

L'ORDOLIBERALISMO E IL LIBERALISMO AUSTRIACO DI FRONTE AL PENSIERO GIURIDICO MODERNO. UN CONTRIBUTO GIUSFILOSOFICO

Raffaele Mele*

Abstract: L'ordoliberalismo tedesco e il liberalismo della Scuola austriaca rappresentano i due poli del neoliberalismo novecentesco. Intellettuali come Böhm, Eucken e Rüstow, da una parte, e Mises e Hayek dall'altra, hanno proposto due diversi modelli di riforma della tradizione del liberalismo economico in cui il fenomeno giuridico è inteso secondo linee di ragionamento diverse. L'articolo individua i momenti differenziali che separano gli esponenti della Scuola di Friburgo dai liberali austriaci con specifico riferimento alle concezioni giusfilosofiche sottese ai due approcci al problema dell'ordine giuridico del mercato. L'analisi si concentra sul diverso giudizio espresso dagli ordoliberali e dai liberali austriaci sulla tradizione dello storicismo giuridico di Friedrich W. von Savigny e sull'opera di Adam Smith. Mentre l'idea savignyana dello 'sviluppo organico' del diritto e l'ipotesi della 'mano invisibile' di Smith sono accolte in particolare da Hayek nel suo tentativo di fondare una teoria evoluzionistica del diritto e dell'ordine del mercato volta a operare il superamento del volontarismo e del costruttivismo caratteristici della tradizione giusfilosofica moderna, gli ordoliberali rifiutano il 'fatalismo' della metodologia giuridica di Savigny e si oppongono all'idea naturalistico-teologica smithiana delle 'armonie prestabilite', proponendo una riforma del liberalismo economico incentrata su un concetto politico-normativo di 'costituzione economica' e sul costante intervento dello stato a limitazione o eliminazione delle concentrazioni di potere economico privato.

Keywords: Ordoliberalismo, Eucken, Böhm, Rüstow, liberalismo austriaco, Menger, Mises, Hayek, Scuola storica del diritto, Savigny, Scuola storica dell'economia tedesca, Adam Smith, mano invisibile, costituzione economica, neoliberalismo, evoluzionismo giuridico, Kelsen, positivismo giuridico.

1. Austriaci e tedeschi: i due poli del neoliberalismo novecentesco

La Scuola ordolibera di Friburgo e la Scuola del liberalismo austriaco rappresentano due momenti determinanti della rivisitazione novecentesca del liberalismo classico che passa comunemente sotto il

* Raffaele Mele, Università G. d'Annunzio, Chieti-Pescara.

nome di "neoliberalismo"¹. I nomi di autori come Walter Eucken, Franz Böhm, Alexander Rüstow e Wilhelm Röpke ricorrono comunemente al fianco di quelli di intellettuali di estrazione culturale e metodologica austriaca come Ludwig von Mises e Friedrich von Hayek. Se tuttavia la lontananza di Mises dalle prospettive ordoliberali non sembra essere in discussione, non è raro che Hayek venga annoverato fra gli ordoliberali per il suo modo di concepire l'ordine del mercato e il ruolo primario riconosciuto delle regole giuridiche.

L'ipotesi della vicinanza fra Hayek e gli ordoliberali ha una sua ragione storica ben precisa. Innanzitutto, esponenti ordoliberali come Eucken e Röpke hanno intrattenuto rapporti personali con Hayek a partire dalla fine degli anni '20 condividendone alcune prospettive ideologiche di fondo. In particolare, i tedeschi e gli austriaci (Hayek, in particolare) condividevano due idee: opporsi allo storicismo dominante in Germania e riproporre una riflessione sulle condizioni politico-istituzionali di un ordinamento economico di libero mercato. Una ulteriore ragione della stretta connessione sussistente fra l'ordoliberalismo tedesco e il liberalismo austriaco attiene alle vicende che hanno riguardato l'evoluzione della cattedra friburghese di *Wirtschaftspolitik* originariamente occupata da Eucken. L'attribuzione nel 1962 della cattedra friburghese ad Hayek ha determinato il congiungimento delle due scuole di pensiero, per lo meno sul piano accademico. A questo evento è seguito l'innesto sul ceppo ordoliberale di prospettive analitiche e metodologiche tipicamente austriache, fatto che ha rappresentato in certa misura un punto di svolta per la ricerca ordoliberale. Questa svolta è stata interpretata nei termini di un naturale ammodernamento dell'impianto teorico ordoliberale e le differenze teoriche di fondo fra l'approccio tedesco e quello austriaco sono state giudicate di peso minore rispetto alle consonanze delle due dottrine (cfr. V. J. VANBERG, in U. TERNOWETZ 2003, 97-129). In altri casi è stato posto

¹ Entrambe le scuole hanno partecipato all'operazione di rilancio egemonico dell'ideologia del libero mercato promossa dall'Internazionale del neoliberalismo novecentesco che ha trovato espressione nei *Colloque Walter Lippmann* del 1938, nelle riunioni della *Mont Pèlerin Society* e nell'attività di ricerca scientifica condotta presso le quattro capitali del neoliberalismo contemporaneo: Londra (*London School of Economics* di Edwin Cannan), Vienna (Scuola del liberalismo austriaco di Ludwig von Mises e Friedrich von Hayek), Chicago (la Scuola di Chicago di Frank H. Knight e Henry J. Simons) e Friburgo (la *Freiburger Schule* di Eucken e Böhm). Una accurata ricostruzione storica della nascita e dello sviluppo di queste quattro scuole del neoliberalismo e della *Mont Pèlerin Society* è proposta in P. PLICKERT 2008.

un interrogativo sulla possibilità di leggere l'evoluzione della cattedra friburghese di economia nei termini di una continuità essenziale e ci si è chiesti se non si dovesse piuttosto parlare di una vera e propria frattura fra l'approccio ordoliberalista originario e quello impiantato a Friburgo dall'austriaco Hayek (cfr. W. OSWALT, in N. GOLDSCHMIDT / M. WOHLGEMUTH 2008, 128-129).

Oltre che con l'adozione di temi e metodologie hayekiane, il percorso di ammodernamento della tradizione ordoliberalista delle origini si è successivamente arricchito in virtù dell'apporto scientifico dei successori di Hayek alla cattedra di Friburgo. Studiosi come Erich Hoppmann, Manfred Streit e Viktor Vanberg hanno sottoposto il pensiero ordoliberalista a un vero e proprio riorientamento gestaltico alla luce della *Constitutional Economics* e della *Public Choice Theory* di James M. Buchanan, della *New Political Economy* sviluppata da autori americani (Coase, North e Williamson). In questo modo la tradizione teorica ordoliberalista si è aperta a insorgenze teoriche e metodologiche di stampo tipicamente americano.

Lasciando da parte questi ultimi sviluppi e facendo riferimento specifico al rapporto fra liberali tedeschi e austriaci, occorre chiedersi in quale misura possa essere realmente accolta l'idea di un parallelismo e di una effettiva convergenza fra l'approccio ordoliberalista e quello austriaco, non solo di Mises ma anche di Hayek, nel concepire l'ordinamento dell'economia di mercato e in generale la posizione dell'economia nell'ordine complessivo delle relazioni umane. La posizione della questione è legittimata dal fatto che, a ben vedere, la rappresentazione monolitica del c.d. neoliberalismo, così come è stata accolta nel dibattito pubblico e per lungo tempo anche dalla cultura accademica, è sostanzialmente priva di fondamento. Il neoliberalismo novecentesco si declina fin dal suo atto di nascita in una dinamica polare: da un lato, i sostenitori di una riforma del liberalismo incentrata sull'abbandono del *laissez faire* e del mercato autoregolato, intellettuali interessati a tenere in conto tutti gli aspetti giuridici e sociali determinanti per il funzionamento di una economia di mercato non dominata da poteri pubblici o privati; dall'altro, i fautori di un neoliberalismo incentrato sulle virtù del mercato non ostacolato, sulla capacità del mercato di produrre in modo autopoietico le proprie regole di funzionamento e sulla esclusione epistemologica di ogni possibilità di intervento statale non solo nel processo economico, ma anche nella definizione delle norme-quadro e a soluzione della c.d. questione sociale. In questa dinamica polare gli ordoliberali Eucken, Böhm,

Rüstow, Röpke e gli austriaci Mises e Hayek, occupano posti sicuramente diversi (P. PLICKERT 2008, 105).

A sostegno dell'ipotesi di una diversità di approcci non solo metodologici ma anche ideologici al problema della rifondazione del liberalismo, esiste tutta un'aneddotica che testimonia dei controversi rapporti fra gli esponenti delle due scuole. Secondo una testimonianza di Röpke, le divergenze teoriche fra Mises e Eucken si sarebbero tramutate in un vero e proprio scontro intellettuale nella riunione della Mont Pèlerin Society del 1949 a Seelisberg in Svizzera, alla quale gli ordoliberali Rüstow, Eucken e Röpke furono invitati a partecipare da Hayek. Il punto di discordia fra Mises e Eucken riguardava il ruolo da riconoscere allo stato e al diritto nella ricostruzione dell'ordine liberale. Per Mises la causa di tutti i mali moderni si chiamava *interventionism*. Per Eucken, invece, il recupero di un ordine liberale in Europa non poteva non tenere conto del problema del potere economico privato che si genera da un mercato *disembedded*, cioè posto nella condizione di produrre autopoieticamente le proprie regole di funzionamento. Ancora più radicale era il dissenso che divideva l'ordoliberale Rüstow dalle prospettive dei neoliberali austriaci, descritti come sostenitori fuori tempo massimo del *laissez faire*, "paleoliberali" degni di essere esposti in un "museo"². E in effetti Rüstow, la cui riflessione economica e politica si è incentrata prevalentemente sulla necessità di una operazione di smascheramento dei presupposti teologici e naturalistici delle dottrine del liberalismo economico³, si chiedeva come sarebbe stato possibile per i liberali critici che "non avevano prestato fede a Mosè e ai profeti – Smith e Ricardo – prestare fede adesso al signor Mises" (CWL 1938, 92).

Uno scritto di Rüstow che raccoglie una conferenza tenuta dal sociologo nel 1960 ci offre anche un quadretto gustoso delle relazioni personali intercorrenti fra Röpke e Mises e dei loro diversi modi di concepire i fenomeni sociali e l'azione umana. Si tratta del diverso

² Rüstow si esprime in questi termini in una lettera a Röpke datata 13 luglio 1943.

³ A riguardo risulta del tutto sorprendente il fatto che alla critica della teologia economica liberale inaugurata da Rüstow non si faccia alcun riferimento in due testi di lingua francese – e di recente traduzione italiana – che pure dedicano ampio spazio alla tradizione del liberalismo tedesco, l'uno da una prospettiva apologetica, l'altro da un punto di vista critico. Il riferimento è alla storia del liberalismo europeo curata da Philippe Nemo e Jean Petitot (P. NEMO / J. PETITOT 2006) e allo studio dedicato al neoliberalismo contemporaneo condotto da una impostazione foucaultiana di Dardot e Laval (P. DARDOT / C. LAVAL 2009).

giudizio espresso dai due intellettuali durante un viaggio in Olanda circa l'istituto dello *Schrebergarten* – giardini affidati alle famiglie e alle comunità locali e autogestite a finalità non di lucro ma di autosostentamento. Dal diverso tenore dei giudizi espressi dai due studiosi traspare la differenza fra la prasseologia misesiana, la quale presume di allontanarsi dall'ideale analitico dell'*homo oeconomicus*⁴, e l'idea ordoliberal per cui l'economia di mercato rappresenta uno soltanto dei molti ordini parziali della vita umana, che l'azione umana non possa essere valutata unicamente secondo criteri produttivistici, efficientistici e di utilità e che, per usare le parole di Röpke, gli ambiti più rilevanti in cui si decide della felicità umana solo quelli che si pongono "*al di là dell'offerta e della domanda*" (W. RÖPKE 1958). Agli occhi di Mises una produzione non finalizzata allo scambio di mercato non poteva che apparire come una "*forma di produzione agricola improduttiva*", mentre allo sguardo sociologico di Röpke essa si presentava come "*una forma di produzione*" capace di generare "*la massima felicità*" (A. RÜSTOW 1963, 286).

Anche il rapporto intellettuale fra gli ordoliberali e Hayek è costellato di interessanti dati aneddotici che raccontano di una diversità di orizzonti scientifici e ideologici. Già nella riunione della Mont Pèlerin Society cui si è fatto in precedenza riferimento Hayek rientrava fra gli intellettuali accusati da Rüstow di voler riproporre l'ideale teologico del mercato autoregolato il quale doveva invece essere visto a suo parere come la causa della crisi dell'ordine liberale e delle svolte statalistiche di inizio Novecento. Il giudizio di Rüstow su Hayek e sugli austriaci in generale è rimasto irreversibilmente critico anche negli anni successivi. Basti pensare all'insoddisfazione con cui sociologo tedesco accolse nel 1962 l'assegnazione ad Hayek della cattedra che era stata di Eucken⁵. Per quanto riguarda i rapporti fra Eucken e Hayek, essi furono caratterizzati da stima reciproca e si tradussero in uno scambio scientifico e intellettuale. Non mancarono, tuttavia, momenti di dissenso e di schietta critica. In una lettera ad Hayek in cui Eucken commenta *The Road to Serfdom*, dopo aver dimostrato di condividere la necessità della critica della tradizione storicistica tedesca e dopo aver fatto notare ad Hayek alcune unilateralità del suo piano d'analisi, il quale nel descrivere l'intera storia culturale tedesca come la storia dell'avvento del socialismo non aveva tenuto conto di tutta una tradizione latente di studiosi tedeschi di

⁴ Sul punto si vedano le pagine critiche dedicate da Caruso alla prasseologia austriaca (S. CARUSO 2012, 85-91).

⁵ L'insoddisfazione di Rüstow è documentata in una lettera del 15 giugno 1962 alla vedova di Eucken, Edith Eucken Erdsiek.

orientamento liberale, l'economista ordoliberale confessa all'esponente della Scuola austriaca di non aver ben compreso la differenza sussistente fra la sua proposta teorica e la dottrina del *laissez faire* e lo invita a rendere più chiara la sua posizione sul problema delle regole dell'economia e sulla concorrenza⁶.

Da parte loro gli austriaci non hanno lesinato commenti in parte anche lapidari sugli ordoliberali. Non c'è da sorprendersi del fatto che Mises fin dalle prime riunioni della Mont Pèlerin Society finisse per bollare i liberali tedeschi di statalismo e di socialismo. L'idea di Mises era che non si sarebbe dovuto fare alcuna concessione all'interventismo perché esso è destinato a produrre insuccessi ai quali sarà costretto a porre continuamente rimedio entrando così in una spirale irrefrenabile di interventi fino a trasformarsi in socialismo. In questo senso, secondo Mises, la distinzione qualitativa fra gli interventi sul quadro del mercato e quelli che incidono sul suo processo proposta dagli ordoliberali non aveva il minimo significato scientifico. Dal canto suo Hayek, che nel discorso di insediamento presso l'università di Friburgo si era detto intenzionato a continuare la propria ricerca nel solco della tradizione inaugurata da Eucken, non avrebbe avuto poi problemi a definire in altra sede il movimento ordoliberale come un "*liberalismo a metà*" (F. A. VON HAYEK 1983/92, 190). L'evidente incompatibilità delle letture della crisi storica del liberalismo economico proposta dai tedeschi e dagli austriaci avrebbe poi condotto Hayek ad assumere un tono tendenzialmente critico rispetto ai problemi del potere economico privato e della giustizia sociale. Nel suo fondamentale *Law, Legislation and Liberty* Hayek chiarisce che il problema della giustizia sociale rappresenta un "*atavismo*", il residuo di una mentalità primitiva della quale ci si sarebbe dovuti una volta per tutte liberare. Per gli ordoliberali la questione sociale rappresenta invece un problema reale, da risolvere tuttavia mediante strumenti diversi da quelli proposti dai teorici del collettivismo, della democrazia sociale e dai keynesiani. Per Hayek l'utilizzo fatto dai liberali tedeschi del termine 'sociale' nella locuzione 'economia sociale di mercato' valeva poco più di un espediente propagandistico adottato dalle classi dirigenti per far digerire all'opinione pubblica la pillola amara dell'economia di mercato "*Non mi piace questo uso, anche se grazie ad esso alcuni miei amici tedeschi [...] sembrano riusciti a rendere appetibile a circoli più ampi il tipo di ordine sociale che difendo*" (F. A. VON HAYEK 2010, 283).

⁶ Lettera di Eucken a Hayek del 12 marzo 1946.

2. All'origine di due diverse concezioni del diritto e del mercato: il rapporto con lo storicismo giuridico di Savigny e con l'opera di Smith

Sembra pertanto legittimo parlare del carattere 'problematico' di una considerazione monolitica del neoliberalismo contemporaneo, laddove esso si presenta invece immediatamente scisso in due ipotesi fondamentalmente opposte. E appare altrettanto chiaro che i corni di questa scissione sono da considerarsi – con un certo grado di generalizzazione e mettendo da parte gli esponenti di altre importanti tradizioni del liberalismo novecentesco – l'ordoliberalismo tedesco e il liberalismo dei marginalisti austriaci.

Al di là delle ricostruzioni storiografiche e delle note di colore, che pure sono utili a restituire l'atmosfera del dibattito interno al liberalismo novecentesco, è agli aspetti teorici differenziali che è importante volgere lo sguardo. Lo scopo di questo scritto è quello di evidenziarli partendo da un punto di vista giusfilosofico e giusteorico, mettendo capo cioè alla considerazione delle concezioni del diritto sottese alla prospettiva ordoliberale e a quella austriaca. Due sono i campi di prova a partire dai quali è possibile argomentare su una diversità di vedute fra austriaci e ordoliberali circa il fenomeno giuridico e il problema dell'ordine del mercato: quello della recezione dell'esperienza dello storicismo giuridico di Friedrich W. von Savigny; quello della valutazione ordoliberale e austriaca del discorso economico-politico di Adam Smith.

Per ciò che attiene al primo punto, se è vero che gli ordoliberali e gli austriaci condividono la critica alla tradizione dello storicismo tedesco, specialmente della tradizione della Scuola storica dell'economia e del suo maggiore esponente, Gustav Schmoller, è altrettanto vero che molto diverse sono le posizioni assunte dai due schieramenti nei confronti della Scuola storica del diritto di Savigny. Mentre per gli ordoliberali la possibilità di una nuova collaborazione fra scienza economica e scienza del diritto passa attraverso il recupero del ruolo costruttivo della ragione contro il fatalismo e l'irrazionalismo diffusi in Germania proprio dall'approccio di Savigny allo studio del diritto, la critica dello storicismo elaborata prima dal fondatore della Scuola austriaca, Carl Menger, e poi dall'allievo Hayek opera un discrimine fra lo storicismo giuridico di Savigny e quello economico di Schmoller, rifiutando il secondo e assumendo invece il primo come indirizzo fondamentale per la riflessione sulle istituzioni sorte in modo irriflesso e inintenzionale (fra cui il mercato, il diritto e lo stato).

Più complesso è il discorso sulle recezioni del pensiero di Adam Smith nelle due scuole con specifico riferimento al problema dell'ordinamento

giuridico dello stato e ordine di mercato. Menger annovera Smith fra gli studiosi illuministi di estrazione anglo-francese poco avvertiti del carattere inintenzionale delle istituzioni sociali e sostenitori di un approccio erroneamente pragmatico e convenzionalistico alla genesi del diritto e del mercato. Nella critica elaborata da Hayek al costruttivismo razionalistico caratteristico del pensiero moderno Smith compare, invece, insieme ad altri esponenti della tradizione dell'empirismo scozzese come Adam Ferguson e David Hume, come uno dei più acuti teorici degli ordini spontanei e la sua opera è considerata in termini decisamente positivi. Nelle opere di ordoliberali come Eucken, Böhm e Rüstow l'autore della *Wealth of Nations* figura come il fondatore della dottrina del *laissez faire*. Alla sua opera gli ordoliberali tedeschi si rivolgono pertanto in modo critico, contestando specificatamente l'assunto smithiano della naturalità e della spontaneità dell'ordine del mercato di concorrenza. Contro l'ipotesi di Smith dell'autonomia del sistema economico dagli altri ordini sociali, i tedeschi si pronunciano in favore di una economia incorporata nella società e fondata su un ordinamento giuridico 'posto' dal potere dello stato e sottoposta a interventi pubblici continuamente volti a dissolvere le posizioni di potere economico privato e a realizzare artificialmente l'ideale della concorrenza perfetta.

3. Profili giusfilosofici del *Methodenstreit* nella scienza economica di fine Ottocento: Menger e l'origine inintenzionale delle istituzioni sociali

La critica hayekiana allo storicismo e la sua teoria giuridica evolutivista trovano un precedente rilevante nelle opere del fondatore della Scuola del marginalismo austriaco, Carl Menger. Prima di concentrare l'attenzione sulle tesi di Hayek, è pertanto utile ritornare alla riflessione mengeriana sulla metodologia delle scienze sociali contenuta nelle *Untersuchungen über die Methode der Sozialwissenschaften und der politischen Ökonomie insbesondere* del 1883 (C. MENER 1996). Il testo di Menger rappresenta il punto di attacco della polemica metodologica che ha visto scontrarsi gli esponenti della Scuola storica dell'economia e l'economista austriaco. Qui vengono ripresi alcuni aspetti del dibattito sul metodo che sono di particolare importanza per la comprensione del diverso tenore della critica dello storicismo condotta da Hayek, da una parte, e dagli ordoliberali, dall'altra.

Il dibattito metodologico fra la Scuola storica dell'economia e la nascente scuola marginalista austriaca, seppure incentrato

principalmente sulla metodologia della scienza economica, ha prodotto effetti di rilievo anche per la filosofia del diritto. Le ragioni di questo fatto possono essere spiegate nei seguenti termini. Nella controversia sul metodo entrambi i contendenti hanno rivendicato l'adozione nel campo della ricerca economico-politica del metodo di ricerca inaugurato nelle scienze giuridiche da Savigny, in particolare, del paradigma teorico dello 'sviluppo organico' delle formazioni e dei fenomeni sociali. Dallo stesso paradigma teorico dello 'sviluppo organico', tuttavia, Menger e Schmoller ricavano due diversi concetti di diritto. La controversia sul metodo economico può essere vista, pertanto, come un dibattito relativo alla definizione del significato autentico della metodologia storicistica della scienza del diritto di Savigny.

La 'vecchia' scuola storica dell'economia, attiva fra il 1850 e il 1870, annovera fra le sue file studiosi quali Wilhelm Roscher, Karl Knies, e Bruno Hildebrand. Il recupero nell'ambito della ricerca economica dei temi caratteristici dello storicismo giuridico di Savigny – la categoria metafisica del *Volksgeist* e la metafora dell' 'evoluzione organica' – rappresenta uno dei punti caratterizzanti della riflessione di questi autori. Le manifestazioni vitali di ogni popolo (politiche, giuridiche ed economiche) sono l'espressione di una essenza originaria, lo 'spirito del popolo', non suscettibile di spiegazione scientifico-analitica ma soltanto di intuizione metafisica. Ogni popolo rappresenta un organismo individuale destinato a compiere un 'ciclo vitale' che va dalla nascita, al suo sviluppo, fino alla decadenza e alla sua fine. In questo quadro il compito dello scienziato economico è quello di "*cogliere innanzitutto quelle particolarità del Volksgeist che fanno di ogni nazione un soggetto economico ben definito*" e successivamente, mediante un'opera di comparazione parallela dei dati empiricamente raccolti, di individuare, astraendo dalle singole condizioni storiche, "*le 'leggi evolutive' "*, generali e necessarie, valide per la spiegazione dello sviluppo di tutti gli organismi economici e sociali (cfr. E. ZAGARI, in E. ZAGARI / B. SCHEFOLD / V. GIOIA 1993, 21). Sulla base di questo approccio metodologico i primi esponenti dello storicismo economico hanno criticato il fatto che gli economisti classici avessero creduto di trarre norme universali dell'agire economico mediante la pura astrazione, senza badare all'evoluzione storica delle economie nazionali. In realtà, sostenevano Bücher, Roscher, Knies e Hildebrand, le leggi del mercato e della concorrenza, così come gli istituti giuridici e politici moderni, hanno una validità storicamente relativa, coincidente solo con un preciso stadio dell'evoluzione dello spirito economico e politico di un popolo.

La 'giovane' Scuola storica dell'economia guidata da Gustav Schmoller cercò di abbandonare i presupposti metafisici e gli esiti deterministici dell'approccio dei primi economisti storicisti. Schmoller rifiutava *"il metodo della costruzione di teorie astratte sulla base di assiomi che sono dubbi dal punto di vista empirico e che hanno smarrito ogni relazione con la realtà della vita economica"* e si proponeva *"la costruzione di una teoria concreta (anschaulich) fondata su una vasta ricerca empirica"* (cfr. B. SCHEFOLD, in E. ZAGARI / B. SCHEFOLD / V. GIOIA 1993, 40). La teoria avrebbe dovuto tenere conto dello sviluppo storico concreto e della stretta relazione fra fattori economici, sociali e culturali. Non secondaria era quindi l'importanza da dedicare nelle scienze economiche alle evoluzioni degli ordinamenti giuridici e delle norme morali-culturali. A questo scopo Schmoller poneva *"programmaticamente i fondamenti psichici, morali e giuridici dell'economia politica"* all'inizio della sua indagine teorica in quanto voleva *"dimostrare come l'aspirazione economica al guadagno e l'egoismo possano essere forze fruttuose e determinanti per lo sviluppo economico, ma solo quando siano integrate nei sottosistemi di morale e diritto"*. Ciò si traduceva nella critica della scienza economica classica e delle posizioni politiche liberali. Schmoller non credeva nella possibilità di una autoregolamentazione della vita economica e nemmeno pensava che fosse possibile un ordine sociale improntato soltanto alla libertà dei contratti. La sua idea era che il soggetto economico non operasse in un vuoto normativo ma che fosse preliminarmente condizionato da norme giuridiche, etiche e culturali, sicché *"persino le coordinate della moderna società"* erano *"costituite da antichissime tradizioni morali, in continuo rinnovamento, e da un forte sistema giuridico, enucleato dallo sviluppo storico, che egli interpreta come un minimum etico"* (cfr. B. SCHEFOLD, in E. ZAGARI / B. SCHEFOLD / V. GIOIA 1993, 41). Il mercato, piuttosto che generare norme, è determinato fin dall'inizio da norme derivate dalla tradizione e da limiti corrispondenti al sentimento sociale del diritto. Nell'economia politica di Schmoller il momento economico rappresenta un sistema parziale del più generale sistema sociale e non può per questo motivo essere studiato astraendo dalle altre dimensioni vitali (etica, religione, diritto, politica). Il mercato, con le sue leggi della domanda e dell'offerta, è da intendersi come una istituzione che affonda le sue radici nell'intera dimensione sociale e, in quanto tale, è suscettibile di essere sottoposto a limitazioni in tutti i casi in cui il suo funzionamento metta in pericolo gli altri ambiti della vita sociale⁷. Era

⁷ Come è stato giustamente notato, Schmoller *"assume un atteggiamento positivo nei confronti della formazione dei prezzi di mercato con le oscillazioni"*

questo il significato del recupero all'interno della ricerca economico-politica dell'approccio storicistico inaugurato da Savigny nel campo delle scienze giuridiche. Un recupero che metteva capo a una interpretazione olistica dell'evoluzione storica delle formazioni sociali.

Per quanto riguarda la posizione austriaca, l'aspetto più rilevante dell'approccio metodologico mengeriano allo studio dei fenomeni sociali consiste nell'intuizione secondo la quale molti fenomeni sociali (dal linguaggio alla moneta e al diritto) non sono creati intenzionalmente dall'uomo ma sono piuttosto il risultato irriflesso di molteplici atti individuali. Come negli organismi naturali si può osservare *"un'ammirevole adeguatezza di tutte le parti rispetto all'intero, un'adeguatezza che non è però il risultato di un calcolo umano, ma di un processo naturale"*, così *"possiamo osservare in molte istituzioni sociali un'adeguatezza evidente rispetto alla società come intero, che a un'osservazione più approfondita non si mostra come il risultato di una intenzione rivolta a quello scopo, cioè di una convenzione fra i suoi membri, oppure della legislazione. Anch'essa si mostra piuttosto (in un certo senso) come un prodotto 'naturale', come risultato irriflesso dello sviluppo storico"* (C. Menger 1996, 134). Questa verità essenziale è stata misconosciuta, a parere di Menger, dalla tradizione razionalistica moderna che ha ritenuto gli istituti sociali il prodotto dell'azione deliberata degli uomini. Le formazioni sociali sono state intese non più come *organismi* ma come *meccanismi* organizzati dalla razionalità umana e istituiti in modo pragmatico e convenzionale. Le implicazioni giusfilosofiche della dimenticanza dell' *'origine organica'* del diritto coincidono con il proliferare di interpretazioni pragmatiche e artificialiste del fenomeno giuridico. Interpretazioni, tuttavia, erranee perché *"il linguaggio, la religione, il diritto, persino lo stato e, per menzionare alcuni fenomeni economici specifici, i mercati, la concorrenza, il denaro e numerose altre formazioni sociali le incontriamo già in epoche storiche nelle quali non si può ragionevolmente parlare di una attività della comunità o dei suoi capi consapevolmente orientata alla loro fondazione"* (C. Menger 1996, 150). La risposta alla domanda fondamentale *"come possono mai sorgere istituzioni che servono il bene comune e che hanno*

indotte dalla domanda e dall'offerta", tuttavia, aggiunge *"in senso restrittivo che la libera concorrenza può determinare valori di mercato svantaggiosi per il bene comune e che possono condurre a ingiustizie sociali"*. Pertanto *"anche per quanto concerne la formazione dei prezzi occorre preoccuparsi"*, secondo Schmoller, *"che venga rispettato il primato dell'etica"* e ridefinire la teoria classica del giusto prezzo sulla base dei principi di giustizia storicamente vigenti, (cfr. B. SCHEFOLD, in E. ZAGARI / B. SCHEFOLD / V. GIOIA 1993, 56).

un'importanza fondamentale per il suo sviluppo senza una VOLONTÀ COMUNE orientata alla loro fondazione?"⁸ (C. MENGER 1996, 151) deve presupporre necessariamente l'agire atomistico e interessato dei singoli individui, orientato al soddisfacimento dei bisogni individuali. Contro le tesi contrattualistiche Menger propone l'idea che gli ordinamenti giuridici e statuali siano sorti "senza un patto espresso, senza costrizione legislativa, persino senza alcuna considerazione dell'interesse comune", ma "soltanto per l'impulso di interessi individuali e come risultante della loro attività" (C. MENGER 1996, 165).

Secondo Menger l'idea dell'origine organica delle istituzioni sociali è stata proposta in modo decisivo nel pensiero politico da Edmund Burke ed accolta e sviluppata fruttuosamente in Germania nel campo della scienza del diritto da Savigny. Burke mostrò per primo che *"numeroso istituzioni della sua patria, veramente utili alla comunità e orgoglio per ogni inglese, non sono il prodotto della legislazione positiva o della volontà comune della società consapevolmente rivolta alla loro fondazione, ma il risultato irriflesso dello sviluppo storico".* L'inglese tentò di *"ridare valore a ciò che esiste ed è verificato, a ciò che è divenuto storicamente, di contro ai progetti di una prematura mania innovatrice, e aprì così la prima breccia nell'unilaterale razionalismo e pragmatismo dell'illuminismo anglo-francese"* (C. MENGER 1996, 186). Lo stesso fecero in Germania Savigny e Niebuhr: per la scienza giuridica di indirizzo storicistico *"il diritto è, almeno in origine, al pari del linguaggio, non il prodotto di un'attività dei poteri pubblici consapevolmente diretta alla sua creazione, e della legislazione positiva in special modo, ma il risultato irriflesso di una più alta saggezza, ossia dello sviluppo storico dei popoli [...] Anche il perfezionamento del diritto avviene infatti, come quello del linguaggio, non ad opera di un arbitrio calcolatore, ma in maniera 'organica' per una interiore necessità storica".* Anche l'eventuale intervento legislativo deve essere sempre concepito come un'operazione di traduzione legislativa dello spirito del popolo, poiché per Savigny *"il legislatore va sempre considerato soltanto come il rappresentante del popolo, del reale spirito del popolo, ed egli deve rispettare la continuità del diritto"* (C. MENGER 1996, 187).

L'interpretazione mengeriana della metodologia savignyana mette capo così ad un approccio individualistico e atomistico i cui risvolti scientifici e politici sono opposti a quelli degli economisti tedeschi. L'intervento di politica sociale mediante la legislazione non rappresenta per Menger uno strumento di adeguamento della vita economica allo spirito del popolo e al suo sentimento della giustizia, ma rappresenta

⁸ L'enfasi è di Menger.

l'interruzione di uno sviluppo veramente organico che si compie mediante incalcolabili scelte individuali e autonome realizzate nel mercato. La critica dello storicismo economico elaborata dal Menger delle *Untersuchungen* sfocia pertanto in due asserti fondamentali. Il primo è facilmente deducibile da quanto detto finora: il richiamo operato dagli esponenti della Scuola storica dell'economia alla metodologia giuridica di Savigny doveva considerarsi indebita in quanto essi non erano stati capaci di comprendere correttamente i presupposti atomistici e individualistici della metodologia giuridica storicistica. Particolarmente interessante è, però, la seconda tesi di Menger: l'opposizione critica degli economisti storicisti all'economia politica di Adam Smith doveva considerarsi soltanto formale, considerato il fatto che sia Schmoller che l'illuminista scozzese condividevano l'erroneo pregiudizio 'pragmatico' sull'origine delle istituzioni sociali (stato, diritto, mercato). Menger annoverava, infatti, Smith fra i sostenitori dell'approccio convenzionalistico e artificialistico allo studio delle istituzioni umane: *"Ciò che può essere effettivamente rimproverato ad Adam Smith" è "l'insufficiente comprensione per le istituzioni sociali irriflesse e per la loro importanza per l'economia, nonché l'opinione [...] secondo cui le istituzioni economiche sarebbero sempre il risultato previsto della volontà comune della società in quanto tale, ossia di un'espressa convenzione fra i membri della società o della legislazione positiva"*. Anche Smith ha preferito pertanto un approccio pragmatico allo studio delle istituzioni sociali rimanendo essenzialmente estraneo alla comprensione del fenomeno delle *"formazioni sociali sorte in modo irriflesso"* (C. MENER 1996, 185). Smith poteva paradossalmente essere visto come il precursore dell'approccio dei propri critici e gli economisti storicisti dovevano essere considerati altrettanto paradossalmente non come i successori di Savigny, ma come coloro i quali avevano la colpa di aver reso *"incontestabilmente valido"* il metodo razionalista e pragmatico adottato dell'economista scozzese nello studio delle istituzioni sociali (C. MENER 1996, 186). Il socialismo caratteristico dell'approccio riformatore di Schmoller non figurava più allora come un allontanamento critico dalle dottrine del liberalismo di Smith ma ne era la logica conseguenza. Agli occhi di Menger era *"il liberalismo unilateralmente razionalistico, l'aspirazione non di rado avventata alla rimozione dell'esistente, non sempre sufficientemente compreso, e l'altrettanto avventato impulso alla creazione di qualcosa di nuovo nel campo delle istituzioni politiche, abbastanza spesso senza una sufficiente conoscenza ed esperienza"* a condurre *"inevitabilmente al socialismo"* (C. MENER 1996, 188 e 189).

Se si considera la critica di Menger allo storicismo economico non tanto dal punto di vista delle sue implicazioni per la scienza economica ma da un punto di vista filosofico-giuridico, è possibile ricavare conclusioni non banali. Mentre sul piano della metodologia economica il teoreticismo di Menger rappresenta un argine alla critica storicista all'astrattismo di Smith e un rilancio delle ragioni dell'analisi teorica rispetto alla considerazione storica, sotto un profilo giusfilosofico la critica di Menger allo storicismo economico rappresenta la superficie dietro la quale si articola una più profonda critica della ragione illuministica moderna, alla cui matrice l'austriaco riconduce anche il liberalismo razionalistico di Smith.

4. Hayek e la critica del pensiero giuridico moderno

Le implicazioni dell'approccio di Menger al diritto sono state meglio elaborate e raffinate da Hayek. Hayek estende la critica mengeriana allo storicismo ad altre esperienze teoriche come la dialettica hegeliana e il marxismo (R. CUBEDDU 1992, 98 e ss.). Egli, inoltre, rielabora la critica mengeriana al pragmatismo e al convenzionalismo giuridico inquadrandola nel progetto di una più ampia diagnosi critica della ragione moderna.

A ben vedere, per Hayek l'ipotesi per la quale *"le istituzioni umane siano in grado di servire gli scopi degli individui solo se sono state deliberatamente progettate per servire tali scopi"* comporta un errore teorico fondato direttamente su una cattiva epistemologia di derivazione cartesiana. Il progetto cartesiano di ridiscutere *ex novo* alla luce della *"sola ragione"* il significato e il portato veritativo del sapere tramandato si trasforma dal punto di vista politico e giuridico in un atteggiamento *"intenzionalista"* e *"pragmatico"* mirante a concepire le istituzioni e il diritto come conseguenza dell' *"invenzione e della progettazione deliberata"* dell'uomo. L'idea cartesiana si fonda secondo Hayek sulla *"fallacia costruttivistica"* per la quale l'uomo è capace di aumentare la propria conoscenza mediante l'uso della ragione e di individuare di conseguenza regole di comportamento basate su verità di ragione (F. A. VON HAYEK 2010, 15). L'uomo, invece, è per Hayek determinato da una ignoranza costitutiva e mai veramente superabile (F. A. VON HAYEK 2010, 18). Il successo dell'azione umana non dipende dall'aumento della conoscenza individuale ma dalla comunicazione con gli altri soggetti e dallo scambio reciproco di saperi parziali. Di conseguenza la razionalità dell'ordinamento del mondo e della società non può essere il prodotto della pianificazione razionale. A causa delle proprie carenze conoscitive l'uomo è costretto ad agire secondo un processo di *trial and error*,

adattandosi continuamente all'ambiente esterno mediante un processo di selezione delle risposte che hanno successo. L'ordine della società viene a coincidere con la struttura di regole sorte in modo inintenzionale e spontaneo a partire dall'infinita pluralità di azioni individuali così poste in essere. All'origine del diritto, inteso come ordine spontaneo di regole che consente la coesistenza di innumerevoli individui autodeterminati, non si pone il ragionamento di un solo soggetto conoscente (individuale o collettivo) e il suo atto di posizione volontaristica dell'ordinamento. L'origine del diritto è costitutivamente organica ed evolutiva. L'ordinamento giuridico va inteso come una *catallattica*, cioè come un processo di continuo adeguamento reciproco di singoli elementi all'interno di un ordine più grande (F. A. VON HAYEK 2010, 25).

La critica della ragione moderna è immediatamente una critica della ragione 'giuridica' moderna. La fallacia costruttivistica caratterizza l'approccio di Grozio e dei suoi discepoli, convinti della possibilità di definire razionalmente il contenuto materiale degli ordinamenti giuridici. Costruttivistico è l'approccio di Voltaire e di Rousseau, il cui intento è la critica dell'ordine consuetudinario e tradizionale e la rifondazione dell'ordine sociale e giuridico moderno sulla ragione illuminata e sulla volontà generale. La critica di Hayek coinvolge, inoltre, la "*presunzione fatale*" tutta moderna di conoscere mediante la speculazione o l'analisi induttiva le leggi ultime del processo storico. Hayek accumuna in questo quadro Comte, Hegel, Marx e i vari esponenti dello storicismo economico tedesco. Costruttivistica è chiaramente tutta la tradizione del positivismo giuridico dalla versione imperativistica di Hobbes, Austin e Bentham fino a quella normativistica di Hans Kelsen, alla quale Hayek imputa il declino del primato storico e teorico del diritto privato di origine spontanea a favore della centralità del diritto pubblico e della legislazione positiva.

Il dato caratteristico di (quasi) tutta la tradizione moderna è secondo Hayek l'incapacità di comprendere il carattere astratto e impersonale delle regole degli ordini spontanei (regole che Hayek definisce *rules of just conduct*), i quali consentono la cooperazione libera e imprevedibile degli elementi di un determinato sistema. Le istituzioni sociali e le norme giuridiche sono concepite dalla tradizione moderna "*antropomorficamente*", come manifestazioni di volontà intenzionali, comandi espliciti o precetti linguistici positivi. Il carattere "*antropomorfo*" del linguaggio giuridico moderno costituisce per Hayek il retaggio di una mentalità primitiva tendente a considerare ogni norma e ogni ordine naturale come "*una prova dell'intervento di un ente personale*". La versione moderna dell' "*animismo*" primitivo è l' "*artificialismo*" giuridico, il quale nega certamente l'identità fra *sein* e

sollen ma concepisce, tuttavia, la norma giuridica come prodotto artificiale di una volontà che la pone. All'aporia della 'personificazione' non è riuscito a sfuggire nemmeno Hans Kelsen, l'autore che più di tutti ha cercato di operare una formalizzazione del diritto mediante una metodologia purificata da ogni possibile contaminazione naturalistica, religiosa, morale o politica. Anzi, il positivismo normativistico di Kelsen rappresenta secondo Hayek una sorta di compimento moderno dello sguardo 'personificante' primitivo (F. A. VON HAYEK 2010, 39)⁹. La tesi kelseniana per la quale i diritti soggettivi e i rapporti contrattuali sono diritto in quanto preliminarmente validati dall'ordinamento oggettivo – tesi che compare nella *Reine Rechtslehre* (H. KELSEN 1934/2000) in esplicita polemica con le tesi tradizionali della scienza giuridica storicista – rappresenta secondo Hayek l'esempio paradigmatico dell'errore costruttivistico e intenzionalistico: il punto di vista storico-genetico dimostra che "per quanto concerne le norme giuridiche di mera condotta e in particolare il diritto privato, l'asserzione del positivismo giuridico, che il loro contenuto è sempre un'espressione del volere del legislatore, è semplicemente falsa" (F. A. VON HAYEK 2010, 241).

L'attacco di Hayek al positivismo giuridico e alla dottrina pura di Kelsen è importante per comprendere il tentativo di sfondamento dalla logica giuridica moderna proposto con la teoria degli ordini spontanei inintenzionali. La confusione delle 'norme di mera condotta' originatesi in modo spontaneo e inintenzionale con le 'norme di organizzazione' poste volontaristicamente mediante il diritto pubblico ha determinato l'oblio progressivo delle distinzioni concettuali di origine greca fra *nomos* e *thesis* – cui corrisponde il binomio di *Recht* e *Gesetz* – e fra i relativi modelli di ordine spontaneo e di organizzazione (*cosmos* e *taxis*). Muovendo da questi presupposti il positivismo giuridico produce lo svuotamento del concetto tradizionale di *Rechtsstaat*: stato di diritto non è più lo stato il cui ordinamento giuridico è composto da norme generali di mera condotta; stato di diritto è quello in cui la legge è prodotta secondo specifiche procedure formali, a prescindere del tutto dal fatto che in esso l'autorità legislativa goda di poteri illimitati o meno e dal grado di consenso riconosciuto dai membri della comunità giuridica (F. A. VON HAYEK 2010, 247).

Il pregiudizio volontaristico intrinseco alla 'dottrina pura' di Kelsen si manifesta anche nel suo modo di concepire il momento applicativo del diritto: per Kelsen la legittimità della decisione non deriva dalla capacità

⁹ L'ipotesi di Hayek è interessante anche perché tocca uno degli argomenti su cui ha criticamente riflettuto Kelsen nei suoi studi di sociologia della giustizia (H. KELSEN 1943).

del giudice di dare voce a una regola di mera condotta che è già generalmente osservata ed effettiva all'interno del sistema sociale; la decisione, in quanto norma individuale, è valida a priori, a prescindere dal suo contenuto concreto e dal consenso sociale potenziale, in virtù della sola autorizzazione derivante dai processi di validazione scalare dello *Stufenbau* fino all'ipotesi della *Grundnorm*.

La stessa contraddizione opera nel modo giuspositivistico di considerare la "sovranità". Nonostante Kelsen abbia insistito sulla dissoluzione dello stato nell'ordinamento giuridico e proposto una critica decostruttiva del concetto di sovranità, la dottrina pura del diritto, in quanto teoria positivista del diritto, continua a presupporre l'ordinamento giuridico sotto il mero profilo della validità procedurale lasciando la dimensione contenutistico-materiale aperta a un volontarismo illimitato. Ma l'idea per la quale la norma possa giudicarsi valida a prescindere dal suo contenuto materiale purché sia validamente posta, lungi dall'essere frutto di un approccio anti-ideologico al problema del diritto, costituisce secondo Hayek la rappresentazione giuridica dell'ideologia socialista. Essa postula infatti la possibilità di determinare legislativamente ogni aspetto dell'ordinamento giuridico generale e di sostituire l'ordine spontaneo delle regole di mera condotta con una organizzazione artificiale. La teoria pura del diritto di Kelsen, intesa e rappresentata dal giurista come una *Ideologiekritik*, si scopre essere la teoria giuridica dei poteri legislativi illimitati caratteristica delle democrazie moderne. E non poteva essere diversamente, sottolinea Hayek, perché ogni rappresentazione del diritto riposa su una ideologia di fondo (F. A. VON HAYEK 2010, 252). L'interpretazione giuspositivistica della sovranità "come potere necessariamente illimitato di una suprema autorità legislativa, è diventata uno dei cardini della teoria della sovranità popolare o dei poteri illimitati di una legislatura democratica. Per un positivista che definisce il diritto in modo da far dipendere il suo contenuto sostanziale da un atto di volontà del legislatore, questa concezione del diritto diventa una necessità logica. Se il termine diritto è usato in questo senso, qualsiasi limitazione giuridica del potere del legislatore supremo è esclusa per definizione" (F. A. VON HAYEK 2010, 260). In realtà il concetto di sovranità non è stato dissolto da Kelsen, ma è stato semplicemente reso 'formale'. Esso continua ad operare come "superstizione costruttivistica" (F. A. VON HAYEK 2010, 407) della *Rechtsstaatslehre* laddove essa continua a presupporre la possibilità di un potere illimitato nella definizione volontaristica dei contenuti materiali delle norme.

In un ordine spontaneo, incentrato sulle norme di mera condotta, il concetto di sovranità non conduce a questi risultati aporetici, poiché viene fatto semplicemente coincidere con il consenso potenziale che è capace di generarsi attorno all'ordinamento giuridico: *"Un legislatore, se vuole raggiungere il suo scopo, cioè cercare di mantenere un ordine spontaneo, non può scegliere a piacimento le norme a cui conferire validità. Il suo potere non è illimitato perché si basa sul fatto che alcune delle norme che egli rende sanzionabili siano considerate giuste dai cittadini, e l'accettazione da parte del legislatore di tali norme limita necessariamente i suoi poteri di rendere sanzionabili altre norme"* (F. A. VON HAYEK 2010, 261). Hayek è consapevole del fatto che nella *Big Society* l'irriducibile pluralismo delle valutazioni soggettive rende sempre più difficile un accordo veramente unanime sul contenuto e sulla giustizia delle norme. La difficoltà di operare un *"test positivo"* sulla giustizia delle norme non elimina comunque la praticabilità di un *"test negativo"*, il cui risvolto non può essere che la limitazione dei poteri del legislativo.

La crisi del concetto di sovranità come 'consenso' (o, si potrebbe dire, come 'effettività') si è verificata specialmente a seguito della diffusione dell'ideale democratico della sovranità popolare che ha condotto *"all'illusione semplicistica che il 'popolo' effettivamente agisse insieme"* e alla conseguente conclusione che ogni *"azione collettiva fosse moralmente preferibile alle azioni separate degli individui"* basata *"sulla curiosa teoria secondo cui il processo decisionale democratico è sempre diretto al bene comune"* (F. A. VON HAYEK 2010, 409). Un approccio realistico alla democrazia moderna dimostra, invece, che i partiti organizzati che agiscono nei parlamenti nazionali si contrappongono l'uno all'altro in funzione del perseguimento di interessi particolari diversi e in competizione fra loro, il che ha poco a che fare con il concetto di bene comune e di *volonté générale*. Lo scopo dei partiti nelle democrazie moderne consiste piuttosto nell'assicurazione del consenso elettorale mediante la distribuzione di privilegi e di vantaggi sociali. La legislazione è lo strumento mediante il quale si verifica la spartizione di privilegi e risorse pubbliche definita in base al grado di forza che le parti interessate sono in grado di esercitare sui rappresentanti politici. Il legislativo perde la sua funzione originaria di riconoscere mediante la positivizzazione le norme sulle quali si raccoglie il consenso sociale e diventa il luogo di produzione di comandi particolari determinati dalla volontà delle maggioranze. Il diritto, inteso come ordine spontaneo di norme generali e astratte capaci di rendere possibile il coordinamento organico dell'agire degli individui, trova in questa evoluzione del

parlamentarismo il culmine della sua crisi storica. A riguardo Hayek dimostra di condividere la critica del parlamentarismo prodotta da Carl Schmitt in *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (C. SCHMITT 1926), senza accettare tuttavia le soluzioni plebiscitarie proposte dal giurista di Plettenberg: *“Questa debolezza del governo di una democrazia onnipotente fu chiaramente vista dallo straordinario studioso tedesco di politica Carl Schmitt, che negli anni venti capì il carattere della nascente forma di governo probabilmente meglio di quanto non abbia fatto la maggioranza delle altre persone, e che poi regolarmente scelse quella che mi sembra essere moralmente e intellettualmente la parte sbagliata”* (F. A. VON HAYEK 2010, 512, in nota).

4.1 Oltre la presunzione volontaristica: diritto e ordine del mercato in Hayek

Se questi sono gli esiti causati dalla diffusione della c.d. *“fallacia costruttivistica”*, è possibile tuttavia individuare all’interno della tradizione del pensiero occidentale filoni di pensiero che hanno insistito sull’origine inintenzionale e sulla evoluzione organica degli ordini e dei fenomeni sociali. Per Hayek è a queste esperienze che si ricollega la tradizione dello stato di diritto liberale.

Con riferimento specifico al fenomeno giuridico Hayek articola la propria tesi evuzionistica a partire dagli studi di etologia e di antropologia culturale. Molto prima di diventare proposizioni linguistiche le regole giuridiche sono in origine *“regole fattuali”*, regole di condotta adottate spontaneamente dagli individui in virtù di un processo di *trial and error* il cui esito è la selezione dei comportamenti idonei. L’assetto delle regole fattuali prevalenti costituisce la *“consuetudine”* e il *“costume”* (F. A. VON HAYEK 2010, 99). Con lo sviluppo del linguaggio verbale le regole fattuali diventano *“regole normative”*, cioè modelli di comportamento suscettibili di essere comunicati e insegnati. Quando le prime organizzazioni umane si evolvono verso strutture centralizzate le regole normative rappresentano lo strumento mediante il quale i capi tribù agiscono deliberatamente per diffondere e rafforzare gli ordini di origine spontanea. Lo scopo delle prime forme di legislazione non è quindi creare nuove regole, ma esprimere linguisticamente quelle effettivamente seguite dai membri della comunità e che hanno dimostrato particolare efficacia nel garantire la coesistenza sociale (F. A. VON HAYEK 2010, 100). In questo modo Hayek descrive la pretesa degli antichi legislatori (Hammurabi, Solone, Licurgo, i padri delle XXII tavole) di ripristinare con la propria opera legislativa l’*‘ordine antico’*. Questa

idea è rimasta tale anche nella tradizione classica e ha trovato espressione nell'idea che il diritto tramandato ateniese, i *nomoi*, sulla cui conservazione vigilavano i *nomotheti*, non potesse essere facilmente modificato per via legislativa. E questa idea fonda secondo Hayek il giudizio negativo espresso da Aristotele sulla forma democratica pura. Anche la tradizione del diritto romano presuppone la formazione spontanea del diritto. La stessa compilazione giustiniana è più il prodotto della ricerca di giuristi custodi delle concezioni prevalenti di giustizia, che il frutto della creazione deliberata di nuove norme per via legislativa. Il giusnaturalismo antico ha mantenuto questa distinzione soprattutto nell'opera degli esponenti della seconda scolastica: per Louis Molina e Johannes de Lugo il termine 'naturale' caratterizza tutto ciò che è frutto dell'azione dell'uomo ma non della sua progettazione volontaria. Per questi autori, che è possibile considerare come i veri anticipatori della teorie soggettive del valore nelle scienze economiche (J. A. SCHUMPETER 1990), la definizione del "giusto prezzo" di una merce doveva essere lasciato al mercato essendo esso determinato dalla confluenza di fattori innumerevoli e inconoscibili alla ragione umana (F. A. VON HAYEK 2010, 31).

Una reazione al razionalismo costruttivistico di matrice cartesiana e all'antropomorfismo degli approcci giuridici che ne sono derivati è stata sperimentata nell'epoca moderna nei paesi di *common law* soprattutto da Hume e Mandeville, da Ferguson e Smith. In filosofia politica è stato principalmente Edmund Burke a sottolineare l'importanza delle istituzioni tradizionali contro le aspirazioni palingenetiche rivoluzionarie francesi. In Germania l'approccio evoluzionistico ai fenomeni sociali ha trovato espressione compiuta nella linguistica di von Humboldt e nella scienza giuridica di Savigny. Le idee di Savigny sarebbero poi ritornate nella cultura inglese dominata dal positivismo grazie alle ricerche di antropologia giuridica di Henry Sumner Maine. Inoltre, le ricerche metodologiche di Menger rappresentano secondo Hayek la prima e più cosciente declinazione scientifica del metodo evoluzionistico nello studio dei fenomeni sociali. In questo quadro il paradigma interpretativo dello sviluppo organico evolutivo non appare più come l'applicazione delle teorie biologiche di Darwin al campo delle scienze sociali. Si tratta invece di una griglia ermeneutica risalente e diffusa nelle scienze sociali (nello studio del linguaggio, dei costumi, del diritto) la quale sarebbe stata poi adottata per analogia da Darwin agli studi biologici (F. A. VON HAYEK 2010, 32 e 33).

Savigny e Smith appaiono pertanto fra le figure intellettuali che Hayek oppone programmaticamente alla corrente cartesiana. Ad

entrambi l'economista austriaco riconosce un ruolo di primissimo piano, differentemente da quanto aveva fatto Menger, il quale aveva tenuto separati la metodologia storica del giurista tedesco dal pragmatismo illuministico dello scozzese.

Savigny rappresenta per Hayek lo studioso che meglio di tutti è riuscito a sottolineare l'origine organica del diritto. Egli ha inoltre posto correttamente l'accento sull'attività dei giuristi nel guidare l'evoluzione dell'ordinamento giuridico in armonia con il sentimento del diritto socialmente diffuso e con le regole fattuali effettivamente praticate. La sua posizione nella polemica sulla codificazione rappresenta la prima vera rivendicazione del carattere evolutivo del diritto contro le prospettive costruttivistiche del giusnaturalismo razionalistico e del giuspositivismo. Le ragioni per le quali Hayek restituisce a Savigny un posto centrale nella sua teoria evoluzionistica del diritto sono simili a quelle di Menger, pertanto non è necessario soffermarsi sul punto ulteriormente.

Più interessante è invece concentrarsi sulla diversa considerazione data da Hayek all'opera di Smith. Nonostante Hayek valuti fondamentali le considerazioni del Menger delle *Untersuchungen*, riguardo alla figura di Smith non sembra accogliere le riserve che invece il suo maestro aveva avanzato. Hayek recupera la teoria della 'mano invisibile' di Smith depurandola dai presupposti morali e normativi rinvenibili nell'opera dello scozzese e saldandola alla metodologia giuridica della scuola storica di Savigny. Questa operazione è funzionale al tentativo hayekiano di superamento del pensiero giuridico moderno, cioè al progetto teorico di espungere dal discorso sul diritto e sulla politica i concetti di volontà, di decisione, e di costruzione deliberata dell'ordine¹⁰.

A Smith Hayek attribuisce un ruolo centrale soprattutto per quanto riguarda la giustificazione teorica della tesi dell'origine naturale e spontanea del mercato. Hayek apre la sua riflessione sulla distinzione fra *cosmos* e *taxis* proprio con una citazione di un passo smithiano tratto dalla *Theory of Moral Sentiments* (A. SMITH 2009) in cui il filosofo

¹⁰ In effetti il discorso di Hayek su Smith sembra mettere da parte i presupposti normativi – morali e giuridici – del mercato alla cui considerazione sono dedicati la *Theory of Moral Sentiments* e le *Lectures on Jurisprudence* (a riguardo, cfr. K. HAAKONSSSEN 1996). In queste pagine non interessa, tuttavia, valutare l'adeguatezza dell'interpretazione hayekiana dell'opera di Smith, quanto piuttosto comprendere il modo in cui alcuni aspetti dell'opera di Smith sono saldati ad altre esperienze teoriche nel tentativo di approntare una teoria evoluzionistica del diritto capace di non reiterare il pregiudizio volontaristico del pensiero giuridico moderno.

scozzese critica l'idea che la legislazione sia capace di imporre alla società un ordine diverso da quello cui i movimenti naturali dei suoi singoli membri inevitabilmente conducono¹¹. Hayek sottolinea come Smith abbia anticipato nella sua opera tutti gli assunti fondamentali che egli intende opporre al costruttivismo moderno: *"è degno di nota il fatto che questo brano comprende alcuni dei concetti e dei termini fondamentali che dovremo usare nel corso di tutto il libro: la concezione di un ordine spontaneo della Grande Società, messo in contrasto con un deliberato assetto degli elementi; la distinzione tra coincidenza ed opposizione tra le regole (principi di movimento) interne agli elementi e quelle imposte da una legge; e l'interpretazione del processo sociale come un gioco che proseguirà agevolmente se i due tipi di regole concordano, ma creerà disordine se essi sono in conflitto"* (F. A. VON HAYEK 2010, 48, in nota).

In particolare Hayek considera le tesi di Smith sulla genesi del mercato a partire dallo scambio come il modello di rappresentazione degli ordinamenti giuridici non fondati sul comando e sull'organizzazione ma sull'armonizzazione evolutiva degli interessi individuali in un ordine organico. In realtà l'ordine giuridico incentrato sulle norme di mera condotta e l'ordine del mercato descritto da Smith coincidono su un punto: entrambi si generano in modo inintenzionale a partire dagli atti interessati di singoli individui e l'equilibrio che in essi si produce ha origine *"endogena"* e non *"esogena"*. L'ordine che si sviluppa ed evolve

¹¹ Diversamente da quanto avevano fatto grandi legislatori dell'età antica come Solone, i quali non si posero lo scopo di realizzare con la legislazione l'ordine ideale migliore possibile ma piuttosto di *"instaurare il migliore proponibile in un dato contesto [...] l'uomo animato da spirito di sistema tende a essere [...] talmente innamorato della presunta bellezza del suo progetto di governo, che non riesce a tollerare la minima deviazione da esso. Lo realizza completamente in ogni sua parte senza alcun riguardo per i grandi interessi o per i profondi pregiudizi che possono opporvisi. Sembra ritenere di poter sistemare i membri di una grande società con la stessa facilità con cui sistema i pezzi su una scacchiera. Non considera che i pezzi sulla scacchiera non hanno altro principio di moto oltre a quello che gli imprime la mano dall'esterno, mentre nella grande scacchiera della società umana ogni singolo pezzo ha un principio di moto autonomo, del tutto diverso da quello che la legislazione può decidere di imporgli. Se questi due principi coincidono e agiscono nella stessa direzione, il gioco della società umana procederà facilmente e armoniosamente, e con ogni probabilità avrà buon esito. Se sono opposti e differenti, il gioco procederà infelicemente, e la società sarà sempre immersa nel più profondo disordine"* (A. SMITH 2009, 460).

in modo endogeno può essere definito un *"ordine spontaneo"* (F. A. VON HAYEK 2010, 50 e 51). Da questo punto in poi Hayek opera una torsione delle posizioni di Smith, il quale ancora prevedeva la subordinazione alla morale e alla legge dello stato degli attori economici e l'esistenza di una vera e propria *"polizia di mercato"*. Per Hayek lo stato ed il governo sono essi stessi attori coinvolti nel complesso ordine spontaneo della *Big Society* e non sono, come crede il costruttivismo, il punto dal quale si diparte l'ordine della società. L'esistenza dei poteri pubblici è solo funzionale a rinforzare il funzionamento autopoietico della società, la quale potrebbe in linea di principio anche fare a meno del governo: *"Sebbene si possa concepire che l'ordine spontaneo che chiamiamo società possa esistere senza un governo quando il minimum di regole necessarie per la formazione di tale ordine venga osservato senza che esista un apparato organizzato per la loro implementazione, nella maggior parte dei casi l'organizzazione che chiamiamo governo diviene indispensabile per assicurare che quelle regole vengano osservate"* (F. A. VON HAYEK 2010, 62). La legislazione sul mercato non è altro che la cristallizzazione delle regole prodotte dal mercato.

Il diritto pertanto non costruisce l'ordine del mercato ma è una funzione dei suoi processi informativi e di autopoiesi sistemica. Come è stato sottolineato da Philippe Nemo i due pilastri su cui si fonda la teoria dell'ordine di Hayek, le regole del diritto e i prezzi, sono istituti il cui *modus operandi* *"è quello di trasmettere un'informazione su come interagire con gli altri"*. Le regole e i prezzi, in quanto fenomeni di origine spontanea, rappresentano una sorta di *"guida cognitiva dell'interazione sociale"* che rende possibile la comunicazione e l'adattamento dei piani di azione di molteplici individui (P. NEMO / J. PETITOT 2013, 944). Grazie a questi due indicatori le azioni individuali riescono ad adattarsi alle mutevoli condizioni dell'ordine globale; contemporaneamente, l'adattamento individuale determina un effetto di retroazione sull'ordine globale producendo un effetto di *"causalità circolare [...] ben noto ai teorici dei sistemi auto-organizzati"* (P. NEMO / J. PETITOT 2013, 953) e *"alla disciplina particolare [...] interessata a quegli organismi che si auto-organizzano e si auto-generano"*, la *"cibernetica"* (F. A. VON HAYEK 2010, 50). In ciò consiste *"l'enigma della mano invisibile finalmente svelato"* da Hayek. Il risultato è che, in Hayek, *"si può e si deve effettivamente dire che il sistema dell'economia di mercato funziona 'da solo' "* mediante l'autopoiesi delle proprie regole e il funzionamento dei segnali dati dall'aggiustamento automatico dei prezzi (P. NEMO / J. PETITOT 2013, 954).

La riforma del liberalismo economico approntata dal neoliberalismo di Hayek ha quindi il suo significato precipuo nella decostruzione di ogni presupposto volontaristico delle teorie del diritto moderne e si traduce in una sorta di fondazione epistemologica dell'economia di mercato. Il razionalismo costruttivistico e le sue conseguenze politiche (interventismo, socialismo etc.) sono rese impossibili dalla considerazione dell'origine spontanea degli ordini e dell'insufficienza evolutiva delle organizzazioni artificiali. Il volontarismo politico e giuridico è la conseguenza di un errore epistemologico che produce tutte le finzioni caratteristiche del pensiero moderno: *"troveremo anche che certe nozioni correnti intorno alla società secondo le quali essa 'agisce' o 'tratta', 'ricompensa', 'rimunera' certe persone, o secondo cui essa 'possiede', 'controlla', o 'attribuisce un valore' a beni o servizi, o ancora secondo cui essa è 'responsabile' o 'colpevole', ovvero possiede una 'volontà' o degli 'scopi', o può essere 'giusta' o 'ingiusta', o secondo cui l'economia 'distribuisce' o 'alloca' risorse, ebbene troveremo che tutti questi modi di considerare la società implicano una falsa interpretazione intenzionalista e costruttivista di termini che potrebbero essere utilizzati senza tale connotazione, ma che invece conducono quasi inevitabilmente colui che li adotta a conclusioni illegittime"* (F. A. VON HAYEK 2010, 40).

5. La crisi della ragione e il rilancio dell'ideale razionalistico nel pensiero ordoliberales

La teoria ordoliberales si avvale degli studi di giuristi ed economisti i quali si sono concentrati sulla definizione dei presupposti economici, giuridici e sociologici dell'economia di mercato. L'idea degli ordoliberali è quella di riprendere il progetto razionalistico moderno e di riproporne le direttive fondamentali contro gli esiti relativistici e nichilistici prodotti nella cultura tedesca dallo storicismo. Il riferimento teorico principale degli ordoliberali è costituito dall'opera di Immanuel Kant. La filosofia della storia e la teoria del diritto e dello stato di Kant fanno da sfondo a gran parte della riflessione dei fondatori della Scuola di Friburgo, Franz Böhm e Walter Eucken. In generale, tutta l'esperienza dell'illuminismo e del razionalismo moderno fa sentire la propria eco nella pagine degli autori ordoliberali. Non è un caso la circostanza che Eucken introduca il proprio progetto di riforma del metodo delle scienze economiche delle *Grundlagen der Nationalökonomie* facendo esplicito riferimento all'esempio della riforma del sapere filosofico intrapresa da Cartesio all'inizio dell'epoca moderna (W. EUCKEN 1951, 1). Per gli ordoliberali la crisi della modernità non è tanto il prodotto dell'abuso della ragione, ma

del diffondersi dell'irrazionalismo e del pensiero mitologico. Per alcuni aspetti le riflessioni degli ordoliberali sul declino della cultura e della politica europea sembrano più affini a quelle elaborate da Husserl (E. HUSSERL 2008) e Cassirer (E. CASSIRER 1946) che a quella proposta da Hayek e dagli austriaci in generale.

Dal punto di vista politico, la scelta ordolibérale per l'economia di mercato nella sua forma rigorosamente concorrenziale viene fatta dipendere da una specifica interpretazione della svolta moderna causata dalla Rivoluzione Francese. L'abolizione dei privilegi e la dichiarazione dell'eguaglianza formale dei cittadini davanti al potere dello stato comporta per gli ordoliberali l'incompatibilità con la costituzione moderna dei sistemi economici dominati da posizioni di potere economico pubblico e privato. Ciò si traduce, da un lato, nel necessario rifiuto della pianificazione economica centrale, vista come la forma più completa di asservimento dei cittadini; dall'altro, nel rifiuto di sistemi di mercato caratterizzati dalla concentrazione di potere economico privato e dominati da posizioni monopolistiche capaci di disinnescare il funzionamento anonimo del mercato fondato sul meccanismo dei prezzi e di guidare con le proprie strategie unilaterali il processo economico, riproponendo nella costituzione economica moderna strutture e dinamiche di tipo neo-feudale. La prospettiva ordolibérale sulla concorrenza di mercato assume pertanto i connotati di una 'teoria del potere economico'.

L'analisi ordolibérale si traduce a valle in un approccio particolare al fenomeno giuridico e al mercato. Gli ordoliberali insistono su un concetto di diritto che esalta il carattere progettuale e intrinsecamente controfattuale del giuridico. Il diritto si oppone al fatto come il 'dover essere' all' 'essere'. Pertanto la genesi dell'ordinamento giuridico del mercato è pensata in termini progettuali e deontologici. L'ordine giuridico del mercato è un ordine istituito attraverso una decisione politica di carattere costituzionale. La concorrenza di mercato è concepita in termini non naturalistici ma schiettamente artificiali. La sua realizzazione procede dalla riflessione razionale ed è il prodotto di un attento interventismo statale sulle forme del mercato volto ad evitare degenerazioni monopolistiche. Differentemente da quanto sostenuto da Hayek, la libera azione dei soggetti economici non determina evolutivisticamente e autopoieticamente le norme del mercato. Le azioni individuali sono sin dall'inizio limitate da un assetto di norme razionalmente costruito e definito da un atto di volontà politica che pone la 'costituzione economica' (*Wirtschaftsverfassung*). La costruzione dell'ordinamento del mercato è resa necessaria dal fatto che per i liberali

tedeschi la libera azione degli individui e il c.d. 'diritto autoprodotta dell'economia' (*selbstgeschaffene Recht der Wirtschaft*) non sono destinati a generare da sé l'ordine egualitario della concorrenza, ma piuttosto a degenerare costantemente in strutture dominate da posizioni di potere economico privato e da pratiche di sfruttamento sociale.

L'approccio ordoliberalo al problema dell'irrazionalità della razionalità capitalistica rappresenta quindi un tentativo di rilancio della tradizione illuministica che assume toni molto diversi dal tentativo hayekiano di uscire dalla modernità giuridica. L'ordinamento di mercato, inteso in termini rigorosamente concorrenziali, è per gli ordoliberali un prodotto, l'applicazione tecnologica dei risultati di una fenomenologia economica capace di riconoscere in modo rigoroso le possibili forme dei sistemi economici (morfologia economica) e i modi di declinazione del fenomeno del potere economico. L'ordine della concorrenza, inteso come ordinamento che realizza la più vasta dispersione del potere economico privato, non è il frutto di un 'lasciar essere' ma di una decisione politica di fondo e di una pratica di governo costante.

5.1 La critica ordoliberalo allo storicismo di Savigny

Le differenze appena considerate fra l'approccio dei liberali tedeschi e dei liberali austriaci possono essere più facilmente comprese se si fa capo al differente assetto di argomenti messo in campo dagli ordoliberali nella critica dello storicismo tedesco. L'ipotesi costruzionistica ordoliberalo circa la genesi dell'ordine del mercato di concorrenza si traduce in una critica a tutto tondo dell'eredità storicistica, compresa quella dello storicismo giuridico di Savigny.

Su questo punto gli ordoliberali Eucken e Böhm si pronunciano in modo molto chiaro nel manifesto della Scuola di Friburgo del 1936 intitolato *Il nostro compito* (F. BÖHM / W. EUCKEN / H. GROSSMANN-DOERTH 2010). Il punto di partenza è la constatazione della crisi della scienza giuridica e della scienza economica verificatasi nel passaggio fra XIX e XX secolo. Sia il diritto che l'economia avevano perso la propria capacità di veicolare un sapere oggettivo ed imparziale e avevano smesso di essere forze ordinanti della vita sociale e politica. La crisi delle scienze economico-giuridiche era la conseguenza del declino dell'ideale razionalistico di una conoscenza scientifica obiettiva e generale delle complesse interrelazioni che presiedono alla vita della società. Il diffondersi di prospettive ideologiche parziali promosse dai gruppi economici interessati, sempre più capaci di influire sulle scelte di politica economica e di politica del diritto, aveva determinato la vittoria degli interessi particolari sui reali interessi generali della comunità nazionale.

Ciò si era tradotto nel ritrarsi degli "uomini di scienza" dal compito di consiglieri competenti del legislatore e nella sottomissione della volontà dello stato alle prospettive delle forze titolari di interessi particolari. Il primo compito da affrontare era, dunque, quello di restituire un ruolo egemonico alla scienza economica e alla scienza del diritto, al loro sapere imparziale e oggettivo, capace di porsi su un piano di superiorità rispetto a tutti gli interessi in conflitto e di riconoscere il vero modo di perseguire il bene della comunità politica.

La principale causa della crisi della scienza e della sua capacità ordinante è la diffusione della *Weltanschauung* storicistica sia fra gli economisti che fra i giuristi. È allo storicismo che deve addebitarsi la crisi dell'ideale della conoscenza oggettiva ed imparziale della realtà e delle sue leggi naturali: *"In Germania durante il XIX secolo, il diritto e l'economia politica furono influenzati da quel movimento intellettuale che permeava l'intero pensiero scientifico e non scientifico: lo storicismo. Benché lo storicismo abbia suscitato ondate di critica, esso ha prevalso fino ad oggi. Lo storicismo è molto più di un punto di vista scientifico, esso denota un atteggiamento scientifico specifico. Il romanticismo e la scuola dello storicismo hanno distrutto la fede in un sistema naturale sia nel diritto che nell'economia politica. Nel loro del tutto giustificabile sforzo di comprendere la realtà e la vita stessa, furono costretti a imbattersi nella natura mutevole di tutte le istituzioni, concetti e idee umane"*. Oltre che sulle teorie gradualistiche introdotte da Friedrich List e sviluppate dagli esponenti della Scuola storica dell'economia, gli ordoliberali puntavano il proprio sguardo sulla metodologia storico-evoluzionistica della scienza giuridica di Savigny. Era innegabile che questi studiosi ponendo l'attenzione sulla necessità dello studio dell'evoluzione storica del diritto e delle forme economiche avevano ampliato notevolmente gli orizzonti della scienza del diritto e della economica politica. Era, tuttavia, egualmente innegabile che *"il movimento storicistico [aveva] anche esposto le due scienze a gravi pericoli [...] percepiti all'inizio solo leggermente, in seguito molto di più e che ora [rappresentavano] una seria minaccia al loro status, anzi per la loro stessa esistenza"*. A Savigny gli ordoliberali attribuivano la responsabilità di aver introdotto i presupposti culturali e metodologici per l'abdicazione della scienza del diritto dalla sua funzione di ricerca e di definizione critica delle caratteristiche di un ordinamento giuridico razionale e giusto che dovesse rappresentare anche il modello ideale della legislazione: *" 'Il diritto' – ha detto Friedrich von Savigny – 'progredisce col popolo e si perfeziona con lui e da ultimo perisce allorché il popolo ha perso il suo carattere'. Il diritto dovrebbe essere*

ulteriormente sviluppato 'da una forza interiore e tacitamente operosa e non mai dall'arbitrio di alcun legislatore'. Dicendo questo Friedrich von Savigny negava che nel suo tempo, e peraltro in ogni altra epoca, vi fosse bisogno di legislatori professionali. Questa fiducia in una forza interiore tacitamente operosa sembrava innocua ma, in realtà, come gli eventi hanno dimostrato, si è rivelata estremamente pericolosa. Il relativismo e il fatalismo ne furono nutriti e finirono per determinare l'atteggiamento politico-giuridico di molte generazioni di giuristi tedeschi fino a oggi" (F. BÖHM / W. EUCKEN / H. GROSSMANN-DOERTH 2010, 49-50).

L'accento posto sulla storicità del diritto dalla scuola di Savigny rappresentava la causa della relativizzazione "dell'idea del diritto" e della sua "dignità". L'idea storicista tendeva a legittimare ogni diritto storico come espressione della verità intrinseca del movimento evolutivo di una "forza interiore tacitamente operosa". Così trovò legittimazione scientifica il mutamento che aveva coinvolto l'ordinamento giuridico tedesco nel secolo XIX, quando "alcuni enormi gruppi di potere economico sorsero su vastissima scala e modellarono il diritto in maniera del tutto unilaterale". Di fronte alla forza materiale di questa evoluzione storica i detentori del sapere giuridico arretrarono poiché "questo diritto su misura che disciplinava i rapporti economici sembrò (necessariamente) essere la conseguenza dello sviluppo storico ed era, ed è tutt'ora, professato da avvocati d'affari nobili ed esperti". Il metodo storicistico impediva ogni possibilità di analisi critica del diritto storico e di intervento legislativo volto e correggerne le abnormità: "Come poteva un sistema giuridico che ha fatto dello sviluppo storico un assoluto e che, peraltro, non riconosceva più nessuna norma fondamentale non ammettere tali deformità per quello che erano? Di fronte a un relativismo di questo tipo, ogni autentica critica giuridica da parte di uomini di scienza era destinata a non essere accettata" (F. BÖHM / W. EUCKEN / H. GROSSMANN-DOERTH 2010, 50). Il relativismo derivante dalla concezione storicistica del diritto si era nel tempo trasformato, secondo gli ordoliberali, in vero e proprio "fatalismo", cioè nella accettazione acritica e priva di principi dello sviluppo storico-concreto. Poiché Savigny aveva sostenuto che "tutti i punti di vista e i desideri di un giurista erano vincolati dai punti di vista e dalle condizioni di vita del suo popolo e della sua epoca" (F. BÖHM / W. EUCKEN / H. GROSSMANN-DOERTH 2010, 50) ne derivò che "le condizioni economiche apparvero ai giuristi di questo periodo come fatti ineluttabili, a cui il diritto doveva adattarsi". In questo quadro "il compito politico-giuridico della scienza [poteva] solo essere quello di accertare in ogni caso la più recente situazione sociale ed economica e di formulare raccomandazioni su come il diritto dovrebbe

adattarsi a questa situazione" (F. BÖHM / W. EUCKEN / H. GROSSMANN-DOERTH 2010, 51). In questo modo al giurista non restava che adeguarsi al divenire storico senza reagire e tentare di imprimergli una forma mediante l'utilizzo razionale dei principi giuridici, dell' *"idea del diritto"* e dell' *"idea di verità"* (F. BÖHM / W. EUCKEN / H. GROSSMANN-DOERTH 2010, 57).

Le parole del manifesto ordoliberalo lasciano trasparire una precisa concezione del fenomeno giuridico e della sua relazione di interdipendenza con quello economico. Sebbene le relazioni di mercato si svolgano liberamente mediante gli strumenti predisposti dal diritto privato, nulla assicura che esse non si ritraducano nel capovolgimento della costituzione economica moderna incentrata sull'abolizione dei poteri sociali e sull'eguaglianza formale dei cittadini. Neanche può ritenersi che la razionalità del sistema possa essere garantita unicamente dalla scienza giuridica e dalla giurisprudenza. Prima che con la legislazione e l'interventismo statale, l'eliminazione del sistema del mercato di concorrenza in Germania era da ricondurre proprio all'attività della scienza giuridica e alla pratica giurisprudenziale. Il riconoscimento giuridico degli accordi di cartello e la concentrazione di potere economico privato furono considerati eventi necessari e inevitabili nel dibattito dottrinale sui cartelli a cavallo fra XIX e XX secolo. Prima ancora, la legittimazione delle pratiche spontanee e delle evoluzioni degli istituti economico-giuridici rappresentati da cartelli, trust, dalle imprese multinazionali, dalle società per azioni e a responsabilità limitata provenne dalla giurisprudenza tedesca (per il caso dei cartelli con la sentenza del 1897 relativa al *Sächsischen Holzstoff-Fabrikanten-Verband*, RGZ 38.155). In questo modo se è verificato il mutamento della costituzione economica tedesca definita mediante la scelta politico-costituzionale che ha introdotto in Germania la libertà di iniziativa economica (con il codice industriale del 1869). Questa modificazione ha avuto luogo, tuttavia, non per effetto di una legittima manifestazione sovrana di volontà politica posta in essere dallo stato ma per opera di soggetti privati titolari di poteri indebitamente acquisiti (imprese cartellizzate, grandi *trusts*, monopoli internazionali) e a seguito dell'opera di organi giurisdizionali non investiti dei poteri di decisione sovrana sulla forma della vita economica della nazione.

Questi rilievi politico-costituzionali caratteristici del fenomeno della cartellizzazione e della monopolizzazione dell'economia tedesca testimoniavano, secondo gli ordoliberali, del pericolo rappresentato dal potere economico privato per la stessa esistenza politica dello stato. In un articolo del 1928 Franz Böhm descriveva il fenomeno nei termini di

un vero e proprio attentato posto in essere da poteri privati alla costituzione economica dello stato, attentato contro cui il potere sovrano è tenuto a reagire, così come è tenuto a reagire contro gli attacchi alla propria costituzione politica (F. BÖHM, 1928). Dal tenore della critica ordoliberales emerge chiaramente il carattere politico e costituzionale del loro modo di intendere l'ordine giuridico del mercato di concorrenza. Esso è una forma specifica della vita economica della nazione istituita politicamente e organizzata giuridicamente. La sua peculiarità consiste nel predisporre un campo di azione economico e sociale il più possibile libero da concentrazioni di potere economico. La scienza economica e giuridica, da una parte, e la guida politica e il diritto posto dallo stato, dall'altra, rappresentano gli elementi principali nel meccanismo di organizzazione e manutenzione dell'ordine libero dell'economia.

5.2 La critica ordoliberales alla 'mano invisibile' di Adam Smith

Il secondo aspetto che caratterizza l'approccio ordoliberales distinguendolo da quello della tradizione del liberalismo austriaco attiene alla recezione dell'opera di Adam Smith. Si è visto come Menger giudicasse negativamente l'approccio illuministico e pragmatistico allo studio dei fenomeni sociali e ponesse il liberalismo razionalistico di Smith in una relazione di compatibilità di fondo con le prospettive riformistiche e socialiste degli economisti storicisti. Hayek non concentra la sua attenzione sui presupposti normativi del discorso di Smith, ne accoglie tuttavia la teoria della 'mano invisibile' presentandola come un'anticipazione di alcune delle idee fondamentali che guidano *Law Legislation and Liberty*. Anche gli ordoliberales rimangono indifferenti rispetto ai presupposti normativi che sono sottesi alla teoria economica smithiana e che sono declinati nella *Theory of Moral Sentiments* e nelle *Lectures on Jurisprudence*. L'attenzione di Böhm, Eucken e Rüstow si concentra perciò soprattutto sulla teoria della 'mano invisibile'. Tuttavia, il giudizio degli ordoliberales su Smith è di segno opposto rispetto a quello di Hayek.

a) Nei *Grundsätze der Wirtschaftspolitik* Eucken considera l'opera di Smith in riferimento al problema dell'ipotetica armonia naturale sussistente fra interesse individuale e interesse generale (W. EUCKEN 1952, 356 e ss.). Per Eucken l'ideologia del *laissez faire* sostenuta da Smith si fonda su due assunti fondamentali: 1. sull'idea che il presupposto della realizzazione dell'interesse generale coincide con la massima liberazione delle forze economiche individuali; 2. sulla convinzione che l'armonizzazione degli egoismi individuali si realizza automaticamente grazie al meccanismo del mercato guidato dalle leggi

naturali della domanda e dell'offerta, senza alcun intervento o danno sa interferenza dello stato (W. EUCKEN 1952, 358). In realtà, sottolinea Eucken, quest'ultima tesi è poco più che un pregiudizio. Essa è servita soprattutto come argomento pseudo-scientifico utilizzato dai grandi imprenditori monopolistici contro l'intervento regolatore del mercato operato dallo stato. Il meccanismo di mercato lasciato a se stesso non genera necessariamente la concorrenza perfetta, alla quale soltanto seguono effetti economici e sociali positivi. Esso conduce il più delle volte alla formazione di concentrazioni di potere economico privato di carattere monopolistico le quali sfruttano egoisticamente l'intera economia nazionale.

Per ciò che attiene al primo assunto del liberalismo economico, quello secondo il quale il libero sviluppo delle forze individuali rappresenta un presupposto necessario per il progresso umano, Eucken ritiene che esso sia da considerarsi vero. Tuttavia, la libertà individuale produce risultati sociali positivi e eticamente accettabili soltanto laddove essa agisce all'interno di un quadro normativo ben definito il cui scopo è garantire che l'esercizio della libertà non sfoci nell'arbitrio e nel potere. Eucken si rivolge pertanto alla filosofia del diritto e dello stato di Kant: *"la libertà assoluta dello stato naturale deve essere limitato dalle leggi, grazie alle quali l'individuo viene tutelato contro l'arbitrio degli altri"*. Infatti l'ordine libero non si realizza spontaneamente, la sua realizzazione *"è un compito"* che spetta al diritto e allo stato (W. EUCKEN 1952, 360).

b) Negli scritti di Alexander Rüstow la filosofia di Smith è sottoposta probabilmente alla critica più severa. A Smith il sociologo tedesco dedica numerose pagine del suo *Das Versagen des Wirtschaftsliberalismus* (A. RÜSTOW 2001, 45 e ss.). L'ipotesi della 'mano invisibile' e della naturale armonia sussistente fra interessi egoistici privati e bene pubblico viene descritta da Rüstow come il residuo di un pregiudizio teologico-metafisico derivante dall'influenza del pensiero cosmologico operante nelle fonti classiche cui costantemente fa riferimento Smith. La tesi economico-politica delle 'armonie prestabilite' non è che il surrogato dell'ordine naturale cosmico caratteristico del discorso filosofico antico. L'ordine spontaneo descritto ottimisticamente da Smith non è pertanto una ipotesi scientifica, ma un dogma di *"teologia economica"* (*Wirtschaftstheologie*).

Smith e i seguaci del *laissez faire* sono descritti da Rüstow come i responsabili di un ingiustificato ottimismo circa il funzionamento di mercato che si è tradotto in una serie di errori teorici da cui è poi scaturita la crisi storica dei sistemi liberali. Da una parte, il liberalismo economico implica un *"Passivismus"* dei pubblici poteri (A. RÜSTOW 2001,

82), dall'altra, una progressiva deresponsabilizzazione degli attori economici, i quali avrebbero presto sperimentato gli effetti negativi della competizione di mercato e si sarebbero presto rivolti al protezionismo statale (A. RÜSTOW 2001, 86). L'errore più grave sussiste però nella "superstizione dell'assolutezza" delle leggi del mercato, nella presunzione del loro valore incondizionato (A. RÜSTOW 2001, 88) e nella conseguente cecità di fronte ai presupposti sociologici sui quali si verifica l'integrazione sociale, al di là della sfera economica. La concorrenza produce effetti negativi per la vita sociale e politica quando assume la forma di lotta monopolistica e di sfruttamento. Quando è correttamente regolata e determina una cooperazione economica tendenzialmente libera, la concorrenza è uno strumento neutrale, in sé comunque incapace di produrre integrazione sociale. Per questo motivo è necessario che il sistema di mercato sia limitato e accompagnato da istituzioni sociali di tipo morale, religioso, familiare e comunitario in cui l'individuo costruisce la propria identità. Purtroppo, aggiunge Rüstow, "il vangelo del liberalismo volgare" ha creduto che l'intera società potesse fondarsi unicamente sulle leggi di mercato (A. RÜSTOW 2001, 90). Le conseguenze di tutti i pregiudizi sono state la lotta monopolistica, la concentrazione del potere economico, la formazione di complessi industriali mastodontici a danno della piccola iniziativa privata, la proletarizzazione progressiva della società, il collettivismo, la diffusione del pluralismo dei gruppi di interesse economico, la dissoluzione del sistema democratico parlamentare.

c) Nell'opera di Franz Böhm è possibile rinvenire numerosi riferimenti critici all'opera di Smith e al pensiero degli economisti classici. Il significato della critica di Böhm al fondatore della teoria del *laissez faire* è ben rappresentato però in un passo dello scritto fondamentale del 1937 *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung* (F. BÖHM 1937). In riferimento al crollo dei sistemi liberali e alle degenerazioni dell'economia di mercato Böhm scrive: "Si deve riconoscere che l'atteggiamento politico soprattutto dei classici inglesi nei confronti dello stato, la loro fiducia nei metodi puramente negativo e passivo della eliminazione di vincoli e privilegi e dell'ampio contenimento dello stato, ha aperto ideologicamente la strada a questi malfunzionamenti". L'errore "veramente fatidico" dello Smith della *Theory of Moral Sentiments* e dei classici consiste nella credenza che la libertà economica conduce da se stessa ad una concorrenza ordinata e armoniosa. Questa prospettiva era però la conseguenza di una "concezione del mondo influenzata dalle scienze naturali" per la quale "la natura [ha] fatto gli uomini in un modo astuto e ingegnoso così

che questi, che lo vogliano o no, sono costretti a cooperare in società con i loro simili. Da questo piano ingegnoso della natura l'uomo non si poteva sottrarre, finché avesse agito secondo motivi di utilità individuale". In questo modo però "l'effettivo disordine della realtà sociale ed economica non venne tanto ricondotta al proliferare della brama egoistica dei singoli, quanto piuttosto al fatto che gli uomini di stato e i governi nella loro boria autoritaria avevano intralciato con provvedimenti dilettantistici i saggi propositi dell'ordine naturale. Si può riassumere questa affermazione così: *la natura realizza una politica molto migliore di quella della guida statale*". La conclusione di Smith era secondo Böhm interamente da ridiscutere partendo dalla coscienza della necessità, per il corretto funzionamento del mercato, di uno stato forte e di regole giuridiche rigorose e legislativamente poste: "Oggi noi sappiamo quanto sia sbagliata questa opinione [...], quanto essa sottovaluti la parte della volontà politica cosciente. In particolare noi abbiamo avuto modo di fare abbondante esperienza del fatto che generalmente la libertà economica lasciata a se stessa genera ordine soltanto in misura imperfetta, mentre per il resto genera potere privato che cresce selvaggiamente, potere privato che elimina nuovamente la libertà del singolo oppure che la pregiudica seriamente. [...] Questa esperienza ci ha aperto gli occhi sullo straordinario significato e sulla necessità della politica economica e di un diritto forte, determinato nei suoi principi dallo stato". L'economia classica è riuscita a individuare alcuni elementi del funzionamento della vita economica, rimanendo tuttavia invischiata in profondi pregiudizi ideologici, "noi dobbiamo al contrario liberarci delle ideologie di partenza della scuola classica, ideologie legate al tempo cui essi appartenerono" (F. BÖHM 1937, 47, in nota).

I liberali tedeschi contestano dunque l'ipotesi smithiana secondo cui l'agire egoistico degli individui conduce in modo inconsapevole ma naturale alla realizzazione dell'interesse generale. Smith viene considerato il fondatore dell'ideologia del *laissez faire* la quale è ritenuta responsabile della crisi storica del liberalismo¹². Se pure la concorrenza si presenta agli occhi degli autori ordoliberali come un meccanismo capace di guidare il comportamento individuale verso una *Ordnung*

¹² Qui non si discute la fondatezza dell'interpretazione del pensiero di Smith operata dagli ordoliberali, ma ci si cura piuttosto di descrivere il modo in cui il pensiero dello scozzese agisce nella rappresentazione ordolibérale. È utile, tuttavia, sottolineare che la lettura ordolibérale di Smith appare troppo critica. Ad un'attenta analisi molte delle posizioni e delle istanze ordoliberali appaiono già presenti in Smith (R. KLUMP / M. WÖRSDÖRFER 2010).

economica e sociale facendo leva, in particolare, sulla *ungesellige Geselligkeit* caratteristica della natura umana, va sottolineato che la concorrenza non è affatto intesa come un ordine naturale che si produce automaticamente a partire dal principio della libertà economica individuale. Al contrario, la concorrenza è concepita come "un istituto giuridico dell'ordinamento economico" (F. BÖHM 2010, 127). Essa incorpora una tecnologia di governo che si estrinseca nella predisposizione di specifici presupposti istituzionali, giuridico-costituzionali ed economico-politici. In un simile quadro l'ordinamento del mercato di libera concorrenza non rappresenta il risultato dell'astensione dello stato e la conseguenza della nuda naturalità dell'agire dell'*homo oeconomicus*. La concorrenza, intesa come principio ordinante, presuppone già da sempre un assetto di norme inderogabili da parte degli attori economici. Perciò l'azione economica concorrenziale non può essere pensata se non come l'attività di un soggetto che è immediatamente già *homo juridicus* (E. J. MESTMÄCKER, 2012). L'ipotesi ordoliberal è che quindi una compressione politica e giuridica del liberalismo economico presuppone la necessaria "traduzione dell'edificio dottrinale della filosofia economica dei classici dal linguaggio dell'economia politica al linguaggio del diritto"¹³.

Nel linguaggio di Böhm ciò significa che la realizzazione degli effetti virtuosi del mercato e della concorrenza che gli economisti classici hanno ritenuto essere conseguenza naturale dello scatenamento degli egoismi individuali, consegue in realtà all'effetto condizionante di norme giuridiche intenzionalmente poste da un legislatore edotto sul funzionamento del mercato e sulla psicologia degli attori economici, il cui scopo è guidare il soggetti economici liberi verso comportamenti conformi al modello di organizzazione economica voluto. In questo caso il diritto che presiede alla realizzazione dell'ordine della concorrenza non coincide con le regole e le pratiche che si autoproducono a partire dalla libertà del mercato. Il ritrarsi dello stato dalla guida politica del processo

¹³ "Das vorliegende Buch versucht es nun, die von der Wirtschaftstheorie ermittelten Gesetzmäßigkeiten einer freien Verkehrs- und Konkurrenzwirtschaft auf einem bisher noch nicht begangenen Wege zu veranschaulichen. Und zwar auf dem Wege, daß es sich die Aufgabe stellt, dieses Wirtschaftssystem als eine Rechtsverfassung des Wirtschaftslebens, als eine Rechtsordnung im positive verfassungsrechtliche Sinne, von exakter verfassungsrechtlicher Struktur nachzuweisen und darzustellen. Es handelt sich sozusagen um den Versuch, das Lehrgebäude der klassischen Wirtschaftsphilosophie aus der Sprache der Nationalökonomie in die Sprache der Rechtswissenschaft zu übersetzen" (F. BÖHM 2010, 17).

economico realizza il presupposto per la costruzione di uno spazio di libertà individuale costituzionalmente garantita. Ciò non assicura, tuttavia, che l'esercizio della libertà individuale conduca alla realizzazione dell'ordine dell'economia e dell'interesse generale. Occorre a questo scopo un ulteriore intervento dell'ordinamento giuridico sulla libertà individuale al fine di garantire che essa non sia esercitata in modo egoistico e pregiudizievole non solo per le libertà altrui, ma anche per la comunità politica. Il diritto deve costringere l'istinto egoistico a servirsi soltanto ed esclusivamente di quei metodi di lotta economica che siano compatibili con la costruzione di un ordinamento economico libero da poteri: *"L'ordinamento giuridico adempie questo compito correggendo la distribuzione del potere naturale o animale all'interno della comunità giuridica"* e ciò avviene tecnicamente definendo come illeciti i comportamenti economici individuali contrari al principio di cooperazione sociale libera da poteri e riconnettendo ad essi conseguenze giuridiche negative (sanzioni amministrative, obbligo di risarcimento del danno). Allo stesso tempo l'ordinamento giuridico deve garantire che siano riconosciuti i vantaggi economici individuali e un certo grado di potere economico ai soggetti economici che agiscono conformemente alle regole della concorrenza e quindi compatibilmente con l'ordine economico generale e l'interesse sociale: *"Il diritto nel suo complesso deve, dunque, essere tale da sottoporre comportamenti contrari al sistema a svantaggi giuridici; per il resto esso deve lasciare che con comportamenti conformi al sistema possano essere conseguiti allettanti vantaggi effettivi, i quali devono essere tanto maggiori, quanto più il soggetto economico si attiva nella direzione del modello di cooperazione voluto"* (F. BÖHM 2010, 133).

Visto sotto questa luce il diritto dell'ordine della concorrenza ipotizzato dagli ordoliberali esprime tutte le funzioni che Kelsen prefigura nei *Lineamenti di dottrina pura del diritto* al diritto in generale, positivisticamente inteso come *"tecnica sociale"*: *"si raggiungerà o si cercherà così di raggiungere lo stato sociale desiderato collegando al comportamento umano, che rappresenta l'opposto contraddittorio di questo stato sociale, un atto coattivo come conseguenza, cioè la privazione coattiva di un bene: vita, libertà, beni economici. Evidentemente, con ciò, l'ordinamento giuridico parte dal presupposto che gli uomini, il cui comportamento è regolato dal diritto, considerino questo atto coattivo come un male che cercano di evitare. Con la rappresentazione di questo male minacciato nel caso di un determinato comportamento, l'ordinamento giuridico ha pertanto il fine di indurre gli*

uomini a seguire un comportamento contrario. In ciò risiede l'efficacia dell'ordinamento giuridico" (H. KELSEN 1934/2000, 69).

5.3 La costruzione politico-giuridica dell'ordine della concorrenza

Per gli ordoliberali l'ipotesi del mercato concorrenziale rappresentata dai classici come la conseguenza naturale del ritrarsi dallo stato dal governo dell'economia era poco più che un sogno. Il mercato di concorrenza non è un evento naturale, necessario e slegato dall'evoluzione storica concreta. Esso è un ordine che presuppone un certo grado di sviluppo delle forze culturali, tecnologiche e morali, una specifica scelta politica fondamentale, una precisa costituzione economica e una costante pratica di governo. Böhm è l'autore ordoliberale che ha posto la maggiore attenzione sui presupposti politico-costituzionali del mercato di concorrenza. Dalla sua riflessione degli anni '30 del secolo scorso sulla 'costituzione economica' del mercato, intesa come ordinamento normativo coscientemente posto dal diritto pubblico, è possibile trarre spunti importanti per la definizione dell'idea di diritto operante nel discorso degli ordoliberali.

A riguardo non deve essere sottovalutata l'influenza esercitata sul Böhm degli anni '30 dal pensiero costituzionalistico di Carl Schmitt, la cui critica delle 'debolezze' del *Wirtschaftsstaat* rappresenta uno dei punti di partenza della reazione ordoliberale alla c.d. "*Wendung zum totalen Staat*" (C. SCHMITT 1931). In realtà il pensiero di Schmitt intrattiene con alcuni snodi del discorso ordoliberale rapporti di affinità del tutto peculiari. L'analisi schmittiana degli esiti politicamente disgreganti del pluralismo economico-sociale e della crisi del sistema democratico parlamentare alimenta, ad esempio, le prospettive di Eucken sulla crisi dello *Rechtsstaat* e della svolta verso lo "stato dell'economia" (W. EUCKEN 1932). L'attenzione posta da Schmitt sulla necessità di uno "*starker Staat*" capace di porsi al di sopra delle parti e dei gruppi di interesse economico sociale (C. SCHMITT 1932/1995) ritorna, seppure in una prospettiva ideologicamente molto diversa, nelle pagine di ordoliberali come Rüstow (A. RÜSTOW 1932). La necessità di affermare il "*primato del politico sull'economico*" anche nel contesto di una economia di libero mercato (F. BÖHM 1937, 11) è un elemento costitutivo dell'ordoliberalismo degli anni '30 ed è certamente conseguenza dell'influenza esercitata dall'opera di Schmitt.

Su un punto, tuttavia, la posizione degli ordoliberali appare diversa da quella del giurista di Plettemberg. Schmitt considera il richiamo alla forma del *Rechtsstaat* e al sistema economico del mercato di libera

concorrenza come un ripiegamento nell'impolitico oramai improponibile, soprattutto alla luce dell'esplosione della politicità anche in ambiti della vita sociale tradizionalmente neutrali (economia, cultura, religione etc.). Per questo Schmitt volge lo sguardo a modi di integrazione autoritaria dell'economico nel politico in cui l'ordine economico-sociale è pensato in termini gerarchici e imperativi (il riferimento è all'ipotesi della possibilità del recupero dell'autorità politica dello stato nella forma dello "stato totale in senso qualitativo", di cui lo "stato totalitario" fascista sarebbe l'esempio concreto, cfr. C. SCHMITT 1932/1995). Gli ordoliberali, invece, interpretano l'ordine di concorrenza, lo stato di diritto e il sistema della democrazia parlamentare come costruzioni istituzionali dal carattere niente affatto neutrale ma precipuamente politico. Questo perché nella prospettiva ordolibérale l'ordine della concorrenza non coincide, come presuppone costantemente Schmitt, con il sistema spolitizzato del *laissez faire*. L'ordine della concorrenza, così come è inteso dagli ordoliberali, è un ordine pienamente politico nel senso che è posto dalla decisione politico-costituzionale sovrana e che è tenuto in vita da una specifica pratica di intervento pubblico volto a mantenere l'autonomia del potere politico dello stato a fronte della nascita dei poteri economici privati e sociali e della loro capacità di influenza politica sulle decisioni del parlamento. Solo in questo modo può, ad esempio, intendersi l'affermazione di Böhm secondo la quale il sistema della concorrenza di mercato deve essere intesa sempre nei termini di una "guida statale indiretta del mercato" (F. BÖHM 1937). In sostanza, per gli ordoliberali, l'ordine economico di mercato, se inteso in termini concorrenziali, non è un ordine impolitico. Pertanto la necessità di offrire una risposta politica al problema del *Wirtschaftsstaat* e al proliferare di poteri selvaggi non comporta necessariamente la svolta verso un'organizzazione "gerarchica" e "militare" dell'economia. Si tratta, al contrario, di organizzare mediante un ordinamento giuridico rigoroso il sistema di libero mercato in modo che il processo economico possa continuare a svolgersi in modo autonomo e sulla base delle scelte individuali libere degli attori economici, senza che tuttavia la libertà economica rischi di tradursi costantemente in potere economico-politico privato, in monopolio. In questo quadro la garanzia delle libertà economiche individuali continua a sussistere. Dette libertà non sono però garantite in senso assoluto ma nella misura in cui sono funzionali alla realizzazione dell'ordinamento economico della concorrenza. Come specifica Böhm, nessun ordine sociale può fondarsi su un concetto atomistico ed assoluto di libertà individuale. Rispetto alla libertà individuale intesa in senso non assoluto ma funzionalizzata alla realizzazione dell'ordine della

concorrenza, non vale il pur condivisibile detto di Mazzini, ripreso da Carl Schmitt nella *Verfassungslehre*, per cui "la libertà non costituisce nulla"¹⁴. Al contrario, la costituzione dell'ordine sociale della comunità può ben fondarsi sulla garanzia di una libertà individuale relativizzata e guidata dal diritto al compimento dell'interesse generale: "In questo caso la libertà costituisce, invece, ciò che il principio del dominio politico è designato a costituire diversamente negli ambiti sociali ad esso riservati, cioè un rigoroso ordinamento di cooperazione sociale" (F. BÖHM 2010, 131).

Il riferimento al rapporto fra la teoria ordoliberale e l'opera di Schmitt consente di comprendere meglio anche la natura e il significato del concetto di "*Wirtschaftsverfassung*" elaborato dai friburghesi, in special modo da Franz Böhm. Diversi sono gli aspetti su cui occorre concentrare l'attenzione. Böhm sviluppa un'accezione normativa di "costituzione economica" indagandone i rapporti di continuità e di opposizione con altri concetti quali quello di "costituzione politica", di "diritto consuetudinario" o diritto spontaneo dell'economia, di "costituzione effettivo-materiale dell'economia" e di "ordine naturale". Dalla considerazione di questi aspetti è possibile inoltre dedurre il modo ordoliberale di intendere il fenomeno giuridico e il concetto di diritto.

1) In primo luogo, la costituzione economica deve essere intesa come un "ordinamento normativo dell'economia nazionale" il cui carattere determinante è quello di essere espressione di una decisione costituzionale sovrana: "Noi possiamo parlare di costituzione economica [...] solamente quando all'interno di una comunità un determinato metodo e una determinata forma dell'agire economico sono elevati a precetto in forza di una decisione della volontà politica" e ciò implica che all'interno della comunità ci sia una "rappresentazione vivente su come ci si deve comportare economicamente". La costituzione economica perciò non indica l'accadere economico fattuale e concretamente

¹⁴ Il passo schmittiano cui Böhm fa riferimento recita: "L'elemento dello stato di diritto, con i due principi dei diritti fondamentali (come principio di divisione) e della divisione dei poteri (come principio organizzatorio), non contiene in sé considerato una forma di stato, ma solo una serie di limiti e di controlli dello stato, un sistema di garanzie della libertà borghese e la relativizzazione del potere statale. In questo sistema lo stato stesso, che deve essere controllato, è presupposto. I principi della libertà borghese possono ben modificare o temperare uno stato, ma da soli non formano una forma politica. 'La libertà non costituisce nulla', come ha detto giustamente Mazzini. Da ciò segue che in ogni costituzione con l'elemento dello stato di diritto è connesso e misto un secondo elemento di principi politico-formali" (C. SCHMITT 1984, 265).

constatabile ma rappresenta una realtà normativa, essa è *"kein Inbegriff von Wirtschaftstatsachen, sondern ein Inbegriff von Normen"* (F. BÖHM 1937, 54). Questo modo volontaristico e contro-fattuale di concepire la *Wirtschaftsverfassung* implica l'inutilizzabilità del concetto per la comprensione degli ordinamenti economici pre-moderni, rispetto ai quali la vita economica della comunità non era ancora investita del grado di politicità che caratterizza invece l'esperienza moderna. I concetti *"di 'costituzione' o di 'decisione politica'"* sono infatti *"pieni fino all'orlo di idee moderne"*. Questi ed altri concetti *"elaborati dalla più recente Staatsrechtslehre"* agevolano, invece, in modo essenziale la comprensione della struttura giuridica di un moderno ordinamento dell'economia. Si ha una costituzione economica nel senso moderno del termine quando uno stato intraprende *"in modo consapevole una guida sistematica dell'economia nazionale"* improntata per lo più al principio di sviluppo dinamico (F. BÖHM 1937, 56). La decisione costituzionale sull'economia introduce in questo modo una *"idea di ordinamento"* (*Ordnungsidee*) alla quale deve conformarsi l'intera vita economica dello stato e che si oppone a qualsiasi *"forma ordinante che nasca dallo stesso grembo dell'economia"*. La manifestazione di volontà politica contenuta nella decisione fondamentale sulla vita economica della nazione deve esprimersi in una *"costituzione economica"* ed essere intesa come *"norma che guida l'accadere fattuale in una direzione politicamente determinata"* (F. BÖHM 1937, 57).

2) Definita in questi termini la natura della *Wirtschaftsverfassung*, Böhm ne indaga i rapporti con la costituzione politica dello stato, con la *Staatsverfassung*. È necessario che fra la costituzione politica e la costituzione economica di uno stato sussista un rapporto di compatibilità, nel senso che le soluzioni approntate nella costituzione economica rispondano ai valori e ai principi accolti nella costituzione politica. Le costituzioni politiche degli stati, scrive Böhm, hanno una natura essenzialmente storica e morale. Conformemente allo spirito del popolo la costituzione politica fissa in modo del tutto generale gli obiettivi che devono guidare il cammino della comunità politica. Ciò implica che le costituzioni politiche non possono mai essere create ed emanate arbitrariamente, pertanto *"è un grande merito della moderna dottrina giuridica dello stato aver riconosciuto questo punto, avere approfondito il concetto di costituzione e di averlo liberato dal suo restringimento in una idea troppo formale di legalità"*. L'effettività della costituzione politica di uno stato dipende direttamente dalla sua capacità di esprimere il *"sentimento giuridico"* concretamente vigente all'interno della comunità politica e di essere conforme al *"particolare modo di*

giudicare sul bene e sul male vivente in un popolo" alla luce della sua tradizione e delle sue *"esperienze storico-spirituali"* (F. BÖHM 1937, 58).

La natura della costituzione economica è sensibilmente diversa. Essa ha lo scopo *"tecnico-pratico"* di predisporre i mezzi economici di sussistenza per lo sviluppo della nazione e di instaurare un modello di cooperazione sociale capace di sostenere i bisogni sociali. A ciò concorrono senza dubbio, sostiene Böhm, anche i valori e i principi accolti nella costituzione politica, ma nessuna forza morale mirante al bene generale può di per sé garantire il raggiungimento degli scopi economici di una comunità. A ciò è necessario che le forze morali della nazione siano mobilitate mediante *"principi organizzativi di cooperazione"* stabiliti in modo coerente e fondati su un *"technischen Konstruktionsidee"* (F. BÖHM 1937, 59). L'organizzazione predisposta dalla costituzione economica non può, però, prescindere dai valori e dai principi accolti nella costituzione politica e deve essere in necessaria armonia con essi. La costituzione politica determina cioè fin dall'inizio in modo negativo il campo delle possibilità circa la scelta della costituzione economica. È all'interno di questo campo che la scelta positiva sulla costituzione economica deve individuare le forme più opportune della vita economica della nazione.

3) La natura positiva e politica della costituzione economica implica anche la sua incompatibilità con i modi di regolazione del fenomeno economico garantiti dal *"diritto consuetudinario contra e praeter legem"*. Lo sviluppo dell'economia industriale incentrata sul principio dinamico e sulla liberazione delle forze individuali dai vincoli sociali degli ordinamenti giuridici tradizionali ha determinato un significativo ridimensionamento del ruolo che spetta alla formazione del diritto consuetudinario nella regolazione vita economica moderna. Questo perché gli ordinamenti giuridici consuetudinari avevano lo scopo di garantire la stabilità delle forme tramandate di vita economica e di tutelarle davanti ai bruschi mutamenti dell'ambiente esterno. L'essenza della costituzione economica moderna, intesa come organizzazione politica di una economia nazionale dinamica, consiste invece proprio nella capacità di regolare e di istituzionalizzare il mutamento delle forme di esistenza economica a seconda degli stimoli predisposti dal progresso economico e dal progresso tecnologico. La forma giuridica dell'economia moderna si oppone, quindi, agli istituti giuridici che determinano una cristallizzazione di posizioni di potere economico e che impediscono la libera circolazione economica. Un esempio a riguardo è costituito dalle unioni di imprese e dai cartelli, il cui scopo fondamentale è quello di sottrarre gli imprenditori all'alea della concorrenza e di ritagliarsi spazi di

potere economico e sociale capaci di garantire una rendita. Il diffondersi spontaneo e il consolidarsi dell'istituto giuridico dei cartelli, così come di altre forme giuridiche contrarie al principio dell'economia dinamica di concorrenza, non possono determinare per via consuetudinaria la soppressione della costituzione economica politicamente assunta e instaurare una forma di vita economica ad essa opposta. Neanche il riconoscimento e la tutela giuridica garantita dalla giurisprudenza ai cartelli è suscettibile di determinare la sostituzione dell'ordine economico costituzionale con quello affermatosi per via consuetudinaria. Ciò perché la decisione fondamentale sulla forma dell'economia spetta solo al potere sovrano ed è indisponibile ai poteri privati così come ai poteri dello stato diversi da quello legislativo (F. BÖHM 1937, 63-64).

4) Il concetto politico-normativo di *Wirtschaftsverfassung* presuppone il dualismo fra *essere* e *dover essere*, fra ordine economico effettivo e ordine economico voluto e rappresentato normativamente. Nel caso della scelta politica in favore dell'ordine libero dell'economia, la *Wirtschaftsverfassung* stabilisce come debba essere organizzata l'economia di una nazione muovendo dalla rappresentazione di una ideale costituzione economica di concorrenza alla cui realizzazione la vita economica della nazione deve tendere con l'aiuto del diritto e l'attivo intervento dello stato. L'ordine della concorrenza assume, cioè, un carattere politico programmatico il cui scopo è modificare la realtà effettivamente esistente.

Contro questa accezione normativa della 'costituzione economica della concorrenza' sono state mosse, scrive Böhm, accuse di idealismo ogni volta che l'ordinamento economico concreto ha dimostrato di essere lontano da quello rappresentato nella costituzione economica. Dalla distanza sussistente fra lo stato effettivo (*tatsächlichen Zustand*) e lo stato desiderato (*gewollten Zustand*) si è dedotta l'irragionevolezza dell'idea di ordine economico concorrenziale promosso normativamente e si è sostenuto la superiorità irrefutabile del 'fatto' rispetto al 'diritto' con la convinzione che l'accadere economico fosse molto più razionale dei progetti politici e giuridici pianificati dagli uomini. Dichiarando l'insussistenza della tensione "*fra sein e sollen*" costitutiva dell' "idea di diritto", continua Böhm, non si è fatto altro che decretare l'impossibilità di un qualsiasi approccio giuridico-politico al problema dell'ordine dell'economia concorrenziale (F. BÖHM 1937, 67).

Questa idea ha rappresentato, a parere di Böhm, la causa fondamentale della crisi storica dell'ordine economico libero così come dell'ordine politico dello stato. Essa, negando alla concorrenza il carattere regolativo e normativo proprio della decisione politica

sull'ordine economico, ha attribuito ai singoli soggetti privati prerogative di tipo pubblico. La definizione dell'ordine dell'economia è sottratta al potere politico ed attribuita alle dinamiche spontanee e alle decisioni dei soggetti economici privati, i quali non agiscono nei limiti del campo di regole prefissato dalla costituzione economica della concorrenza, ma sono essi stessi titolari del potere di ridefinire le regole del gioco economico instaurando nuovi rapporti di subordinazione mediante l'utilizzo del diritto privato. La costituzione dell'economia libera viene cioè fatta coincidere con gli effettivi rapporti di forza prodotti dal libero gioco di mercato. Una simile concezione non mette semplicemente in discussione il primato della decisione politica rispetto al diffondersi di poteri economici privati – in una prospettiva giuridico-costituzionale, infatti, soltanto il potere pubblico può decidere legittimamente su quali mercati debba vigere la concorrenza e su quali mercati attivarsi per una guida diretta del processo economico. Il "*culto della fattualità*" e la "*venerazione del procedere della nuda realtà di fatto*" implicano anche una vera e propria "*abdicazione generale all'idea di diritto*" in favore del primato ontologico dell'accadere economico (F. BÖHM 1937, 70-71).

5) Il carattere normativo della costituzione della concorrenza esclude, infine, che si possa rappresentare l'ordine della concorrenza come un "*ordine naturale*", alla maniera degli esponenti del liberalismo economico della scuola classica dell'economia. Questi "*non scorsero nell'ordinamento di libero scambio e della concorrenza*" il carattere di "*una costituzione politica e giuridica*" ma, "*conformemente al pensiero delle scienze naturali del tempo*", interpretarono la concorrenza come un "*ordine naturale*" che si produce a partire dal libero gioco degli istinti egoistici e dei meccanismi psicologici caratteristici della natura umana. Gli economisti classici non si accorsero, invece, del fatto che l'interesse privato dell'individuo non conduce affatto alla concorrenza regolata. Lo spirito egoistico che caratterizza la naturalità dell'azione economica conduce piuttosto a una lotta per il potere economico finalizzata a esercitare uno sfruttamento sugli altri soggetti economici. L'ordine della concorrenza, invece, può realizzarsi solamente grazie ad un quadro di norme rigido e inderogabile e a una continua vigilanza da parte dell'autorità pubblica finalizzata a garantire che l'esercizio della libertà economica privata non ricostituisca posizioni di potere sociale (F. BÖHM 1937, 73). Un ulteriore errore connesso alla concezione della "*naturalità*" dell'ordine della concorrenza risalente all'epoca degli economisti classici e accolto nella successiva tradizione del liberalismo economico riposa nella mancata considerazione dei presupposti storici, culturali e tecnico-organizzativi dell'ordine della concorrenza. L'ordine

della concorrenza, scrive Böhm, non è tale che possa realizzarsi automaticamente in ogni tempo e in ogni luogo lasciando semplicemente agire le libere forze dell'economia privata. La concorrenza, al contrario, presuppone alcune condizioni "oggettive" che sono il prodotto di uno specifico sviluppo storico e di una specifica evoluzione tecnica e culturale che l'atteggiamento astratto e antistorico del pensiero illuministico non poteva riconoscere: *"Il pensiero storico del secolo XVIII non riconobbe per nulla quali lunghi e intricati periodi di sviluppo storico i popoli avrebbero dovuto attraversare affinché fosse loro possibile la realizzazione di una economia di scambio anche solo primitiva e regolata da una divisione del lavoro molto modesta. Non si comprese quanto saldo dovesse essere il vincolo comunitario, quanto sviluppato il diritto! Si pensi inoltre alla formazione della moneta, al traffico dei mercati, per non parlare dell'apparato politico e tecnico-giuridico che doveva essere istituito affinché potessero svilupparsi l'istituzione del titolo di credito, dei negozi di borsa, del sistema bancario delle moderne possibilità di circolazione, dell'assicurazione, dell'unità di peso e di misura, della circolazione del credito, della giustizia, dell'esecutività degli obblighi etc."*. *"Tutto questo"* scrive Böhm *"appare 'naturale'"* soltanto agli occhi di colui il quale assume tutti i presupposti dell'economia di concorrenza come elementi privi di storia. Allo stesso modo, la concezione naturalistica della concorrenza e la conseguente aspirazione alla totale astensione dello stato nel regolare l'economia non è capace di comprendere il ruolo determinante che la forma politica dello stato moderno ha esercitato nella predisposizione dei presupposti normativi, culturali e tecnici del sistema della economia di libera concorrenza (F. BÖHM 1937, 74).

6. Conclusioni

Dall'analisi sopra condotta sul modo ordoliberal e austriaco di concepire l'ordine del mercato e, più in generale, sul modo di intendere il fenomeno giuridico, risultano differenze rilevanti che consentono una diversa collocazione dei liberali tedeschi e di quelli austriaci nel movimento di revisione novecentesca del liberalismo classico.

L'approccio austriaco si rivela come una critica del pensiero giuridico moderno, in particolare dell'indebito eccesso razionalistico che fa da sfondo al costruttivismo e all'antropomorfismo presupposti sia dagli approcci giusnaturalistici che giuspositivistici. La rappresentazione volontaristica del diritto è descritta come una fallacia costruttivistica, conseguenza di un'erronea epistemologia di origine cartesiana. La critica austriaca pone le basi teoriche per il superamento del moderno

mediante una riflessione sugli ordini spontanei e sul carattere autopoietico ed evoluzionistico degli ordinamenti giuridici. La tesi savignyana dell'evoluzione organica degli ordinamenti giuridici e la teoria smithiana della mano invisibile rappresentano i pilastri della costruzione hayekiana finalizzata a espungere la volontà e la decisione dal discorso giuridico.

La riflessione ordoliberalesce concepisce invece la crisi novecentesca degli ordinamenti liberali non tanto come l'esito di un eccesso di razionalismo ma come il risultato dell'abbandono del progetto illuministico settecentesco e della ricaduta del pensiero moderno nell'irrazionalismo e nel nichilismo. A differenza degli austriaci la filosofia del diritto presupposta nella riflessione ordoliberalesce sul problema del potere economico privato muove dalla centralità dello strappo storico e teorico della Rivoluzione Francese e conduce all'elaborazione del concetto di "costituzione economica" intesa in senso volontaristico, come decisione politica positiva per l'ordine di mercato di concorrenza. In opposizione critica con la teologia economica di Adam Smith, la concorrenza è concepita come il risultato di una scelta politica e il prodotto della posizione di uno specifico assetto di regole e di una specifica pratica di governo volti a condizionare il comportamento dei singoli attori economici mediante la previsione di fattispecie sanzionatorie o premiali. L'essenza del diritto è riconosciuta nel suo carattere controfattuale e progettuale di "tecnica sociale", a partire dalla separazione costitutiva fra *sein* e *sollen*.

Bibliografia

BÖHM FRANZ, 1928, *Das Problem der privaten Macht. Ein Beitrag zur Monopolfrage*, in "Die Justiz", Band III, 324-345 (anche in N. GOLDSCHMIDT – M. WOHLGEMUTH, *Grundtexte zur Freiburger Tradition der Ordnungsökonomik*, Mohr Siebeck, Tübingen 2008, pp. 49-67).

BÖHM FRANZ, 2010, *Wettbewerb und Monopolkampf. Eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfsrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung*, Nomos Verlag, Baden (prima edizione 1933).

BÖHM FRANZ / EUCKEN WALTER / GROSSMAN-DOERTH HANS, 2010, *Il nostro compito. Il manifesto dell'ordoliberalismo del 1936*, in F. Forte – F. Felice (a cura di), *Il liberalismo delle regole. Genesi ed eredità dell'economia sociale di mercato*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2010; titolo originale *Unsere Aufgabe*, 1936.

BÖHM FRANZ, 1937, *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*, Kohlhammer, Stuttgart und Berlin.

CARUSO SERGIO, 2012, *Homo oeconomicus. Paradigma, critiche, revisioni*, Firenze University Press.

CASSIRER ERNST, 1946, *The Myth of the State*, Yale University Press.

CUBEDDU RAIMONDO, 1992, *Il liberalismo della Scuola austriaca. Menger, Mises, Hayek*, Morano, Napoli.

CWL, 1939, *Compte-rendu des séances du Colloque Walter Lippmann*, Centre International d'Études pour la Rénovation du Libéralisme, Paris.

DARDOT PIERRE / LAVAL CHRISTIAN, 2009, *La nouvelle raison du monde. Essais sur la société néolibérale, La découverte*; trad. it. *La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberista*, DeriveApprodi, Roma 2013.

EUCKEN WALTER, 1932, *Staatliche Strukturwandlungen und die Krisis des Kapitalismus*, in: *Weltwirtschaftliches Archiv – Zeitschrift des Instituts für Weltwirtschaft und Seeverkehr an der Universität Kiel*, Bd. 36 (1932 II), Fischer, Jena, 297-321.

EUCKEN WALTER, 1951, *I fondamenti della economia politica*, Sansoni, Firenze 1951; titolo originale, *Grundlagen der Nationalökonomie*, Jena 1940.

EUCKEN WALTER, 1952, *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, Mohr Siebeck, Tübingen.

GOLDSCHMIDT NILS / WOHLGEMUTH MICHAEL (a cura di), 2008, *Grundtexte zur Freiburger Tradition der Ordnungsökonomik*, Mohr Siebeck, Tübingen 2008.

HAAKONSSON KNUD, 1996, *The Science of a Legislator: The natural Jurisprudence of David Hume and Adam Smith*, Cambridge.

HAYEK FRIEDRICH A. VON, 1983/92, *The Rediscovery of Freedom: Personal Recollections*, in P. G. Klein (a cura di), *The Collected Works of F. A. Hayek, Vol. IV – The Fortunes of Liberalism – Essais on Austrian Economics and the Ideal of Freedom*, University of Chicago Press, Chicago 1992, 185-20.

HAYEK FRIEDRICH A. VON, 2010, *Legge legislazione e libertà. Critica dell'economia pianificata*, Il Saggiatore, Milano; titolo originale, *Law, Legislation and Liberty*, 1982.

HUSSERL EDMUND, 2008, *La crisi delle scienze europee e la fenomenologia trascendentale*, Il Saggiatore, Milano; titolo originale *Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die trszendentale Phänomenologie. Eine Einleitung in die Phänomenologische Philosophie*, 1954.

KELSEN HANS, 1934, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Franz Deuticke, Wien; trad. it., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino 2000.

KELSEN HANS, 1943, *Society and Nature*, Chicago.

KLUMP RAINER / WÖRSDÖRFER MANUEL, 2010, *An Ordoliberal Interpretation of Adam Smith*, in *Ordo – Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 2010 Vol. 61, 29-51.

LARENZ KARL, 1966, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Giuffrè, Milano 1966, 5-16; titolo originale, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer Verlag, Berlin – Göttingen – Heidelberg, 1960.

MARINI GIULIANO, 1966, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Milano 1966.

MAZZACANE ALDO, 1974, *Savigny e la storiografia giuridica fra storia e sistema*, Napoli.

MENGER CARL, 1996, *Untersuchungen über die Methode der Sozialwissenschaften und der politischen Ökonomie insbesondere*, 1883; trad. it., *Sul metodo delle scienze sociali*, Liberilibri, Macerata.

MESTMÄCKER ERNST-JOACHIM, 2012, *Wettbewerbsfreiheit und Wohlfahrt. Ein ideengeschichtlicher Beitrag zum Verhältnis von Ökonomie und Recht*, in: *Ordo – Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, vol. 63, pp. 429-448.

MISES LUDWIG VON, 1949, *Human Action. A Treatise on Economics*. New Heaven Yale University; trad. it. *L'azione umana: trattato di economia*, Utet, Torino 1959.

NEMO PHILIPPE / PETITOT JEAN, 2013, *Storia del liberalismo in Europa*, Rubbettino, Soveria Mannelli; titolo originale, *Historie du libéralisme en Europe*, Puf 2006.

PLICKERT PHILIP, 2008, *Wandlungen des Neoliberalismus. Eine Studie zu Entwicklung und Ausstrahlung der 'Mont Pèlerin Society'*, Lucius & Lucius Stuttgart.

RÖPKE WILHELM, 1958, *Jenseits von Angebot und Nachfrage*, Erlenbach-Zürich, Eugen Rentsch Verlag; trad. it., *Al di là dell'offerta e della domanda. Verso un'economia umana*, Vita aperta, Varese 1965.

RÜSTOW ALEXANDER, 1932, *Die staatspolitischen Voraussetzungen des wirtschaftspolitischen Liberalismus*, in F. BOESE (Hrsg.), *Deutschland und die Weltkrise*, "Schriften des Verein für Sozialpolitik", Band 187, Dresden 1932, 62-69.

RÜSTOW ALEXANDER, 1963, *Garten und Familie*, in A. RÜSTOW, *Rede und Antwort*, (a cura di) W. Hoch, Ludwigsburg.

RÜSTOW ALEXANDER, 2001, *Das Versagen des Wirtschaftsliberalismus*, Metropolis, Marburg.

SAVIGNY FRIEDRICH W. VON, 1892, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Mohr Siebeck, Freiburg im Breisgau, 1892.

SCHMITT CARL, 1926, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, Monaco, seconda edizione; trad. it. *La condizione storico-spirituale dell'odierno parlamentarismo*, Giappichelli, Torino 2004.

SCHMITT CARL, 1928, *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, Berlin; trad. it. *Dottrina della costituzione*, Giuffrè, Milano 1984.

SCHMITT CARL, 1931, *Die Wendung zum totalen Staat*, in C. SCHMITT, *Positionen und Begriffe*, Hanseatische Verlagsanstalt, 1940.

SCHMITT CARL, 1932, *Starker Staat und gesunde Wirtschaft*, in C. SCHMITT, *Staat, Großraum, Nomos, Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*, Duncker & Humblot, Berlin 1995, 71-91.

SCHUMPETER J. A., 1990, *Storia dell'analisi economica. Dai primordi al 1790*, Bollati Boringhieri, Torino; titolo originale, *History of Economic Analysis*, 1954.

SMITH ADAM, 2009, *Teoria dei sentimenti morali*, Rizzoli, Milano; titolo originale, *The Theory of Moral Sentiments*, Londra 1759.

SMITH ADAM, 2010, *La ricchezza delle nazioni*, Utet, Torino 2010; titolo originale, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1776.

TERNOWETZ ULRIKE (a cura di), 2003, *Friedrich A. von Hayek e la Scuola Austriaca di Economia. Atti della giornata di studio, Università degli studi Milano-Bicocca, 11 aprile 2002*, Rubbettino, Soveria Mannelli.

VANBERG VIKTOR J., 2004, *The Freiburg School: Walter Eucken and Ordoliberalism*, 04/11 Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik.

VANBERG VIKTOR J., 2012, *Hayek in Freiburg*, 12/1 Freiburger Diskussionspapiere zur Ordnungsökonomik.

ZAGARI EUGENIO / SCHEFOLD BERTRAM / GIOIA VITANTONIO, 1993, *Gustav Schmoller: metodi e analisi della scienza economica*, Congedo, Bari.