliberal dell'*als-ob* (costringere gli individui, anche in assenza di concorrenza, a comportarsi comunque come si comporterebbero in un mercato concorrenziale) esibisca più di una affinità con l'altrettanto famoso *mimic-the-market method* di *Chicagoan* memoria.³⁶ In fondo il primo può essere considerato un caso particolare del secondo.

Venendo infine alla necessità di difendere l'ordine concorrenziale del mercato, e alla conseguente importanza attribuita al diritto *antitrust*, è ben vero che qui si manifestano effettive differenze rispetto alle tesi americane. Si tratta però, a mio avviso, di differenze che sono molto meno rilevanti di come vengono fatte talvolta apparire.

Va considerato anzitutto che, come si è più volte sottolineato, per gli ordoliberali il diritto *antitrust* è comunque parte dell'ordine privato, ne è in qualche modo il necessario complemento. L'ordine del mercato è un ordine privato e l'obiettivo dell'intervento istituzionale non è solo di preservare la prestazione complessiva del sistema (evitando lo spreco di risorse ingenerato dal monopolio), ma è anche, e, in certe prospettazioni, soprattutto, quello di evitare la formazione di posizioni di potere che incidano in maniera negativa sulle libertà che devono caratterizzare i rapporti inter-privati. Da questo punto di vista le idee degli ordoliberali anticipano in maniera retorica, e un po' rudimentale, quell'orientamento alla valutazione degli effetti inter-privati delle singole "transazioni" che Chicago trasformerà in una raffinata tecnica di legittimazione delle più varie pratiche anticoncorrenziali. Questa tecnica si basa in fondo sull'idea di negare l'illiceità delle singole pratiche di cui si possa ipotizzare che esse, ove fossero effettivamente dannose per i consumatori, verrebbero spazzate via dal mercato stesso. Se si accetta il presupposto di fatto (e cioè la potenziale capacità del mercato di eliminare la pratica in questione nel momento in cui non fosse gradita ai consumatori) la pratica diventa innocua non solo dal punto di vista della lotta alle inefficienze monopolistiche, ma anche dal punto di vista dell'ordine privato, ordine in cui la soddisfazione dei consumatori non può non figurare come un elemento assolutamente centrale. Una volta accettata l'asserzione di fatto (e cioè che effettivamente la pratica in questione se contraria all'interesse dei consumatori verrebbe eliminata dagli stessi meccanismi di mercato), il ragionamento potrebbe convincere anche un ordoliberal. Il potenziale dissenso si trasferisce così dai valori all'analisi dei fatti.³⁷

In conclusione, credo che l'idea che il diritto *antitrust* debba preservare un ordine privato e non debba essere materia di valutazioni politiche su quale tipo di concorrenza, e su quali interessi, debbano essere in definitiva protetti, è sicuramente comune ad entrambe le scuole.

³⁶ Su cui si veda, tra i tanti, Coleman (1982). Sul punto mi ero soffermato anche in Denozza (2002, pp. 43 ss).

³⁷ Come nota Rodger (2000), i neoliberali di Friburgo, a differenza di quelli di Chicago, sono propensi a ritenere che il mercato lasciato a se stesso tenda ad auto-distruggersi, piuttosto che ad auto-correggersi. Questo però è evidentemente un dissenso più empirico che teorico.

Il che spiega anche perché il diritto *antitrust* europeo (cui molti attribuiscono una matrice ordoliberalale) non sia stato dilaniato da conflitti realmente laceranti e abbia potuto approdare, tutto sommato abbastanza tranquillamente, alla svolta – tendenzialmente americaneggiante – del c.d. “*more economic approach*”.³⁸

Vorrei sottolineare, concludendo su questo punto, e per prevenire ogni equivoco, che la mia tesi non è né che il dominio delle idee ordoliberali (in vece di quelle di origine americana) avrebbe portato a esiti identici a quelli che si sono effettivamente prodotti (ciò è molto improbabile, date anche le enormi differenze nei retroterra culturali generali da cui partivano gli studiosi di Friburgo rispetto a quelli di Chicago), né che agli ordoliberali “classici” il nostro mondo sarebbe piaciuto (penso anzi che gli sarebbe molto dispiaciuto³⁹). La mia tesi è solo che la teoria ordoliberalale dei rapporti tra diritto e mercato non offre nessuna rilevante alternativa allo stato di cose presente.

6. Ordoliberalismo ed economia sociale

Con il che, l’interrogativo da cui siamo partiti avrebbe la sua chiara risposta: l’ordoliberalismo non offre prospettive sostanzialmente diverse da quelle neoliberali che sono state sinora dominanti.

Resta però da valutare il ben noto legame che si è storicamente instaurato tra l’ordoliberalismo e la cosiddetta economia sociale di mercato. Ecco allora un’ultima domanda. Ammesso che sul piano della concezione del funzionamento del mercato non esistono differenze fondamentali tra l’ordoliberalismo e il neoliberalismo anglosassone, può una rilevante differenza essere invece rintracciata sul piano dell’analisi dei rapporti tra mercato e società? Dato che ogni riferimento a esigenze di giusta convivenza sociale viene nel pensiero neoliberale americano o completamente rimosso, o confinato nel limbo delle questioni su cui ciascuno può avere l’opinione che vuole e di cui la scienza (economica) non deve preoccuparsi se non quando queste opinioni si manifestino sul mercato in forma di preferenze paganti, il riferimento al sociale, come ad un elemento in grado di qualificare il sistema di mercato preferito, può costituire l’elemento fondante di una contrapposizione potenzialmente rilevante tra queste due impostazioni, ugualmente liberali, ma diverse nella preoccupazione relativa alla necessità di assicurare la “socialità” del sistema?

La risposta dipende a mio avviso dalla soluzione a un altro problema relativamente semplice da formulare (e non facile da risolvere). Posto che negli scritti degli ordoliberali il tema dell’assetto sociale dell’economia di concorrenza, di mercato o degli scambi, è sicuramente ben presente (qui, effettivamente, non sono possibili paragoni con i neoliberali americani), si tratta di vedere se questi riferimenti possono essere interpretati come piena consapevolezza della necessità di integrare il funzionamento dell’economia in un contesto più ampio, in cui esigenze

³⁸ A meno di pensare che il “*more economic approach*” sia stato non una evoluzione ma un colpo di stato, reso possibile non dalla conciliabilità tra Friburgo e Chicago, ma dalla secca sconfitta del primo. Uno degli elementi rilevanti per decidere in un senso o nell’altro è rappresentato dall’interpretazione del terzo comma dell’originario art. 85 e dalla singolare vicenda che lo ha trasformato da norma fondamentale in norma praticamente disapplicata (in argomento si veda Toffoletti, 2019).

³⁹ Penso che le forti componenti moralistiche, più o meno religiosamente ispirate, e quelle decisamente antimoderne, presenti nel pensiero di molti di loro, avrebbero impedito di apprezzare l’attuale capitalismo, nonostante la vittoria riportata sul tanto odiato nemico socialista.

di coesione e giustizia sociale abbiano la loro autonoma rilevanza, oppure come convinzione che l'ordine che si vuole realizzare sia lui stesso in grado di soddisfare le esigenze in questione.⁴⁰

La risposta alla domanda se nella *soziale Marktwirtschaft* sia il mercato ad essere di per sé sociale, o se esista invece un sociale alle cui esigenze il mercato dovrebbe piegarsi, è molto difficile, oltre che per l'intrinseca ambiguità dell'espressione ("sociale di mercato") per varie ragioni. La prima è che mentre l'ordoliberalismo è una teoria approfonditamente elaborata, il riferimento alla c.d. *soziale Marktwirtschaft* è piuttosto generico ed è molto difficile identificare, come si fa per le teorie, caratteristiche condivise, punti controversi, varianti più o meno ortodosse, ecc.

La seconda ragione è la difficoltà di giudicare le politiche sociali realizzate nel periodo in cui la *soziale Marktwirtschaft* fu praticata nella sua terra d'origine, e soprattutto di stabilire quanto di tali politiche sia ricollegabile all'orientamento ordoliberale e quanto sia stato invece frutto dei compromessi (in particolare con il pensiero sociale cattolico) che i governanti tedeschi del periodo dovettero realizzare.

Ferme queste riserve, io credo che ad un livello molto astratto la risposta al nostro quesito possa essere impostata valutando il grado di consapevolezza dei limiti del mercato che può essere riscontrato nel pensiero degli ordoliberali. Mi sembra, infatti, che solo chi consapevolmente ritenga che un sistema concorrenziale di mercato ha, dal punto di vista sociale, limiti molto gravi, possa poi coerentemente atteggiarsi ad attendibile paladino di politiche sociali volte a superare limiti, correggere difetti, rimediare a conseguenze, ecc. Chi ritiene che il mercato concorrenziale non abbia in principio rilevanti difetti, e che tutto il male possa derivare solo o da una errata concezione di cosa sia un ordine concorrenziale oppure da una difettosa messa in pratica di una giusta concezione, tenderà a subordinare a una logica di mercato qualsiasi intervento e finirà inevitabilmente per concepire l'economia sociale di mercato come la concepiva il suo più grande artefice poc'anzi ricordato in nota.

Ciò premesso, non è ovviamente possibile analizzare in questa sede tutti i difetti di un sistema di allocazione puramente mercantile delle risorse.⁴¹ Possiamo però sottolineare un punto che ancora una volta ci conduce a una caratteristica indicata come propria del neoliberalismo già da Foucault, e che consiste in una ideologia di esasperata responsabilizzazione dei soggetti che operano nel mercato. Nella lezione del 14 marzo dedicata

⁴⁰ Ludwig Erhard sembra avesse ben chiara l'alternativa (e le sue personali preferenze al riguardo) quando lapidariamente affermava: "quando parlo di economia sociale di mercato [...] io penso che il mercato come tale è sociale, non che esso deve essere reso sociale" (Mierzejewski, 2005, p. 31, traduzione mia; si vedano anche Cerny, 2016; Hien, 2013). Del resto un paragrafo dei *Grundsätze* di Eucken ([1952] 2004) è significativamente intitolato "La politica dell'ordine in economia come politica sociale" ("Die Politik zur Ordnung der Wirtschaft als Sozialpolitik").

⁴¹ Un punto che non può essere sottaciuto riguarda il problema di quelle che Polanyi ([1944] 1957, pp. 75 ss.) chiamava "*fictitious commodities*" e cioè il lavoro, la terra e la moneta che merci non sono, nel senso che non sono prodotte per essere vendute (in verità anche Eucken ([1952] 2004, p. 322) fa una risoluta affermazione in questo senso: "Il lavoro non è un bene" ("Arbeit ist keine Ware") da cui trae però blandissime implicazioni). In realtà, permettere ad un mercato concorrenziale concepito come sede dell'ordine sociale (naturale o artificiale che sia) di portare alle estreme conseguenze questa artificiosa mercificazione può avere effetti assolutamente distruttivi della coesione sociale. Basta pensare al lavoro. Come è noto, il clamoroso pregio del mercato è quello di calibrare la produzione dei beni in rapporto alla domanda pagante che tale mercato registra. Perciò se la gente si stanca di andare a piedi, e ha i soldi per andare in carrozza, il mercato opportunamente e tempestivamente interviene, creando gli appropriati incentivi affinché venga aumentato l'allevamento dei cavalli da tiro. Quando la gente ha la voglia di (e i soldi per) andare in automobili con l'autista, il mercato velocemente scoraggia l'allevamento dei cavalli e favorisce l'invio al macello di quelli esistenti che non servono più. Il problema è che quando la gente si stanca poi degli autisti (o non ha più i soldi per pagarli) e vuole guidare le automobili da sé, gli autisti esistenti non possono essere dismessi o macellati come i cavalli. O il mercato trova subito per loro altri impieghi, oppure sono guai.

ai neoliberali americani (ma qualche accenno era già presente nel finale della lezione del 14 febbraio dedicata ancora agli ordoliberali) Foucault (2008) sottolinea con forza questo aspetto (il soggetto del mercato immaginato come libero artefice del suo destino) sino al punto da sostenere che il neoliberalismo propone un mutamento antropologico dell'*homo oeconomicus* concepito non più come il partner di uno scambio, ma come un imprenditore di sé stesso. Un imprenditore che deve investire prima di tutto sul suo capitale umano, anche con appropriati "educational investments".

Come ho detto il primo referente dei discorsi di Foucault è il neoliberalismo americano (e Becker, in particolare). Tuttavia all'inizio della lezione successiva (quella del 21 marzo) Foucault riprende il discorso sulla *Gesellschaftspolitik* degli ordoliberali e sulla loro idea di fare dell'impresa il modello sociale universale, finendo per concludere che in fondo esiste nel pensiero degli ordoliberali una ambiguità di cui i neoliberali americani si liberano, radicalizzando e completando elementi già presenti nel pensiero dei primi (Foucault, 2008, p. 243). Penso che qui Foucault abbia ragione e che il tema della responsabilizzazione dell'individuo (nel mercato e nella società) sia assolutamente comune a ordo- e neo-liberali (comune è, ad es., il riferimento alla sovranità del consumatore, e quindi alla inevitabilmente connessa responsabilità per le scelte che compie).⁴²

Diverso è solo il linguaggio utilizzato. In quello moralistico-religioso degli ordoliberali⁴³ non si parla di soggetti imprenditori di loro stessi, ma di *Eigenverantwortlichkeit*. Il senso finale, però, come intuiva Foucault, finisce ugualmente per evocare una società "imprenditoriale".⁴⁴ In coerenza con la loro impostazione generale gli ordoliberali fanno riferimento all'intervento generale dello stato, ma pensano che il dovere "sociale" dello stato sia alla fine solo (o principalmente) quello di creare un contesto in cui l'auto-responsabilità degli individui possa esplicarsi al meglio.⁴⁵ Pensano perciò che, salvo cataclismi e catastrofi, non sia compito dello

⁴² Già Oliver (1960, p. 136) notava che "[...] Böhm si riferisce a Ordo come l'unico sistema che consente il massimo adempimento dei piani spontanei degli individui [...] Röpke afferma che il coordinamento attraverso mercati competitivi offre a ciascuno lo stesso grado di controllo di cui godrebbe se fosse a capo di una famiglia autosufficiente" ("Böhm refers to Ordo as the only system which allows maximum fulfillment of individuals' spontaneous plans [...] Röpke states that co-ordination through competitive markets gives each man the same degree of control that he would enjoy if he were the head of a self-sufficient household") e che i riferimenti alla "consumer autonomy" e alla "consumer sovereignty" sono negli scritti degli ordoliberali numerosissimi. Watrin (1989, p. 120, corsivo mio) afferma che "L'individuo ha diverse opportunità solo laddove esistono mercati. Può fare le scelte in modo indipendente secondo il proprio giudizio e si assume la responsabilità di qualunque decisione prenda" ("The individual has different opportunities only where markets exist. He can make choices independently according to his own judgment and he assumes responsibility for whatever decision he takes").

⁴³ Wörsdörfer (2011a, p. 22, n. 37): "Paralleli tra la teologia liberale del protestantesimo culturale e l'ordoliberalismo includono, in particolare, l'alta etica del lavoro, l'enfasi sull'individuo e la comprensione della religione oltre le barriere confessionali" ("parallelen zwischen der liberalen Theologie des Kulturprotestantismus und dem Ordoliberalismus umfassen insbesondere das hohe Arbeitsethos, die Betonung des eigenverantwortlichen Individuums und ein Religionsverständnis jenseits konfessioneller Schranken").

⁴⁴ Bickenbachand e Soltwedel (1994): "[...] L'azione responsabile ha una chiara dimensione imprenditoriale: ciò che si vuole diventare nella vita è una decisione profondamente imprenditoriale, indipendentemente dal fatto che alla fine porti alla categoria sociologica del 'dipendente' o dell' 'imprenditore'" ("Handeln in Eigenverantwortung hat eine klare unternehmerische Dimension – was man im Leben werden will, ist eine zutiefst unternehmerische Entscheidung, gleichviel, ob dies letztlich in die soziologische Kategorie 'Arbeitnehmer' oder 'Unternehmer' einmündet").

⁴⁵ Cfr. Konrad-Adenauer-Stiftung (2017, p. 105): "Rüstow non comprendeva la componente sociale nel senso dello stato sociale o della politica sociale tradizionale, ma piuttosto, nella tradizione ordoliberale, l'elaborazione di un piano sociale che, basato sul principio di sussidiarietà, pone al centro l'autonomia del cittadino" ("Unter der sozialen Komponente verstand Rüstow weder den Wohlfahrtstaat noch traditionelle Sozialpolitik, sondern in ordoliberaler Tradition die Aufstellung eines Sozialplanes, der dem Subsidiaritätsprinzip folgend die Eigenverantwortlichkeit des Bürgers ins Zentrum stellt"). Hecker (2011, p. 269): "La giustizia sociale può essere sintetizzata come una richiesta

stato rimediare agli esiti delle volontarie interazioni che avvengono in un ordinato sistema di mercato. Sono magari più preoccupati dal tema dell'uguaglianza dei punti di partenza,⁴⁶ ma in definitiva, però, le idee di fondo sembrano le stesse: libertà dei partecipanti al mercato (che ovviamente implica anche responsabilità per le scelte effettuate), nessuna interferenza con i risultati e, alla fine, la possibilità di vivere "[...]una vita autonoma e indipendente in libertà" ("ein autonomes, eigenverantwortliches Leben in Freiheit").⁴⁷

Ora, è evidente che se si pensa che le azioni dei partecipanti al mercato sono fondamentalmente volontarie e che il mercato attribuisce a ciascuno quanto gli spetta in base alle volontarie scelte che ha compiuto, gli spazi per interventi correttivi degli esiti del mercato o si annullano, o si riducono ai casi relativamente marginali di soggetti naturalmente svantaggiati non in grado di partecipare e di contribuire in alcun modo. Necessario punto di partenza di ogni programma di intervento sociale dello stato è il riconoscimento (assente in entrambe le varianti del pensiero neoliberale) che un'attenta auto-responsabilizzazione degli individui non è sufficiente a porli al riparo dai danni che l'andamento del mercato può infliggere loro, riconoscimento che a sua volta richiede il superamento di alcuni miti, come quello della volontarietà dei comportamenti che i soggetti tengono sul mercato e dei loro esiti, o quello della neutrale sacralità dei prezzi di mercato.

Come è noto, questi miti sono alimentati dall'idea che negli equilibri di concorrenza perfetta, dove il soggetto opera come *price taker* (non è cioè in grado di modificare i prezzi di equilibrio e quindi di incidere, per questa via, sul benessere degli altri soggetti), vi sia coincidenza tra efficienza e libertà (intesa nel restrittivo senso di non interferenza).

In realtà è ben vero che in un mercato concorrenziale il singolo operatore non può coscientemente intervenire sui prezzi di mercato, ma pensare che il suo comportamento non incida sul benessere degli altri è evidentemente sbagliato. I prezzi ai quali il mercato di volta in volta equilibrerà sono infatti il risultato delle scelte di tutti gli operatori, e ciascuno inevitabilmente contribuisce per la sua parte (di più se è ricco, di meno se è povero) a determinare i prezzi che tutti dovranno subire.⁴⁸ Per limitarci al fenomeno più facile da cogliere, è evidente che il fatto che i miei gusti siano o non siano condivisi da altri consumatori incide sulla domanda del bene che mi interessa e sul suo prezzo, in un senso che può essere per me casualmente (a seconda delle circostanze) sia negativo (facendo crescere il prezzo in caso di domanda eccessiva, che fa aumentare il prezzo, o in caso di domanda insufficiente, che impedisce economie di scala) che positivo (i reciproci dei fenomeni indicati).⁴⁹

di garanzia che ogni cittadino abbia sia diritti individuali di libertà sia reali opportunità di modellare la propria vita in modo indipendente" ("Sozialen Gerechtigkeit lässt sich als Forderung zusammenfassen, jedem Bürger sowohl individuelle Freiheitsrechte als auch tatsächliche Möglichkeiten zur eigenverantwortlichen Gestaltung seines Lebens zu sichern").

⁴⁶ La c.d. "*Chancengleichheit*": cfr. Konrad-Adenauer-Stiftung (2017, p. 105).

⁴⁷ Wörsdörfer (2011b, p. 8). Si vedano anche Klump e Wörsdörfer (2009); Schlecht (1990, pp. 40 ss).

⁴⁸ Di tutto ciò tiene ben poco conto l'ossessiva insistenza degli ordoliberali sull'importanza dell'incontrollato funzionamento del meccanismo dei prezzi ("*Systems freier Marktpreise* [corsivo mio]", Böhm, [1953] 1960, p. 143).

⁴⁹ Questo imbarazzante (per gli apologeti del mercato) dato di fatto è in genere occultato grazie alla distinzione tra esternalità pecuniarie (quelle mediate dal meccanismo dei prezzi e considerate perciò non rilevanti) ed esternalità non pecuniarie (su cui si veda, ad es., Mishan, 1971). Ma la domanda è "[...] perché solo le esternalità non monetarie dovrebbero essere di interesse morale? Perché le esternalità monetarie possono trasformare totalmente la vita delle persone" ("why should only non pecuniary externalities be of moral concern? For pecuniary externalities can totally transform people's lives", Hausman, 1992). Lo stesso Posner, (1995, p. 24), nota l'arbitrarietà dell'esclusione dalla nozione di danno delle esternalità pecuniarie e mentali (quelle che derivano da invidia, antipatia, ecc.). Vedi anche p. 305, dove viene giustamente notato che "Ognuno di noi è danneggiato ogni giorno dalle azioni di sconosciuti e ognuna danneggia degli sconosciuti con le proprie azioni, anche solo tramite il funzionamento della concorrenza nei mercati economici e in altri mercati" ("Each of us is harmed every day by the actions of unknown others and harms

Risulta allora evidente che in qualsiasi mercato (concorrenziale o non concorrenziale) la posizione di ciascuno (la possibilità di compiere certe azioni e di soddisfare i propri bisogni) è strettamente dipendente dai gusti, dalle scelte e dai comportamenti di tutti gli altri.

Il fatto che nel mercato concorrenziale l'interferenza non è personalizzata, ma si attua attraverso meccanismi impersonali, sembra a me non un merito ma se mai un difetto⁵⁰ e, comunque, non garantisce di certo la volontarietà degli esiti.⁵¹

Questo problema (il fatto che tutti dobbiamo subire degli esiti di mercato non voluti e dei quali non siamo responsabili) non turba però i sonni degli ordoliberali⁵² più di quanto turbi quelli dei neoliberali americani.

Se la si pensa come loro, se ci si dimentica (come anche Foucault sembra fare⁵³) che le decisioni su quale capitale umano serve, e quale non serve, le prende non colui che ha investito su se stesso, ma il capitalista che dovrebbe assumerlo, se si pensa quindi che la condizione del disoccupato possa dipendere dal fatto che ha investito male il suo capitale umano, e non da un'organizzazione del lavoro mutata indipendentemente dalla sua (del disoccupato) volontà, è evidente che gli spazi per interventi sociali si riducono drasticamente.⁵⁴

7. Conclusioni

In conclusione la mia opinione è che gli ordoliberali, almeno per quanto attiene ai temi qui trattati, non abbiano molto da offrire all'attuale dibattito sul neoliberalismo. Il riferimento all'"ordo" che tanto caratterizza il loro pensiero, evoca, in fondo, un mito comune a gran parte del pensiero liberale e cioè l'illusione, di cui Max Weber è stato il più grande teorico e divulgatore, di poter fondare il mercato su un ordinamento giuridico formalmente strutturato, capace, una volta immessi alcuni input in forma di principi generali, di auto-svilupparsi in maniera prevedibile, coerente e neutrale (rispetto agli interessi di parte che vorrebbero

unknown others by our own actions, if only through the operation of competition in economic and other marketplaces"). Mi sono occupato della questione più diffusamente in Denozza (2013). Da un punto di vista filosofico si veda l'ottimo lavoro di Olsaretti (2004).

⁵⁰ Come sembra a Marx, quando sottolinea che le leggi del capitalismo operano "alle spalle dei soggetti" ([1867] 2006, Libro I, Sez. prima, cap. III, par. 2: *Mezzo di circolazione, a) La metamorfosi delle merci*) senza che questi neppure siano consapevoli dell'origine dei vincoli che subiscono.

⁵¹ Altri cercano di spostare la valutazione di volontarietà dagli accadimenti di mercato, al momento stesso della scelta di entrare nel mercato. Con tale scelta si accetterebbero tutti i rischi e tutte le "naturali" conseguenze della scelta stessa. Che la scelta di entrare nel mercato sia, in società come quelle contemporanee, volontaria non è però credibile. Si vedano le pertinenti osservazioni di Hahnel (2007). Comunque se anche fosse in qualche modo volontaria la scelta di entrare nel mercato, il modo di ragionare che considera perciò voluti anche gli esiti del gioco stesso, è analogo a quello che porterebbe a considerare volontario l'annegamento di un soggetto volontariamente imbarcatosi in un viaggio per mare.

⁵² In verità Eucken riconosce che l'assenza di dominio diretto non esclude la dipendenza dell'individuo dal mercato nel suo complesso (Eucken, [1952] 2004, ad es. pp. 124 e 300; si veda anche Biebricher, 2013) ma poi finisce sempre o per affermare che comunque è sempre meglio il mercato che essere soggetti a un piano elaborato da pochi, o per proporre correttivi non proprio radicali, come la tassazione progressiva. Böhm (1987, p. 52) arriva a porsi il problema se il mercato non debba essere alla fine equiparato a una insopportabile lotteria, ma scarta la tesi in quanto ritiene che ognuno abbia sempre la possibilità di decifrare i segnali provenienti dal mercato e di adattarvisi, evitando così di essere colpito in maniera casuale come succede in una lotteria.

⁵³ Là dove sembra compiacersi del fatto che i neoliberali presentano il lavoratore non come un oggetto ma come un attivo soggetto economico (Foucault, 2008, p. 223).

⁵⁴ Dale e El-Enany (2013), osservano che le politiche sociali che avevano in mente i sostenitori della economia sociale di mercato erano mirate non a proteggere la gente dagli effetti del mercato, ma ad aiutarli ad adattarsi alle sue esigenze.

piegarlo alle loro specifiche esigenze). In realtà il mercato concorrenziale trae la sua capacità di sviluppo dalla competizione, la specializzazione e la divisione del lavoro, fattori che, insieme alla conseguente imprevedibilità dei suoi processi, e alla diffusa (e agli ordoliberali ben nota) tendenza a limitare la concorrenza, contribuiscono a rendere il mercato molto più un campo di scontro tra interessi aspramente confliggenti, che non un tavolo in cui austeri gentiluomini partecipano a un gioco ben ordinato.

A me sembra che una realistica visione del mercato sia sostanzialmente estranea al pensiero ordolibero (da questo punto di vista al contrario di Weber, che aveva invece del mercato una visione assolutamente disincantata). È ben vero che essi pensano che il mercato non sia un'istituzione che si sviluppa per via naturale (e in questo sono certamente più realistici di altri) e che debba essere invece instaurato da una scelta consapevole e protetto da uno stato forte e neutrale. Una volta, però, che siano state assicurate queste condizioni, la loro visione del mercato non è meno apologetica, acritica e "naturalistica" di quella di altri neoliberali, come quelli anglosassoni o austriaci.

Una volta che l'ordoliberalismo sia stato separato dalle molte incrostazioni romantico-conservatrici⁵⁵ e moralistico-mistiche,⁵⁶ abbondantemente presenti nel pensiero dei suoi padri fondatori, e oggi decisamente inattuali, a me non sembra che resti molto su cui costruire un'alternativa al neoliberalismo (tuttora) effettivamente esistente.

Bibliografia

- Alchian A. e Demsetz H. (1972), "Production, Information Costs, and Economic Organization", *The American Economic Review*, 62 (5), pp. 777-795.
- Allen F. e Carletti E. (2013), "New Theories to Underpin Financial Reform", *Journal of Financial Stability*, 9 (2), pp. 242-249.
- Atkinson A.B. (2015), *Inequality: What Can Be Done?*, Cambridge (MA): Harvard University Press.
- Bain J. S. (1954), "Economies of scale, concentration, and the condition of entry in twenty manufacturing industries", *The American Economic Review*, 44 (1), pp. 15-39.
- Berle A., Means G. (1932), *The Modern Corporation and Private Property*, Macmillan: New York.
- Bickenbachand F. e Soltwedel R. (1994), "Das Ethische Fundament der Sozialen Marktwirtschaft", *Kiel Working Paper*, n. 612, Kiel: Institute for the World Economy (IfW).
- Biebricher T. (2013), "Europe and the Political Philosophy of Neoliberalism", *Contemporary Political Theory*, 12 (4), pp. 338-375.
- Biebricher T. (2014), "The return of ordoliberalism in Europe: notes on a research agenda", *i-lex*, 21, pp. 1-24.
- Böhm F. ([1953] 1960), "Der Rechtsstaat und der soziale Wohlfahrtsstat", in *Reden und Schriften* (pp. 82-156), Karlsruhe: C.F. Muller.
- Böhm F. ([1957] 1960), "Die verantwortliche Gesellschaft", in *Reden und Schriften* (pp. 3-22), Karlsruhe: C.F. Muller.
- Böhm F. (1987), "Rule of Law in the Market Economy", in Peacock A. e Willgerodt H. (a cura di), *Germany's Social Market Economy: Origins and Evolution* (pp. 46-67), Londra: Macmillan.
- Böhm F., Eucken W. e Rossmann-Dörth H. ([1936] 2016), *Il nostro compito. Il Manifesto dell'Ordoliberalismo*, in Forte F. e Felice F. (a cura di), *Il liberalismo delle regole. Genesi ed eredità dell'economia sociale di mercato* (pp. 47-60), 2a ed., Soveria Mannelli (CZ): Rubbettino.
- Bonefeld W. (2017), *The Strong State and the Free Economy*, Londra e New York: Rowman & Littlefield International.
- Brozen Y. (1970), "The Antitrust Task Force Deconcentration Recommendation", *The Journal of Law and Economics*, 13 (2), pp. 279-292.

⁵⁵ Che stupivano anche i contemporanei: si veda Friedrich (1955), che ricorda come Röpke si auto-qualificasse un liberale conservatore e che sottolinea il dichiarato anticapitalismo dello stesso Röpke e di Rüstow. Del resto elementi profondamenti inattuali sono presenti nello stesso pensiero di Eucken, come quando critica (ingenuamente, per un sostenitore del capitalismo) la limitazione di responsabilità nelle società per azioni o il sistema dei brevetti di invenzione (Eucken [1952] 2004, pp. 281, 269).

⁵⁶ Si veda, come esempio tra i tanti, il saggio di Röpke ([1958] 2016) dove tra l'altro (p. 129) si critica aspramente la vendita a rate come "[...] manifestazione di un sistema di vita antiborghese".

- Cerny P. (2016), "In the Shadow of Ordoliberalism: The Paradox of Neoliberalism in the 21st Century", *European Review of International Studies*, 3 (1), pp. 78-92.
- Coleman J. (1982), "The Normative Basis of the Economic Analysis of Law", *Faculty Scholarship Series*, n. 4200, New Haven (CT): Yale Law School Faculty Scholarship, disponibile alla URL: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4200.
- Dale G. e El-Enany N. (2013), "The Limits of Social Europe: EU law and the Ordoliberal Agenda", *German Law Journal*, 14 (5), pp. 613-649.
- Dean M. (2018), "Foucault and the Neoliberalism Controversy", in Cahill D., Cooper M., Konings M. e Primrose D. (a cura di), *The SAGE Handbook of Neoliberalism* (pp. 40-53), Londra: SAGE Publications.
- Denozza F. (2002), *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano: Giuffrè.
- Denozza F. (2012), "Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti", *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 1, pp. 5-40.
- Denozza F. (2013), "Fallimenti del mercato: i limiti della giustizia mercantile e la vuota nozione di 'parte debole'", *Orizzonti del diritto commerciale*, 3, pp. 1-17.
- Denozza F. (2014), "La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale", in *Rivista del diritto commerciale*, 112 (1), 13-48.
- Denozza F. (2015), "Quale quadro per lo sviluppo della corporate governance?", *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2015 (1), pp. 1-14.
- Denozza F. (2016), "In viaggio verso un mondo re-incantato? Il crepuscolo della razionalità formale nel diritto neoliberale", in *Osservatorio del diritto civile e commerciale*, 2016 (2), pp. 419-446.
- Denozza F. (2017a), "Regole e mercato nel diritto neoliberale", in Rispoli Farina M., Sciarrone Alibrandi A. e Tonelli E., *Regole e mercato* (vol. 2, pp. xv-xlv), Torino: Giappichelli Editore.
- Denozza F. (2017b), "The Future of Antitrust: Concern for the Real Interests at Stake or Etiquette for Oligopolists?", *Orizzonti del diritto commerciale*, 1, pp. 1-24.
- Denozza F. (2017c), "The Contractual Theory of the Firm and Some Good Reasons for Regulating the Employment Relationship", in Perulli A. e Treu T. (a cura di), *Enterprise and Social Rights* (cap. 2), Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- Denozza F. (2018), "L'efficienza' dell'aggiudicazione tra razionalità formale ed elasticità evolutiva, ovvero Max Weber contro l'*economic analysis of law*", in Ammannati L., Corrias P., Sartori F. e Sciarrone Alibrandi A. (a cura di), *I giudici e l'economia* (pp. 17-38), Torino: Giappichelli
- Denozza F. (2019a), "Lo stile giuridico neoliberale", in Sacchi R. e Toffoletto A. (a cura di), *Esiste uno "stile giuridico" neoliberale? Atti dei seminari per Francesco Denozza* (pp. 1-39). Milano: Giuffrè.
- Denozza F. (2019b), "Conclusioni: lo stile giuridico neoliberale e il suo superamento", in Sacchi R. e Toffoletto A. (a cura di), *Esiste uno "stile giuridico" neoliberale? Atti dei seminari per Francesco Denozza* (pp. 411-439), Milano: Giuffrè.
- Dullien S. e Guérot U. (2012), "The Long Shadow of Ordoliberalism: Germany's Approach to the Euro Crisis", *ECFR Policy Brief*, n. ECFR/49, Londra: European Council of Foreign Relations, disponibile alla URL: https://www.ecfr.eu/page/-/ECFR49_GERMANY_BRIEF.pdf.
- Eucken W. (1951), *I fondamenti dell'economia politica*: Sansoni, Firenze.
- Eucken W. ([1952] 2004), *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Fama E. e Jensen M. (1983), "Agency Problems and Residual Claims", *The Journal of Law and Economics*, 26 (2), pp. 327-349.
- Feld L., Köhler E. e Nientiedt D. (2018), "The German Anti-Keynes? On Walter Eucken's Macroeconomics", *Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik*, n. 18/11, Freiburg: Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.
- Forte F. e Felice F. (a cura di) (2016), *Il liberalismo delle regole. Genesi ed eredità dell'economia sociale di mercato*, 2a ed., Soveria Mannelli (CZ): Rubbettino.
- Foucault M. (2008). *The Birth of Biopolitics. Lectures at the Collège de France 1978-79*, Basingstoke: Palgrave/Macmillan.
- Friedrich C. (1955), "The Political Thought of Neo-Liberalism", *American Political Science Review*, 49 (2), pp. 509-525.
- Hahnel R. (2007), "The Case Against Markets", *Journal of Economic Issues*, 41 (4), pp. 1139-1159.
- Hausman D. (1992), "When Jack and Jill Make a Deal", *Social Philosophy & Policy*, 9 (1), pp. 95-113.
- Hecker C. (2011), "Soziale Marktwirtschaft und Soziale Gerechtigkeit: Mythos, Anspruch und Wirklichkeit", *Zeitschrift für Wirtschafts- und Unternehmensethik*, 12 (2), pp. 269-294.
- Hien J. (2013), "The Ordoliberalism That Never Was", *Contemporary Political Theory*, 12 (4), pp. 349-358.
- Hien J. e Joerges C. (2017), "Ordoliberalism As an Irritating German Idea", *Arena Report*, n. 1/2017, Oslo: Arena Center for European Studies, University of Oslo, disponibile alla URL: https://www.academia.edu/31423064/ORDOLIBERALISM_AS_AN_IRRITATING_GERMAN_IDEA_ARENA_REPORT_1_2017.
- Hien J. e Joerges C. (2018), "Dead Man Walking? Current European Interest in the Ordoliberal Tradition", *EUI Department of Law Research*, n. 2018/3, Firenze: European University Institute, disponibile alla URL: https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/51226/LAW_2018_03.pdf?sequence=1.

- Hilgers M. (2012), "The Historicity of the Neoliberal State", *Social Anthropology*, 20 (1), pp. 80-94.
- Kennedy, D. (2006), "Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000", in Trubek D. e Santos A. (a cura di), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal* (pp. 19-73). Cambridge: Oxford University Press.
- Klump R. e Wörsdörfer M. (2009), "Über die normativen Implikationen des Ordoliberalismus für die moderne Wirtschaftsethik", *Zeitschrift für Wirtschafts- und Unternehmensethik*, 10 (3), pp. 322-340.
- Konrad-Adenauer-Stiftung (2017), *Soziale Marktwirtschaft: Vordenker und Klassiker*, Berlino: Konrad-Adenauer-Stiftung.
- Marx K. ([1867] 2006), *Il capitale*, Libro I, Roma: Editori Riuniti.
- Mason E.S. (1949), "The current status of the monopoly problem in the United States", *Harvard Law Review*, 62 (8), pp. 1265-1285
- Mason E.S. (1956), "Market Power and Business Conduct: Some Comments", *The American Economic Review*, 46 (2), pp. 471-481.
- Mierzejewski A. (2005), *Ludwig Erhard: A Biography*, Chapel Hill (NC) e Londra: University of North Carolina Press.
- Mishan E.J. (1971), "The Postwar Literature on Externalities: An Interpretative Essay", *Journal of Economic Literature*, 9 (1), pp. 1-28.
- Oliver H. (1960), "German Neoliberalism", *The Quarterly Journal of Economics*, 74 (1), pp. 117-149.
- Olsaretti S. (2004), *Liberty, Desert and the Market: A Philosophical Study*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Peacock A. e Willgerodt H. (a cura di) (1987), *Germany's Social Market Economy: Origins and Evolution*, Londra: Macmillan.
- Peck J. (2010), *Constructions of Neoliberal Reason*, Oxford: Oxford University Press.
- Picciotto S. (2010), "International Transformations of the Capitalist State", *Antipode*, 43 (1), pp. 87-107.
- Picciotto S. (2011), *Regulating Global Corporate Capitalism*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Piketty T. (2013), *Le capital au XXI^e siècle*, Parigi: Seuil.
- Polanyi ([1944] 1957), *The Great Transformation: Economic and Political Origins of Our Time*, Boston: Beacon Press.
- Posner R. (1995), *Overcoming Law*, Cambridge (MA): Harvard University Press.
- Rittershausen J. (2007), "The Postwar West German Economic Transition: From Ordoliberalism to Keynesianism", *IWP Discussion Paper*, n. 2007/1, Colonia: Institut für Wirtschaftspolitik (IWP).
- Rodger B. (2000), "Competition Policy, Liberalism and Globalization: A European Perspective", *Columbia Journal of European Law*, 6, pp. 289-319.
- Röpke W. ([1958] 2016), "Presupposti e limiti del mercato", in Forte F. e Felice F. (a cura di), *Il liberalismo delle regole. Genesi ed eredità dell'economia sociale di mercato* (pp. 141-191), 2a ed., Soveria Mannelli (CZ): Rubbettino.
- Schlecht O. (1990), *Grundlagen und Perspektiven der sozialen Marktwirtschaft*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Stiglitz J. (2012), *The Price of Inequality*, New York: W.W. Norton & Company.
- Toffoletti L. (2019), "La vicenda dell'esonazione antitrust-Una rilettura dell'art. 102.3 del Trattato come baluardo di resistenza allo stile neo-liberale", in Sacchi R. e Toffoletto A. (a cura di), *Esiste uno "stile giuridico" neoliberale? Atti dei seminari per Francesco Denozza* (pp. 269-288). Milano: Giuffrè.
- Vogel S.K. (1996), *Freer Markets, More Rules: Regulatory Reform in Advanced Industrial Countries*, Ithaca e Londra: Cornell University Press.
- Watrin C. (1989), "Towards a More Humane Society", in Peacock A. e Willgerodt H. (a cura di), *Germany's Social Market Economy: Origins and Evolution* (pp. 106-123), Londra: Palgrave Macmillan.
- White J. (2017), "Between Rules and Discretion: Thoughts on Ordoliberalism", *Europe in Question Discussion Papers Series*, n. 126/2017, Londra: London School of Economics, disponibile alla URL: <http://www.lse.ac.uk/european-institute/Assets/Documents/LEQS-Discussion-Papers/LEQSPaper126.pdf>.
- Williamson O. (1975), *Markets and Hierarchies*, New York: Free Press.
- Wolff E. (2014), "Household Wealth Trends in the United States, 1962-2013: What Happened over the Great Recession?", *NBER Working Paper*, n. 20733, dicembre, Cambridge (MA): National Bureau of Economic Research.
- Wörsdörfer M. (2011a), *Die normativen und wirtschaftsethischen Grundlagen des Ordoliberalismus*, Inaugural-Dissertation, Johann Wolfgang Goethe-Universität, Francoforte sul Meno.
- Wörsdörfer M. (2011b), "Die anthropologischen Grundlagen der sozialen Marktwirtschaft und der Sozialpartnerschaft –unter besonderer Berücksichtigung neuerer Forschungsergebnisse", disponibile alla URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2390582.