

ALESSANDRO SOMMA

**L'ECONOMIA SOCIALE  
DI MERCATO / 4. L'ERA  
ADENAUER  
E L'ECONOMIA DI MERCATO  
OBBLIGATA SOCIALMENTE\***

*Con la vittoria dell'ordoliberalismo sulla democrazia economica,  
si delinea il programma politico della Repubblica di Bonn,  
espresso più dalla riforma monetaria e dai provvedimenti connessi  
che non dall'emanazione della Legge fondamentale*

Abbiamo ricostruito il clima nel quale prese forma la Legge fondamentale tedesca, e in particolare lo scontro tra fautori della democrazia ordoliberale e sostenitori della democrazia economica: la prima incentrata sul primato dell'ordine economico inteso come sistema di libertà vigilate, la seconda volta ad affermare la superiorità del meccanismo democratico sull'ordine del mercato. Abbiamo poi illustrato le modalità attraverso cui la democrazia ordoliberale è giunta a prevalere sulla democrazia economica e a divenire, complice la sponsorizzazione delle forze di occupazione, il programma politico cristiano-democratico.

Possiamo a questo punto tornare al percorso verso l'approvazione del testo definitivo della vigente Carta fondamentale tedesca. Come per le Costituzioni regionali, non fu un percorso trasparente e partecipato, complice il clima da guerra fredda che si era oramai impadronito delle vicende tedesche ed europee in genere. E complice la volontà diffusa di sottolineare la provvisorietà dell'articolato, concepito come era per una sola parte della Germania divisa, motivo per cui venne chiamato Legge fondamentale (*Grundgesetz*) e non Costituzione (*Verfassung*)<sup>1</sup>.

\* I precedenti contributi dell'autore sull'argomento sono stati pubblicati online nel n. 195 di questa rivista, con il titolo *L'economia sociale di mercato / 1. Il fascino della terza via: torna di moda un passato mai passato*, nel n. 198, con il titolo *L'economia sociale di mercato / 2. Dal nazionalsocialismo all'ordoliberalismo*, e nel n. 200, con il titolo *L'economia sociale di mercato / 3. L'ordoliberalismo al crollo del fascismo*.

<sup>1</sup> Ad esempio K. Kroeschell, *Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert*, Gottinga, Vandenhoeck und Ruprecht, 1992, p. 196.

La redazione della Carta fondamentale tedesca venne avviata nel giugno del 1948, a pochi giorni dalla riforma monetaria e dall'emanazione dei connessi provvedimenti sulla liberalizzazione dei prezzi, quando gli Alleati consegnarono ai presidenti regionali un documento contenente i principi cui informare il testo. Sulla base di quei principi un primo articolato venne predisposto da una commissione di esperti indicati dalle Regioni, detto Progetto di Herrenchiemsee dal nome della località in cui si tennero i lavori, completati nell'agosto del 1948. Il Progetto venne quindi discusso ed emendato da una assemblea costituente, composta da rappresentanti eletti dai parlamenti regionali, presieduta da Konrad Adenauer e denominata Consiglio parlamentare (*parlamentarischer Rat*). Nel maggio del 1949 il risultato finale venne presentato alle forze alleate e poi fatto ratificare alle diverse assemblee parlamentari regionali. Contemporaneamente, francesi, britannici e statunitensi acconsentirono alla formazione nei territori da loro occupati della Repubblica Federale Tedesca<sup>2</sup>.

La Legge fondamentale entrò subito in vigore, per venire implicitamente approvata dal corpo elettorale in occasione delle prime elezioni federali libere, tenutesi nell'agosto del 1949, e ricevere così la legittimazione democratica che si poteva altrimenti mettere in dubbio pensando alle modalità di redazione del testo<sup>3</sup>.

#### **LA NEUTRALITÀ DELLA COSTITUZIONE ECONOMICA TEDESCA**

La Legge fondamentale tedesca rispecchia ampiamente il clima in cui venne concepita, descritto da molti contemporanei in termini di «avanzata restaurazione dell'ordine capitalista»<sup>4</sup>. Lo stesso clima da cui prese spunto la fortunata avventura politica del cristiano-democratico Adenauer, che fu Cancelliere dal 1949 al 1963, e che su pressione statunitense affidò la guida del dicastero economico a Ludwig Erhard, l'ispiratore dei Principi di Düsseldorf. Quest'ultimo rimise a sua volta la definizione delle linee di politica economica ad Alfred Müller-Armack, l'ideatore dell'economia sociale di mercato<sup>5</sup>.

Non stupisce dunque se, almeno sul piano formale, la Legge fondamentale non presenta un tratto caratteristico del costituzionalismo europeo del dopoguerra. Se cioè manca la previsione esplicita di diritti sociali in funzione emancipatoria, intesi come precisazione del principio di parità sostanziale, tale in quanto combinato con un espresso obbligo di intervento dei pubblici poteri, tenuti a rimuovere gli impedimenti alla realizzazione della parità. Un obbligo concepito per rimarcare il superamento del modello fascista, che conosceva un sistema di prestazioni sociali, utilizzato tuttavia come mero strumento di pacificazione e di inclusione forzata nell'ordine proprietario di-

<sup>2</sup> Dal canto loro, nell'ottobre del 1949 i sovietici disposero invece la nascita della Repubblica Democratica Tedesca.

<sup>3</sup> Ad esempio A. Hamann, *Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, seconda edizione, Berlino, Luchterhand, 1961, p. 15.

<sup>4</sup> G. Brüggemeier, *Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus*, 2 volumi, Francoforte, Syndikat, 1979, vol. 2, p. 278 e seguente.

<sup>5</sup> Per tutti M. Görtemaker, *Geschichte der Bundesrepublik Deutschland* [1999], Francoforte, Fischer, 2004, p. 152 e seguenti.

venuto totalitario<sup>6</sup>. Un obbligo, ancora, concernente i rapporti tra lo Stato e l'individuo, così come i rapporti interindividuali, quindi il modo di essere delle relazioni interne al mercato, oltre a quelle collocate fuori dai suoi confini.

È vero che per l'area tedesca il riferimento ai diritti sociali non sarebbe stato un fatto nuovo, giacché compariva nella Costituzione di Weimar. Ma proprio questo era il problema: nella prospettiva ordoliberal, oramai prevalente, occorreva marcare la distanza da formule indubbiamente riconducibili al modello della democrazia economica, i cui fautori riprendevano non a caso molte delle elaborazioni di epoca weimariana. Così come occorreva mettere in luce la radicale differenza rispetto ai modelli politici ed economici adottati nella Germania dell'Est, epicentro della guerra fredda appena scoppiata tra paesi occidentali e paesi socialisti, cui gli ordoliberali accostavano tutto quanto non fosse riconducibile all'ordine del mercato da loro sponsorizzato.

La Legge fondamentale fu così relativamente dettagliata nella previsione dei diritti fondamentali della tradizione liberale, così come riletti alla luce di un ritorno al giusnaturalismo, sponsorizzato per arginare il positivismo legislativo, ritenuto un complice dall'avanzata nazionalsocialista. Si spiega allora l'enfasi con cui si invoca la tutela della dignità umana (art. 1), seguita dall'enunciazione di posizioni concepite più come diritti dell'uomo che come diritti del cittadino. Si spiega anche il riferimento scarno e sibillino alla Germania come «Stato federale democratico e sociale» (artt. 20 e 28), che i socialdemocratici finirono per accettare, in parte perché privi di una politica costituzionale e in parte perché illusoriamente convinti di poter affermare la loro visione con lo strumento della legge ordinaria una volta conquistata la guida del paese<sup>7</sup>. Il tutto stigmatizzato solo dai rappresentanti comunisti nel Consiglio parlamentare, i quali ritennero che la mancata previsione dei diritti sociali fosse imputabile a un accordo tra socialdemocratici e cristianosociali, per cui i secondi avrebbero evitato di insistere sulle tematiche religiose in cambio di una desistenza su quelle sociali: un accordo che però avrebbe aperto la strada verso la costruzione di uno «Stato della reazione»<sup>8</sup>.

In linea con tutto ciò l'enunciazione del principio di parità in senso solo formale, precisato da un divieto di discriminazione che solo con riferimento alla parità dei sessi invoca un ruolo dei pubblici poteri nella sua «realizzazione effettiva» (art. 3). Mentre l'enunciazione del diritto al libero sviluppo della personalità (art. 2) consente al massimo di fondare un «dovere di assistenza sussidiario dello Stato», relativo tuttavia a circostanze del tutto particolari, ad esempio al caso in cui il titolare del diritto operi nell'ambito di «sistemi chiusi», come l'esercito, la scuola o il carcere<sup>9</sup>.

Questo assetto ha indotto molti a discorrere di neutralità della costituzione economica tedesca, soluzione sino a poco tempo prima ritenuta una pericolosa fuga dalla responsabilità politica e dunque un'opzione «impensabile»<sup>10</sup>, ovvero a sostenere

<sup>6</sup> Da ultimo A. Somma, *Economia di razza*, Verona, Ombre Corte, 2009, p. 126.

<sup>7</sup> Ad esempio G. Brüggemeier, *Entwicklung des Rechts*, cit., p. 278 e seguenti.

<sup>8</sup> Così Renner, nella seduta del 6 maggio 1949, in *Parlamentarischer Rat – Stenographische Berichte über die Plenarsitzungen*, Bonn, Parlamentarischer Rat, 1949, p. 180.

<sup>9</sup> A. Podlech, *Sub Art. 2*, in *GG – Alternativkommentar*, seconda edizione, Neuwied, Luchterhand, 1989, vol. 1, p. 274 e seguenti.

<sup>10</sup> K. Schmid, *Die Legitimität der Verfassung*, «Deutsche Rechtszeitschrift», 1, 1946, p. 3.

che la Legge fondamentale non avesse operato scelte di campo in favore di specifici modelli<sup>11</sup>.

Non si trattava, a ben vedere, di un orientamento del tutto infondato. Se infatti la prospettiva ordoliberalera era oramai vincente, essa non lo era in misura tale da consentire la ratifica di un testo costituzionale in cui si operasse una chiara scelta di campo a favore dell'economia sociale di mercato, ratifica che per la Legge fondamentale doveva riguardare almeno i due terzi dei parlamenti regionali (art. 144). Soprattutto per questo la costituzione economica tedesca ha omesso di assumere una posizione netta nel dibattito attorno alla menzionata contrapposizione tra il modello della democrazia ordoliberalera e quello democrazia economica. Tutto ciò si ricava dai lavori preparatori e in particolare dalle prese di posizione dei socialdemocratici, che anche per questo accettarono di includere nella Legge fondamentale il solo catalogo dei diritti individuali tipici del «classico Bill of Rights dei paesi anglosassoni», salvo difendere eventuali soluzioni diverse accolte nelle costituzioni regionali, e la possibilità di «farne uso»<sup>12</sup>.

Se così stavano le cose, allora spettava e spetta al legislatore ordinario individuare di volta in volta le concrete linee di politica economica. E proprio questa fu la conclusione condivisa anche dai giudici costituzionali, i quali ritennero l'opzione ordoliberalera una scelta evidentemente praticabile, ma non anche l'unica compatibile con il livello superprimario: «il presente ordine economico e sociale è certamente un ordine possibile in base alla Legge fondamentale, e tuttavia non è l'unico possibile», giacché «si fonda su una scelta economica e politica in linea con la volontà del legislatore ordinario, che tuttavia può venir meno o essere sostituita da un'altra decisione»<sup>13</sup>.

Così motivata, la neutralità della costituzione economica tedesca poteva insomma ammettere l'adozione di forme di direzione comprendenti l'intervento diretto dei pubblici poteri nelle dinamiche del mercato. In tal modo non si sarebbe potuto determinare un complessivo superamento dei fondamenti dell'ordine proprietario, ma si sarebbe pur sempre lasciata aperta la strada verso forme incompatibili con essi<sup>14</sup>. Almeno questo veniva affermato dai critici dell'impostazione accolta dai giudici costituzionali, evidentemente preoccupati dalla possibilità che essa conducesse a forme di pianificazione della vita economica e dunque di democrazia economica<sup>15</sup>, repute l'anticamera di sviluppi in senso socialista e comunista.

Tante preoccupazioni sembravano però ingiustificate. Non pochi teorici della neutralità della costituzione economica precisavano che essa non implicava un assoluto disinteresse statale per l'assetto della vita economica, se non altro in quanto la comples-

<sup>11</sup> Ad esempio A. Hamann, *Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung*, Heidelberg, Verl.-Ges. Recht u. Wirtschaft, 1953, p. 31 e seguente. Da ultimo P. Badura, *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung*, terza edizione, Tubinga, Mohr Siebeck, 2008, p. 11.

<sup>12</sup> Così Schmid, nella seduta inaugurale dell'8 settembre 1948, in *Parlamentarischer Rat*, cit., p. 14.

<sup>13</sup> BVerfG, 20 luglio 1954, in «Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts», 4, 1956, p. 17 e seguente. Si veda anche BVerfG, 11 giugno 1958, ivi, 7, 1958, p. 400. In dottrina ad esempio F. Haussmann, *Übermass und Mitte in der sozialen Marktwirtschaft*, «Betriebsberater», 8, 1954, p. 813 e seguenti.

<sup>14</sup> Da ultimo R. Stober, *Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht*, sedicesima edizione, Stoccarda, Kohlhammer, 2008, p. 41.

<sup>15</sup> H.C. Nipperdey, *Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz*, terza edizione, Colonia, Heymann, 1965, p. 18.

siva capacità di produrre benessere materiale era rilevante per l'esito del confronto che opponeva i paesi socialisti ai paesi del blocco capitalista<sup>16</sup>. La costituzione economica doveva cioè produrre crescita: «il più antico e nobile obiettivo di una politica economica statale è la produttività dell'economia». E se la Prussia di Bismarck aveva perseguito l'obiettivo ricorrendo a forme di interventismo autoritario, occorreva ora muovere dalla «collaborazione tra Stato ed economia», da difendere con politiche anticongiunturali e con la repressione dei comportamenti insidiosi per il funzionamento del meccanismo concorrenziale. Di qui il riconoscimento in capo all'imprenditore del dovere di «rispettare le leggi economiche del mercato». Un dovere che si ricavava anche dal concetto di Stato sociale, nel quale il riferimento alla socialità finiva così per assumere il medesimo significato riconosciutogli dai teorici dell'economia sociale di mercato: indicare un aprioristico favore per il meccanismo concorrenziale come migliore strumento di redistribuzione della ricchezza e dunque come veicolo di giustizia sociale<sup>17</sup>.

A queste condizioni la neutralità della costituzione economica tedesca si riduceva al rifiuto dello «zelo pseudoreligioso dei sostenitori di modelli puri», come quello socialista e quello liberale classico: al rifiuto di un aprioristico favore per l'intervento pubblico in economia o per il suo opposto, ovvero per l'astensione sempre e comunque. Siamo cioè nel campo della mitica terza via tra modelli socialisti e modelli liberali classici, sciolta nell'invito a evitare contrapposizioni di tipo dogmatico<sup>18</sup>, che impedirebbero di calibrare l'azione dei pubblici poteri in funzione del raggiungimento dell'obiettivo indicato: produrre benessere materiale attraverso il meccanismo concorrenziale, sfondo immutabile per lo sviluppo dell'ordine proprietario eretto a sistema.

#### UN FONDAMENTO COSTITUZIONALE PER L'ECONOMIA SOCIALE DI MERCATO

La neutralità della costituzione economica tedesca, pur nell'accezione finora chiarita, venne messa in discussione da chi la ritenne espressiva di una chiara scelta a favore dell'economia sociale di mercato. A questa conclusione giunse in particolare Hans Carl Nipperdey, che fu prima un autorevole esponente del nazionalsocialismo, attivo fra l'altro nell'ambito dell'Accademia del diritto tedesco<sup>19</sup>, e poi il primo presidente della Corte federale del lavoro (*Bundesarbeitsgericht*), posizione tenuta dalla sua istituzione nel 1954 sino al 1963.

Come si usa ribadire ora, le costruzioni proposte da Nipperdey non conducevano a risultati alternativi a quelli in linea con la tesi della neutralità della costituzione, che oltretutto i giudici costituzionali sottolineavano essere cosa diversa dalla neutralità dei valori superprimari, evidentemente incompatibile con lo spirito della Legge fondamentale<sup>20</sup>. Molte differenze sarebbero state amplificate solo per inasprire il confronto con il sistema tedesco orientale, contro cui occorreva mettere in campo il radicale rifiuto di

<sup>16</sup> H. Krüger, *Allgemeine Staatslehre*, Stoccarda, Kohlhammer, 1964, p. 575 e seguenti.

<sup>17</sup> Ivi, p. 572 e seguenti.

<sup>18</sup> Ivi, pp. 574 e seguente e 579 e seguenti.

<sup>19</sup> Notizie in E. Klee, *Das Personenlexikon zum Dritten Reich*, seconda edizione, Francoforte, Fischer, 2005, p. 437.

<sup>20</sup> Ad esempio BVerfG, 15 gennaio 1958, in «Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts», 7, 1958, p. 205.

qualsiasi forma di intervento diretto nella vita economica, nel solco di credenze diffuse ben oltre l'area ordoliberalista<sup>21</sup>.

Per Nipperdey un'incontrovertibile opzione costituzionale per l'economia sociale di mercato si sarebbe innanzi tutto ricavata dalla scelta di informare il sistema delle libertà politiche ai principi della democrazia liberale, da cui «il riconoscimento di un diritto privato libero». Quanto al sistema delle libertà economiche, rilevarebbe in particolare il diritto al libero sviluppo della personalità (art. 2), da cui la promozione della «libertà di operare sul terreno della vita economica». Stesso discorso per il combinato disposto di altre disposizioni, come quelle relative alla libertà di associazione (art. 9) e di professione (art. 12), quindi alla garanzia della proprietà privata e della trasmissione ereditaria dei beni (art. 14)<sup>22</sup>.

Queste disposizioni indicherebbero la scelta del costituente di promuovere per l'organizzazione della vita economica «una combinazione di libertà e vincoli», questi ultimi relativi all'instaurazione di un ordine incentrato sul principio della libera concorrenza, che i pubblici poteri erano tenuti a presidiare. Ciò in quanto le disposizioni costituzionali richiamate codificano valori quali la libera concorrenza e il libero esercizio delle attività economiche, a loro volta fondamento della libertà contrattuale, quindi della libertà di produrre e di consumare. E ciò escluderebbe la possibilità di un intervento statale diretto nel mercato, che non sarebbe dunque nella disponibilità del legislatore ordinario, come ritenuto invece dai teorici della neutralità della costituzione economica<sup>23</sup>. Non escluderebbe invece un intervento indiretto, che anzi doveva caratterizzare l'attività dei tre poteri dello Stato, tutti incaricati di sostenere l'equilibrio e lo sviluppo dell'economia di mercato come orizzonte nell'esercizio del loro potere ordinario<sup>24</sup>.

Peraltro, seppure l'economia sociale di mercato fu indubbiamente un punto di riferimento per la politica e la società tedesca sino alla fine degli anni Sessanta, il suo radicamento nella Legge fondamentale non appariva e non appare sostenibile, giacché le disposizioni richiamate ben potevano e possono essere in linea con altre opzioni<sup>25</sup>. In tal senso è sembrato ad alcuni più appropriato discutere di una «costituzione economica mista», tale in quanto contiene alcune indicazioni difficilmente riconducibili al modello dell'economia sociale di mercato. Se infatti la Legge fondamentale è incentrata sul tema dei diritti di libertà, essa pure indica la necessità di bilanciarli nell'ambito di un «ordine compensativo»<sup>26</sup>, nel quale si combinano individualismo e socialità ben oltre i limiti ammessi dal pensiero ordoliberalista.

Questa tesi venne sostenuta da Ernst Rudolf Huber, che in epoca nazionalsocialista fu tra i cultori del diritto più vicini alla dittatura, dopo essere stato consulente di Franz

<sup>21</sup> J. Ipsen, *Der Staat der Mitte*, Monaco, C.H. Beck, 2009, p. 247.

<sup>22</sup> H.C. Nipperdey, *Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz*, cit., p. 19 e seguenti. In seguito M. Schmidt-Preuss, *Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz vor dem Hintergrund des Staatsvertrages zur Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion*, «Deutsches Verwaltungsblatt», 46, 1993, p. 239.

<sup>23</sup> H.C. Nipperdey, *Soziale Marktwirtschaft*, cit., pp. 24 e seguenti e 42 e seguenti.

<sup>24</sup> Cfr. K.J. Partsch, *Die verfassungsmäßige Sicherung von Wirtschaftsprinzipien*, «Ordo», 6, 1954, p. 36 e seguente.

<sup>25</sup> Per tutti W. Bohling, *Die Anforderungen des Grundgesetzes an die Wirtschaftsordnung*, in Idem (a cura di), *Wirtschaftsordnung und Grundgesetz*, Stoccarda, Fischer, 1981, p. 4.

<sup>26</sup> E.R. Huber, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Tubinga, Mohr Siebeck, 1953, vol. 1, p. 30 e seguente.

von Papen sotto la guida di Carl Schmitt. Per Huber, infatti, la Legge fondamentale è «una costituzione economica fondata sulla compresenza di due massime fondamentali di pari rango, opposte ma dialetticamente collegate»<sup>27</sup>.

Se si tiene conto dei trascorsi del suo autore, la tesi del carattere misto della costituzione economica tedesca assume un significato meno offuscato di quanto sembri. Essa si appalesa come tentativo di combinare la modernizzazione dell'ordine proprietario con motivi e temi destinati a indurre la coesione e la pace sociale, requisiti indispensabili ad assecondare le forme di conformazione della vita economica di volta in volta richieste per l'equilibrio e lo sviluppo dell'ordine proprietario. Un tentativo che ha accompagnato la storia del pensiero ordoliberal, soprattutto nella versione meno compromessa con la dittatura nazionalsocialista, che in quanto tale ha dovuto prendere in considerazione modalità di conformazione delle libertà economiche almeno formalmente non intrecciate con l'esplicita soppressione delle libertà politiche.

#### L'ECONOMIA DI MERCATO OBBLIGATA SOCIALMENTE

Per illustrare i termini della commistione di libertà e vincoli di cui parlava, Huber ricorreva al concetto di «economia di mercato obbligata socialmente» (*sozialverpflichtete Marktwirtschaft*), e significativamente, in quanto restituisce il senso dei riferimenti alla socialità, indicava nel principio dello Stato sociale il fondamento di questa costruzione<sup>28</sup>. La Legge fondamentale lo enuncia ricorrendo a espressioni meno implicanti di quelle contenute nella Costituzione di Weimar, secondo cui «l'ordine della vita economica deve rispettare le massime della giustizia e avere il fine di assicurare un'esistenza dignitosa» (art. 151). Ciò nonostante, sosteneva Huber, la medesima formula dovrebbe ritenersi implicita in quella più succinta utilizzata dal costituente repubblicano, che ha così inteso qualificare come dovere dei pubblici poteri quanto il costituente weimariano aveva formulato come mera indicazione programmatica all'indirizzo del legislatore ordinario<sup>29</sup>.

Fin qui il discorso cessa di presentare punti di contatto con le tematiche di epoca weimariana. I nessi con la fase storica immediatamente precedente la dittatura cedono infatti il passo a paralleli con l'epoca in cui prende forma il pensiero ordoliberal. Huber precisava infatti che l'ordine del mercato continua a fondarsi «sulla libertà e parità individuale, sulla libertà di professione, contratto e associazione, sul diritto di proprietà e sul diritto dell'impresa, così come sulla libera concorrenza e sul libero contratto di lavoro». E aggiungeva che il riferimento alla socialità impone ai pubblici poteri di promuovere il superamento della divisione di classe, nel solco di quanto avvenuto ai tempi di Bismarck. La socialità sarebbe insomma un concetto relativo alla funzionalizzazione dei comportamenti individuali, nell'ambito di un sistema che mira a conformarli per realizzare la pacificazione e promuovere la cooperazione sociale: «riferito all'attuale situazione sociale, il principio dello Stato sociale allude a un sistema di misure istituzionali e

<sup>27</sup> E.R. Huber, *Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht*, «Die Öffentliche Verwaltung», 9, 1956, p. 101.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> E.R. Huber, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Tubinga, Mohr Siebeck, 1953, vol. 1, p. 35.

funzionali con cui viene costantemente promossa la costruzione della comunità minacciata da tensioni, conflitti e crisi sociali»<sup>30</sup>.

La socialità intesa come promozione della pace sociale doveva evidentemente informare, oltre ai rapporti tra lo Stato e gli individui, anche le relazioni tra questi ultimi. Peraltro, in tale ambito, la conformazione dei comportamenti economici non avrebbe perseguito finalità di ordine emancipatorio: l'intervento eteronomo si imponeva solo se idoneo a produrre un vantaggio per «il tutto sociale», ma doveva evitarsi se procurava benefici a favore di specifiche categorie di portatori di debolezza economica e sociale. E alla luce di queste indicazioni andavano lette anche due disposizioni per molti aspetti mutuata dalla Costituzione di Weimar: quella per cui «il diritto di proprietà implica responsabilità» e «il suo esercizio deve altresì servire al bene della collettività» (art. 14) e quella concernente la «societizzazione» (*Vergesellschaftung*) di «suolo, risorse naturali e mezzi di produzione», ovvero il loro trasferimento in «proprietà comune» (*Gemeineigentum*) o altre forme di «economia comune» (*Gemeinwirtschaft*) (art. 15)<sup>31</sup>.

Così intesa, la tesi della costituzione economica tedesca come costituzione mista finiva per essere meno inconciliabile con la tesi di chi la riteneva informata al modello dell'economia sociale di mercato. Huber parlava di socialità come indicazione radicata nel dettato costituzionale, ma non ne ricavava un sistema di diritti sociali, in quanto tale attento più ai profili emancipatori che non a quelli relativi a una coesione sociale intesa come valore in sé. In tal modo il suo pensiero non era alternativo a quanto sostenuto in ambito ordoliberal, e subito respinto dalla Corte costituzionale<sup>32</sup>: che il principio dello Stato sociale, incompatibile con il principio dello Stato di diritto, non aveva valenza costituzionale, rilevando solo nei limiti delle eventuali realizzazioni a livello di legislazione ordinaria e di attività amministrativa<sup>33</sup>.

Lo schema delineato da Huber si coordinava insomma con l'idea ordoliberal per cui il principio dello Stato sociale poteva eventualmente circoscrivere il raggio di azione del mercato, l'estensione dei suoi confini, ma non anche alterarne l'essenza di ordine funzionante secondo il meccanismo concorrenziale. Persino il teorico della costituzione mista finiva cioè per incontrarsi con quanto si affermava in ambito ordoliberal, ovvero che la redistribuzione della ricchezza concerneva essenzialmente i rapporti tra gli individui e lo Stato, tenuto a «proteggere chi è economicamente e socialmente debole», e non anche le relazioni tra privati, nelle quali vi poteva essere solo la richiesta di «un comportamento socialmente responsabile, volontario e indipendente». Giacché nel mercato la «politica sociale» coincideva con il presidio del meccanismo concorrenziale, alla base di una politica dei prezzi liberi e di contrasto delle concentrazioni di potere economico, in quanto tale di favore per il consumatore<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> E.R. Huber, *Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht*, cit., p. 201.

<sup>31</sup> Ivi, p. 202. Anche H. von Mangoldt e F. Klein, *Das Bonner Grundgesetz*, seconda edizione, Berlino, Vahlen, 1957, vol. 1, p. 456.

<sup>32</sup> BVerfG, 19 dicembre 1951, in «Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts», 1, 1952, p. 105.

<sup>33</sup> E. Forsthoff, *Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates*, «Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer», 12, 1954, p. 8 e seguenti.

<sup>34</sup> H.C. Nipperdey, *Soziale Marktwirtschaft*, cit., pp. 19 e 56 e seguenti.



Resterebbe il riferimento di Huber al concetto di «societizzazione» a renderlo incompatibile con la corrente ordoliberal. Quest'ultimo venne infatti elaborato dalla socialdemocrazia tedesca fin dal Programma di Erfurt del 1891, che voleva con ciò identificare nell'amministrazione, piuttosto che nella titolarità, il profilo a partire dal quale democratizzare la proprietà dei mezzi di produzione. La «societizzazione» era insomma una costruzione alternativa alla «statalizzazione» (*Verstaatlichung*): non si esauriva nella mera nuova imputazione dei diritti proprietari, concernendo esplicitamente vicende quali la diffusa partecipazione nei processi decisionali, oltre all'attenzione per gli effetti distributivi delle relazioni tra capitale e lavoro e tra produzione e consumo<sup>35</sup>.

Peraltro anche il riferimento di Huber alla «societizzazione» deve essere ridimensionato nella sua essenza di costruzione inconciliabile con i dogmi ordoliberali. Anche i fautori dell'economia sociale di mercato ammettevano infatti la possibilità di un regime della proprietà dei mezzi di produzione diverso da quello tradizionale. Non solo concepivano la proprietà statalizzata, rispettosa dei fondamenti della democrazia ordoliberale se non mutava le tradizionali modalità di esercizio del diritto, bensì anche la proprietà in cui si intaccava questo secondo aspetto, come ad esempio quella dei mezzi di produzione in regime di «autogestione operaia» (*Arbeits selbstverwaltung*)<sup>36</sup>. Ma si trattava di un'apertura solo apparente al meccanismo della democrazia economica, giacché esperimenti in tal senso si sarebbero comunque dovuti confrontare con le «possibilità reali» offerte dal mercato<sup>37</sup>, che in assenza di pianificazione, si diceva, non potevano che determinare il fallimento di quegli esperimenti.

Quest'ultimo era peraltro l'unico esito possibile, in quanto una simile forma di indirizzo della vita economica non rientrava evidentemente tra le modalità di conformazione dei comportamenti individuali ammessi dal pensiero ordoliberale<sup>38</sup>. E lo stesso valeva per lo schema predisposto da Huber, in cui i fondamenti dell'economia di mercato trovavano invero esplicita tutela.

## RELAZIONI INDUSTRIALI COOPERATIVE: ORDOLIBERALISMO E COLLABORAZIONE TRA CAPITALE E LAVORO

L'era Adenauer comprende il lungo periodo in cui il leader cristiano democratico fu Cancelliere (1949-63), al quale possono aggiungersi gli anni in cui al vertice dell'esecutivo giunse il suo Ministro dell'Economia, Ludwig Erhard (1963-66). Fu l'epoca del miracolo economico, in cui l'apparato produttivo tornò a funzionare a pieno regime.

Questa situazione determinò evidentemente un notevole incremento del benessere collettivo e individuale. Era tuttavia un benessere per nulla distribuito in modo equo: sino alla fine degli anni Sessanta, meno del 2 per cento dei nuclei familiari detenevano circa tre quarti dei beni produttivi e circa un terzo della ricchezza<sup>39</sup>. Era inoltre un be-

<sup>35</sup> *Erfurter Programm* dell'ottobre 1891.

<sup>36</sup> C. Watrin, *Selbstverwaltete Unternehmen und Produktionsmitteleigentum*, in *Festschrift Alfred Müller-Armack*, Berna, Haupt, 1976, p. 174.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> Per tutti E. Tuchtfeldt, *Der Interventionskapitalismus*, in *Festschrift Alfred Müller-Armack*, cit., p. 61 e seguenti.

<sup>39</sup> Cfr. H.-U. Wehler, *Deutsche Gesellschaftsgeschichte*, Monaco, C.H. Beck, 2008, vol. 5, p. 121.

nessere massimamente dovuto alla congiuntura economica favorevole: si avevano all'epoca una ragguardevole disponibilità di forza lavoro qualificata, un'abbondante liquidità assicurata soprattutto dagli statunitensi e una elevata richiesta di beni di consumo, il tutto determinato anche dalla nascita delle Comunità europee con i Trattati di Roma del 1957<sup>40</sup>. Per gli ordoliberali il miracolo economico fu invece imputabile unicamente alla riforma monetaria e ai contestuali provvedimenti di liberalizzazione dei prezzi<sup>41</sup>, motivo per cui, come sappiamo, quella riforma, e non la Legge fondamentale di poco successiva, venne e viene tuttora ritenuta da molti l'atto fondativo della rinata democrazia tedesca.

L'era Adenauer costituisce una fase molto controversa della recente storia tedesca, che gli ordoliberali intesero presentare come brillante nuovo inizio e altri hanno invece ritenuto un periodo di «restaurazione»: un'occasione mancata di liberare la società e le istituzioni, quelle politiche come quelle economiche, dalle strutture autoritarie e antidemocratiche storicamente responsabili delle svolta totalitaria<sup>42</sup>. Fu questa una tesi approfondita soprattutto dalla letteratura di ispirazione socialista, divenuta un motivo ricorrente nella dottrina tedesco-orientale<sup>43</sup>, avversata all'Ovest soprattutto dagli autori di formazione liberale. Per questi ultimi, infatti, gli avvenimenti precedenti il crollo del fascismo avevano definitivamente depotenziato le componenti sociali indispensabili a realizzare una restaurazione<sup>44</sup>.

Il dibattito sulla restaurazione postbellica appare ora menomato da alcune forzature e banalizzazioni, caratteristiche di entrambi gli orientamenti riferiti<sup>45</sup>. Quanto abbiamo finora documentato induce tuttavia a ritenere che di restaurazione si possa parlare almeno con riferimento a una componente essenziale del progetto ordoliberale, così come sviluppatosi nel dopoguerra: la promozione di schemi di convivenza sociale di tipo olistico indispensabile a bilanciare le spinte disgregatrici della modernizzazione, e dunque di motivi e pratiche stridenti con il pluralismo democratico. Schemi capaci di stabilire momenti anche forti di continuità tra la dittatura e la democrazia, e comunque di evidenziare come il Cancelliere del miracolo economico avesse innanzi tutto realizzato un sistema di potere almeno a tratti autoritario<sup>46</sup>.

Alcuni spunti per valutare i termini della reale continuità tra nazionalsocialismo e democrazia li possiamo ricavare dall'evoluzione del pensiero ordoliberale, così come

<sup>40</sup> Ad esempio G. Brüggemeier, *Entwicklung des Rechts*, cit., p. 292 e seguenti.

<sup>41</sup> W. Röpke, *Die Lehre von der Wirtschaft*, tredicesima edizione, Berna, Haupt, 1994, p. 320 e seguenti. Per un confronto sulle analisi del miracolo economico, da ultimo H.-U. Wehler, *Deutsche Gesellschaftsgeschichte*, cit., vol. 5, p. 48 e seguenti.

<sup>42</sup> J. Kocka, *1945: Neubeginn oder Restauration?*, in C. Stern e H.A. Winkler (a cura di), *Wendepunkte deutscher Geschichte 1848-1990*, quarta edizione, Francoforte, Fischer, 2009, p. 162 e seguenti.

<sup>43</sup> Cfr. R. Badstübner, *Restauration in Westdeutschland 1945-1949*, Berlino Est, Dietz, 1965.

<sup>44</sup> R. Dahrendorf, *Gesellschaft und Demokratie in Deutschland* [1968], Monaco, DTV, 1971, p. 450 e seguente.

<sup>45</sup> Lo riconoscono anche gli storici un tempo attivi nella Repubblica Democratica Tedesca: R. Badstübner, *Zur Entstehung von BRD und DDR*, «Utopie kreativ», 103/104, 1999, p. 94.

<sup>46</sup> Ad esempio R. Steininger, *Deutsche Geschichte*, Francoforte, Fischer, 2002, vol. 3, p. 105. L'impostazione non è condivisa dalla prima generazione di storici del dopoguerra: cfr. K. Sontheimer, *Die Adenauer-Ära*, seconda edizione, Monaco, DTV, 1996, p. 78 e seguenti.

determinata dai teorici dell'economia sociale di mercato. Il sistema di conformazione delle libertà economiche aveva abbandonato i riferimenti espliciti allo Stato forte, formula irrimediabilmente compromessa con il passato. Questi ultimi erano stati infatti sostituiti da retoriche sulla coesione sociale, da ottenere invocando valori premoderni chiamati a contrastare le spinte disgregatrici connesse ai processi di modernizzazione: i medesimi processi che erano ritenuti alla base del miracolo economico. Abbiamo peraltro documentato come, presso i fautori dell'economia sociale di mercato, l'invocazione di un ambiente cooperativo consono alle necessità dell'ordine proprietario non fosse meno capace di produrre una compressione delle libertà politiche. Quell'invocazione valorizzava infatti il ricorso al potere biopolitico, cui del resto alludevano gli stessi ordoliberali che in epoca nazionalsocialista intendevano l'inclusione dell'individuo nell'ordine proprietario come l'esito di prassi educative, e persino di un ricorso alla psicologia di Stato.

Dedichiamoci dunque alle principali modalità con cui la rinata democrazia tedesca ha inteso sostenere i processi di modernizzazione ricomponendo in maniera più o meno forzata i conflitti prodotti dall'avanzare di quei processi: l'introduzione della cosiddetta cogestione dei lavoratori (*Mitbestimmung*) e le misure di contrasto delle concentrazioni di potere economico come principale attentato alla concorrenza perfetta.

La cogestione venne invocata dai socialdemocratici e da ambienti sindacali fin dai tempi di Weimar, i quali volevano realizzare per il suo tramite forme di socializzazione dei mezzi di produzione, peraltro più vicine al modello della sindacalizzazione che a quello della «societizzazione». Forme in parte attuate con l'istituzione di «consigli aziendali» (*Betriebsrat*), organi di rappresentanza dei lavoratori competenti a deliberare su numerosi aspetti del rapporto di lavoro, chiamati nel merito a tenere conto delle necessità della parte datoriale<sup>47</sup>.

Peraltro la cogestione non si limitò a interessare la socialdemocrazia. Essa venne almeno inizialmente favorita dalle forze di occupazione britanniche, anche se per motivi pragmatici e non per tensione ideale. Un certo favore si registrò poi presso i cristiano-democratici, soprattutto nella fase in cui la corrente ordoliberale non aveva ancora spiazzato i fautori del socialismo cristiano, quest'ultimo fautore di varie forme di partecipazione operaia alla vita dell'impresa. Ma anche quando prevalsero i sostenitori dell'economia sociale di mercato la cogestione continuò a interessare i cristiano-democratici, che non esitarono a richiamarla nel programma confezionato per le prime elezioni libere tedesche<sup>48</sup>.

La cogestione dei lavoratori poteva dunque appartenere ai desiderata degli ordoliberali, esattamente come di chi invocava la democrazia economica. Entrambi erano in qualche modo sostenitori di modelli corporativi, o a questo punto neocorporativi, di disciplina della convivenza sociale. Tuttavia, se anche la cogestione in quanto tale era riconducibile a quei modelli, essa poteva assumere struttura e funzioni differenti. I fautori della democrazia economica miravano a una cogestione almeno tendenzialmente paritaria, in cui alla partecipazione dei lavoratori fosse attribuito il medesimo

<sup>47</sup> Ad esempio D. Willoweit, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, terza edizione, Monaco, C.H. Beck, 1997, p. 305 e seguente.

<sup>48</sup> *Düsseldorfer Leitsätze der CDU/CSU über Wirtschaftspolitik, Landwirtschaftspolitik, Sozialpolitik, Wohnungsbau* del 15 luglio 1949.

peso riconosciuto a quella dei datori di lavoro. Essi intendevano poi estendere la cogestione a vicende non solo relative al rapporto di lavoro in senso stretto, e sottolineavano i nessi tra essa e la socializzazione<sup>49</sup>, in particolare quella realizzata in forma di sindacalizzazione<sup>50</sup>.

Evidentemente di tutt'altro segno l'impostazione prevalente nel campo ordoliberal, entro cui si considerava la cogestione una fonte di conflitto sociale, da ammettere solo se ridotta a forme di coinvolgimento dei lavoratori capaci di valorizzare a fini produttivi il «capitale umano»: ovvero di responsabilizzare le maestranze, lasciando nel contempo l'esclusiva iniziativa economica all'imprenditore<sup>51</sup>.

Se così non fosse, dicevano gli ordoliberali, si finirebbe per affossare l'economia di mercato a favore di forme di economia pianificata, esito scontato ove i rappresentanti dei lavoratori avessero influito sulle scelte produttive seguendo le indicazioni provenienti dalle organizzazioni politiche o sindacali di appartenenza. Occorreva al contrario non intaccare la posizione classicamente attribuita all'imprenditore, posizione che lo rende il solo capace di operare assecondando la logica sistemica espressa dal mercato, quindi di tenere comportamenti funzionalizzati dal punto di vista dell'equilibrio e dello sviluppo dell'ordine economico. Ciò «non perché in economia gli imprenditori sono più avveduti dei lavoratori, bensì perché colui che risponde con il proprio patrimonio, che partecipa alle perdite e agli utili ha legami psicologici con il mercato, con le sue necessità e le sue indicazioni, che sono molto più forti di quelli che hanno i lavoratori, i quali percepiscono il giudizio positivo o negativo del mercato solo dopo molto tempo»<sup>52</sup>.

#### **LA DISCIPLINA DELLA COGESTIONE**

Il legislatore tedesco sembrò in un primo tempo orientarsi verso una forma di cogestione compatibile con i propositi dei fautori della democrazia economica. È tuttavia opportuno avvertire che si trattò di un episodio isolato, frutto di una fase in cui il movimento operaio riuscì a condizionare le scelte dell'esecutivo<sup>53</sup>. Ben presto la cogestione avrebbe assunto i connotati di uno strumento volto a produrre cooperazione tra capitale e lavoro, nell'ambito di un sistema saldamente ancorato ai principi dell'economia sociale di mercato, quindi nel solco dei desiderata ordoliberali.

Ma procediamo con ordine. La cogestione interessò innanzi tutto il settore siderurgico, nel quale era stata almeno in parte favorita dalle forze di occupazione, soprattutto britanniche, che la considerarono un modo per assicurare la collaborazione dei lavoratori nell'applicazione delle sanzioni di guerra<sup>54</sup>. Per questo si acconsentì alla partecipa-

<sup>49</sup> Fra i tanti K. Schmid, *Die Legitimität der Verfassung*, cit., p. 3.

<sup>50</sup> Al proposito G. Ritting, voce *Sozialisierung – Theorie*, in *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, Stoccarda, Fischer, 1956, vol. 9, p. 455.

<sup>51</sup> Si veda ora H.G. Nutzinger, *Arbeitsrecht und Mitbestimmung aus institutionenökonomischer Perspektive*, in Idem (a cura di), *Die Entstehung des Arbeitsrechts in Deutschland*, Marburgo, Metropolis, 1998, p. 334.

<sup>52</sup> F. Böhm, *Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht der Arbeiter im Betrieb*, «Ordo», 4, 1951, p. 242.

<sup>53</sup> Ad esempio R. Ptak, *Vom Ordoliberalismus zur Sozialen Marktwirtschaft*, Wiesbaden, Leske + Budrich, 2004, p. 21.

<sup>54</sup> Cfr. R. Steininger, *Deutsche Geschichte*, cit., vol. 2, p. 71 e seguenti.

zione tendenzialmente paritaria dei lavoratori entro il collegio sindacale (*Aufsichtsrat*), prevedendo inoltre che nel consiglio di amministrazione (*Vorstand*) sedesse un «direttore del lavoro» (*Arbeitsdirektor*) in rappresentanza delle maestranze. La soluzione non aveva tuttavia alcun fondamento legislativo, costituendo l'esito di trattative tra le parti coinvolte, senza ricaduta sulla legislazione ordinaria<sup>55</sup>.

Questo ulteriore passo fu compiuto con un provvedimento dei primissimi anni Cinquanta, che l'esecutivo presieduto da Adenauer, in verità contrario alla partecipazione tendenzialmente paritaria, fu, come abbiamo detto, costretto ad adottare<sup>56</sup>, anche per le difficoltà legate al conflitto tra blocchi che condusse alla definitiva divisione della Co-reca. Il provvedimento, che regolava la cogestione nell'industria siderurgica e in quella mineraria (*Montanmitbestimmung*), si applicava a tutte le imprese con più di mille dipendenti. Esso venne integrato dopo qualche anno per ricomprendere nel suo ambito di applicazione anche le holding di imprese attive nel settore: la loro istituzione costituiva una diffusa prassi elusiva, cui ricorse in particolare il Gruppo Mannesmann, giacché serviva per costituire unità produttive con un numero di dipendenti inferiore a quello indicato dalla legge<sup>57</sup>.

Tuttavia, come abbiamo avvertito, l'emanazione di una disciplina della cogestione tendenzialmente paritaria nei settori siderurgico e minerario segnò solo un'apparente vittoria dei fautori della democrazia economica. E ciò anche perché venne di fatto scambiata con la rinuncia a promuovere più ampie riforme nel senso della socializzazione, e dunque con la disponibilità a incentrare le relazioni industriali su vicende limitate, quali i livelli salariali o la qualità dell'ambiente di lavoro: vicende della massima importanza, ma incapaci di ricomprendere lo spettro di temi cui rinvia il concetto di democrazia economica<sup>58</sup>. Il che si spiega anche con la circostanza che il movimento sindacale si era in massima parte raccolto nella Lega sindacale tedesca (*Deutscher Gewerkschaftsbund*), comprendente altresì correnti cattoliche, le quali indussero a rinvenire nella dottrina sociale cattolica uno dei punti di riferimento politico-culturale per individuare le modalità di realizzazione della cogestione<sup>59</sup>.

Si comprendono allora le dinamiche per cui, privilegiando il profilo della cogestione, il sindacato dei lavoratori finì per alimentare una visione delle relazioni industriali come relative al funzionamento dell'ordine proprietario, ovvero per concentrarsi su aspetti concernenti il suo equilibrio e il suo sviluppo, in ultima analisi tutti relativi ai termini della crescita economica come finalità dell'ordine dato. Il che induce a ritenere che la cogestione, se anche non venne inizialmente concepita come alternativa alla democrazia economica, finì per tradursi in qualche cosa di molto diverso da quanto auspicato, o comunque per rappresentare un'argine cooperativo contro visioni più in linea con la valorizzazione dell'attività lavorativa come veicolo di emancipazione.

<sup>55</sup> Per tutti K. Kroeschell, *Rechtsgeschichte Deutschlands*, cit., p. 236 e seguente.

<sup>56</sup> *Montan-Mitbestimmungsgesetz* del 21 maggio 1951.

<sup>57</sup> *Mitbestimmungsergänzungsgesetz* del 7 agosto 1956, significativamente definito *Lex Mannesmann*.

<sup>58</sup> Per tutti D. Willoweit, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, cit., p. 388 e R. Steininger, *Deutsche Geschichte*, cit., vol. 2, p. 73 e seguente.

<sup>59</sup> Ad esempio H. Grebing, *Ideengeschichte des Sozialismus in Deutschland*, in Idem (a cura di), *Geschichte der sozialen Ideen*, seconda edizione, Wiesbaden, Verl. für Sozialwissenschaften, 2005, p. 453 e seguente.

Che questa fosse la direzione intrapresa nella realizzazione della cogestione, lo si poté riscontrare con l'emanazione di un provvedimento, sempre dei primi anni Cinquanta, concernente l'istituzione dei menzionati consigli aziendali in tutte le imprese con più di cinque dipendenti<sup>60</sup>. Il provvedimento venne salutato come rispondente ai desiderata ordoliberali, in quanto non accoglieva il modello della partecipazione almeno tendenzialmente paritaria, e dunque si limitava a favorire la collaborazione di capitale e lavoro, a promuovere «solidarietà d'impresa»<sup>61</sup>. Più in generale, quella disciplina non intaccava i principi tradizionali in tema di iniziativa economica privata e di responsabilità d'impresa, evitando così di insidiare l'equilibrio e lo sviluppo dell'ordine proprietario<sup>62</sup>.

Così facendo, il legislatore repubblicano mostrava per molti aspetti di volersi collocare lungo la linea tracciata in epoca weimariana, valorizzando di quell'esperienza l'impeto cooperativo tipico della disciplina delle relazioni industriali di allora, almeno di quelle cui aveva rinviato un provvedimento relativo proprio all'istituzione di consigli aziendali<sup>63</sup>. L'impeto cooperativo aveva innanzi tutto portato a eliminare la componente del lavoro dal principale organo di governo dell'impresa, il consiglio di amministrazione, recependo in tal modo una precisa indicazione formulata in ambito ordoliberale. La partecipazione dei lavoratori era infatti confinata entro un organo riservato alla loro rappresentanza, il consiglio aziendale appunto, cui si riconosceva il diritto di incidere su alcune scelte concernenti la vita interna dell'impresa (par. 56 e seguenti), prevedendo però che sulla vita esterna il coinvolgimento fosse sostanzialmente limitato all'ipotesi estrema della trasformazione o della cessazione dell'attività (par. 72 e seguenti). Il tutto mentre nessuna disposizione stabiliva un obbligo del datore di lavoro di dar seguito agli accordi conclusi con il consiglio aziendale<sup>64</sup>, e mentre si riduceva a un terzo la componente dei rappresentanti dei lavoratori nel collegio sindacale (par. 76).

Ma non è tutto. L'attività dei consigli aziendali doveva essere ispirata da un forte impeto cooperativo, che privilegiava il profilo della pace sociale finalizzata alla crescita economica dell'intera collettività, identificata con il bene comune per eccellenza. Un bene comune che dunque non veniva ricavato dalla risocializzazione del mercato, essendo la democrazia economica ritenuta incompatibile con il funzionamento del meccanismo concorrenziale. Proprio questo venne esplicitato nelle disposizioni che invitano il consiglio aziendale e i lavoratori a «tralasciare ogni forma di attività politica» (par. 51), a contribuire al successo dell'impresa e alla crescita economica complessiva, e a tralasciare ogni possibile conflitto (par. 49).

Insomma, i rapporti tra capitale e lavoro dovevano e devono essere retti da una sorta di «dovere di operare pacificamente» (*Friedenspflicht*). Un dovere che governava e governa le relazioni industriali nel loro complesso, se non altro con riferimento agli in-

<sup>60</sup> *Betriebsverfassungsgesetz* dell'11 ottobre 1952.

<sup>61</sup> A. Rüstow, *Soziale Marktwirtschaft als Gegenprogramm gegen Kommunismus und Bolschewismus*, in Autori vari, *Wirtschaft ohne Wunder*, Zurigo, Rentsch, 1953, p. 102 e seguente.

<sup>62</sup> Al proposito D. Grosser, *Die Wirklichkeit der Wirtschaftsordnung*, in Idem et al., *Soziale Marktwirtschaft*, seconda edizione, Stoccarda, Kohlhammer, 1990, p. 54.

<sup>63</sup> *Betriebsrätegesetz* del 4 febbraio 1920.

<sup>64</sup> Da ultimo M. Schmoeckel, *Rechtsgeschichte der Wirtschaft*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2008, p. 400.

numerevoli aspetti disciplinati dal contratto collettivo, considerato il fondamento implicito del divieto di ricorrere al conflitto<sup>65</sup>.

### **ECONOMIA SOCIALE DI MERCATO E PRESIDIO DELLA CONCORRENZA**

Se per un verso il dopoguerra tedesco fu caratterizzato da uno sviluppo delle relazioni industriali secondo i desiderata ordoliberali, lo stesso non poteva dirsi per un altro aspetto particolarmente valorizzato dai fautori dell'economia sociale di mercato: il contrasto degli accumuli di potere economico sul versante imprenditoriale. In tale ambito molti sforzi intrapresi durante l'occupazione dagli alleati erano stati ben presto vanificati, come dimostrava in particolare il ritorno alle concentrazioni nei settori siderurgico, minerario, chimico e bancario, dove nei primi anni Cinquanta la formazione di oligopoli aveva assunto le medesime dimensioni del principio dell'epoca weimariana. Questo nonostante proprio l'emanazione di una disciplina volta a presidiare la concorrenza fosse considerata, in particolare dagli statunitensi, un requisito per la piena restituzione della sovranità alla neonata democrazia tedesca<sup>66</sup>.

A una simile disciplina si lavorò fin dalla conclusione degli anni Quaranta, quando si predispose il primo di una lunga serie di progetti, i quali sfociarono in un disegno di legge solo verso la metà degli anni Cinquanta<sup>67</sup>. Quest'ultimo appariva massimamente ispirato al credo ordoliberale, giacché era incentrato sul divieto di ricorrere ai cartelli tra imprese e sul controllo delle concentrazioni e fusioni societarie. Coerentemente, nella relazione di accompagnamento all'articolato, il contrasto delle concentrazioni di potere economico veniva considerato il presidio primo di un'economia di mercato, a sua volta ritenuta il miglior modo di assicurare un alto rendimento delle attività produttive e quindi un cospicuo benessere sociale, inteso come benessere dei consumatori elevati al rango di «conduttori della vita economica». Combattere i cartelli tra imprese conduceva insomma a realizzare «l'ordine del mercato più democratico», il tutto come esito di interventi eteronomi indiretti, ovvero semplicemente volti a prevenirne i fallimenti<sup>68</sup>.

Si realizzava in tal modo la benefica commistione di istanze ordinarie e istanze liberatorie che integrava il fondamento dell'ordoliberalismo prima, e dell'economia sociale di mercato poi: istanze coordinate dal meccanismo concorrenziale piuttosto che dal meccanismo democratico, chiamato a prevenire i conflitti provocati dalla modernizzazione dell'ordine proprietario. In tal senso si sottolineava come reprimere le limitazioni della concorrenza significasse riconoscere che «scopo dell'economia non è solo la fabbricazione di merci, bensì anche promuovere la formazione del membro della comunità»; significasse «attuare il pendant economico della democrazia politica», defi-

<sup>65</sup> Ad esempio BAG, 8 febbraio 1957, in «Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts», 3, 1957, p. 283.

<sup>66</sup> Per tutti D.J. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 270.

<sup>67</sup> Si veda la panoramica di P. Hüttenberger, *Wirtschaftsordnung und Interessenpolitik in der Kartellgesetzgebung der Bundesrepublik 1949-1957*, «Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte», 24, 1976, p. 287 e seguenti.

<sup>68</sup> *Amtliche Begründung zu dem Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen* del 17 febbraio 1954, in G. Brüggemeier, *Entwicklung des Rechts*, cit., p. 412 e seguenti.

nire «una garanzia di libertà economica a cui attribuire il carattere di un diritto fondamentale»<sup>69</sup>.

Se queste furono le premesse per l'emanazione di una disciplina sul contrasto delle limitazioni alla concorrenza, il risultato finale non appare propriamente in linea. Nella seconda metà degli anni Cinquanta si giunse alla Legge contro le limitazioni della concorrenza tuttora vigente<sup>70</sup>, un provvedimento ridimensionato quanto all'ambito di applicazione e all'ispirazione di fondo. Il tutto come esito di pressioni esercitate dall'Associazione degli industriali tedeschi (*Bundesverband der Deutschen Industrie*), che determinarono un cambio di rotta dei cristiano-democratici. Motivo per cui quanto fu possibile salvare dell'originaria impostazione si deve a un'inedita alleanza tra cristiano-democratici vicini al Ministro dell'Economia Erhard ed esponenti dell'opposizione socialdemocratica: in particolare quelli convinti di incrementare per tale via, più che con il capitalismo organizzato, il benessere dei lavoratori considerati nella loro veste di consumatori<sup>71</sup>.

Rispetto all'impostazione originaria non venne intaccata l'idea del consumatore come protagonista del mercato, a ben vedere messa in discussione anche in ambito ordoliberal da chi lo considerava, al contrario, in balia di un sistema produttivo capace di creare «bisogni artificiali»<sup>72</sup>. Prevalse però l'idea che le limitazioni della concorrenza potessero ammettersi se rappresentavano una modalità con cui ottenere la crescita economica, in un numero di casi indubbiamente superiore rispetto a quello cui pure faceva riferimento la riflessione ordoliberal in tema di «monopoli inevitabili», tali in quanto favoriscono l'efficienza produttiva o generano effetti di favore per i consumatori<sup>73</sup>. Si stabilì poi che il presidio del meccanismo concorrenziale concerneva solo in parte i settori caratterizzati dall'intervento statale diretto, come l'agricolo, il bancario, l'energetico e l'assicurativo.

Se non altro la valutazione delle limitazioni della concorrenza era stata concepita in modo tale da prevenire eccessive ingerenze della politica. La Legge definisce infatti un sistema di controllo del mercato e delle sue dinamiche di tipo amministrativo, ma concepito con le modalità e le prerogative di un controllo giudiziale, secondo uno schema non del tutto distante da quello voluto dagli ordoliberali<sup>74</sup>. Il controllo è affidato all'Ufficio federale dei cartelli (*Bundeskartellamt*) (par. 48 e seguenti), un ente istituito presso il Ministero dell'Economia, chiamato a decidere secondo criteri prestabiliti, ovvero non sulla base di valutazioni di opportunità contingenti. Il tutto seguendo regole procedurali molto simili a quelle previste per le corti ordinarie, con pronunce impugnabili dinanzi all'autorità giudiziaria e non a quella amministrativa<sup>75</sup>.

<sup>69</sup> E. Günther, *Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, «Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht», 60, 1958, p. 578. L'autore è stato il primo presidente dell'Ufficio federale dei cartelli.

<sup>70</sup> *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* del 27 luglio 1957.

<sup>71</sup> Cfr. K.W. Nörr, *Die Leiden des Privatrechts*, Tubinga, Mohr Siebeck, 1994, p. 161 e seguente.

<sup>72</sup> K.J. Partsch, *Die verfassungsmässige Sicherung von Wirtschaftsprinzipien*, «Ordo», 6, 1954, p. 31.

<sup>73</sup> Cfr. W. Eucken, *Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung*, «Ordo», 2, 1949, p. 68, e F.A. Lutz, *Bemerkungen zum Monopolproblem*, ivi, 8, 1956, p. 39.

<sup>74</sup> W. Eucken, *Die Wettbewerbsordnung und ihre Verwirklichung*, cit., p. 68.

<sup>75</sup> Da ultimo P. Badura, *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung*, cit., p. 227.



Certo, l'ingerenza della politica non era stata del tutto bandita, giacché il Ministro dell'Economia può consentire comportamenti vietati dall'Ufficio federale dei cartelli qualora sussistano «motivi preponderanti dal punto di vista dell'economia complessiva e del benessere collettivo» (par. 8). Ma il Ministro ebbe modo di chiarire fin da subito la portata di simili motivi, i quali si sarebbero oltretutto invocati con parsimonia, mostrando di volere intervenire solo in presenza di patologie effettivamente capaci di pregiudicare la finalità ultima dell'ordine proprietario eretto a sistema: assicurare il complessivo incremento della ricchezza prodotta. Si conferma dunque che, se di ingerenza politica poteva parlarsi, essa si sviluppava secondo linee non certo estranee ai desiderata ordoliberali<sup>76</sup>.

### **ECONOMIA E POLITICA NELLA DISCIPLINA DEI CARTELLI**

L'occasione per delimitare il controllo di opportunità politica sulle limitazioni al meccanismo della concorrenza venne offerta da una pronuncia ministeriale concernente un accordo tra imprese del settore carbonifero e degli oli combustibili, il primo colpito da una contrazione delle vendite e dunque da sovrapproduzione e disoccupazione. L'accordo concerneva in particolare il livello dei prezzi e intendeva favorire il mercato del carbone, comprimendo fra l'altro quello degli oli combustibili, ovvero ribaltare quanto si stava verificando per effetto di «un'aspra concorrenza». Nel merito si riconobbe che il settore carbonifero era «la principale fonte di sostentamento energetico dell'industria tedesca», e che pertanto «la rapida eliminazione delle difficoltà nella vendita era imposta con urgenza per motivi di politica statale, sociale ed economica generale». Si precisò tuttavia che la sospensione del meccanismo concorrenziale doveva e poteva avvenire solo per un tempo ben delimitato, quello ritenuto necessario a rendere il settore in crisi nuovamente e stabilmente «competitivo»<sup>77</sup>.

Si evidenziano anche in queste affermazioni i termini del delicato equilibrio tra il modo ordolibero di affrontare le limitazioni della concorrenza e la soluzione all'epoca preferita invece dai rappresentanti del mondo industriale, eventualmente in sintonia con i desiderata del mondo del lavoro.

Gli ordoliberali volevano trasformare il mercato in un luogo asettico, entro cui fosse azzerato il potere economico come quello politico, e dunque la possibilità di perseguire strategie diverse da quelle funzionali ad alimentare il meccanismo concorrenziale. Gli operatori economici dovevano cioè reagire in modo automatico agli stimoli provenienti dal sistema nella sua ricerca autoreferenziale di equilibrio e sviluppo: in tal senso esercitavano un diritto di libertà senza tuttavia averne la piena disponibilità<sup>78</sup>. In questa prospettiva il sistema di controllo del mercato non poteva che essere sottratto al potere politico: era questo un punto fermo per gli ordoliberali, non tanto, come testimonia la riflessione sui «monopoli inevitabili», l'affermazione di un divieto assoluto di cartelli. Il potere politico avrebbe altrimenti perseguito finalità incompatibili con le finalità dell'ordine proprietario eretto a sistema, o avrebbe più frequentemente ceduto alle richieste dei gruppi di pressione, come era in particolare la menzionata Associazione degli

<sup>76</sup> Citazioni in G. Brüggemeier, *Entwicklung des Rechts*, cit., p. 285.

<sup>77</sup> Decisione del 17 febbraio 1959, in «Wirtschaft und Wettbewerb», 9, 1959, p. 385 e seguente.

<sup>78</sup> F. Böhm, *Wettbewerbsfreiheit und Kartellfreiheit*, «Ordo», 10, 1958, p. 169.

industriali tedeschi, stigmatizzati dagli ordoliberali in quanto strumento di «rappresentanza politica extraparlamentare»<sup>79</sup>.

Ma passiamo a valutare le limitazioni della concorrenza prese in considerazione dal legislatore del dopoguerra. Un prima ipotesi è quella dei cosiddetti accordi orizzontali tra imprese «relativi a finalità comuni», comprendenti in particolare i cartelli tra imprese, inefficaci se «idonei a influenzare la produzione o le relazioni di mercato» (par. 1 e seguenti). Ci si occupa poi degli accordi verticali, accordi individuali «relativi a merci o prestazioni», nulli, e non semplicemente inefficaci, se comprimono «la libertà di definire i prezzi o le condizioni contrattuali» nei rapporti con i terzi (par. 15 e seguenti). Infine si considerano le limitazioni della concorrenza derivanti da un «abuso di posizione dominante» (*Missbrauch marktbeherrschender Stellung*), ovvero dalla situazione in cui un'impresa opera «senza concorrenti o senza concorrenza sostanziale» (par. 22 e seguenti), oltre ai comportamenti in genere volti a limitare il libero confronto sul mercato o a discriminare gli operatori economici (par. 25 e seguenti)<sup>80</sup>.

Le critiche ordoliberali riguardarono in particolare il sistema delle eccezioni all'inefficacia degli accordi orizzontali, ammessi dal legislatore se concernenti l'applicazione uniforme di «condizioni generali di contratto, di fornitura e di pagamento» (par. 2), gli sconti e le riduzioni del prezzo (par. 3), l'adeguamento della capacità produttiva a «durevoli mutamenti della domanda» (par. 4), la «applicazione uniforme di norme» (par. 5), la «promozione delle esportazioni» (par. 6), le importazioni di beni per i quali «i compratori tedeschi si trovano di fronte a fornitori operanti in una situazione di concorrenza assente o irrilevante» (par. 7). Era soprattutto per l'ampiezza di queste eccezioni, e dunque per la relativa indeterminatezza del divieto di comportamenti limitativi della concorrenza, se dal punto di vista ordoliberale il sistema dei relativi controlli era ritenuto il frutto di un parziale fallimento del legislatore<sup>81</sup>.

Infine, poco in linea con i desiderata ordoliberali era la tradizionale scelta del legislatore tedesco di affidare parte dei controlli sulle limitazioni della concorrenza al diritto della concorrenza sleale (*unlauterer Wettbewerb*)<sup>82</sup>: in particolare a un provvedimento predisposto al principio del Novecento, introdotto da una clausola generale per cui «chi nei rapporti commerciali intraprende azioni rilevanti per la concorrenza contrarie al buon costume, può essere obbligato a cessare tali atti e al risarcimento del danno» (par. 1)<sup>83</sup>.

Questa soluzione difficilmente poteva incontrare il favore di chi pensava al presidio della concorrenza come a una prerogativa posta nell'interesse del sistema piuttosto che dell'operatore economico leso in un suo diritto: alla «garanzia della concorrenza come istituzione» piuttosto che alla «garanzia della libertà del singolo». Quest'ultima

<sup>79</sup> F. Hauenstein, *Die Gründerzeit der Wirtschaftsverbände*, «Ordo», 9, 1957, p. 64.

<sup>80</sup> Ad esempio F. Lanzenberger, *Wettbewerbsbeschränkungen in Vertikalverträgen und durch tatsächliches Verhalten*, «Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht», 60, 1958, p. 593 e seguenti.

<sup>81</sup> Autori vari, *Zur Reform des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen*, in Autori vari, *Wettbewerb als Aufgabe*, Bad Homburg, GwHlen, 1968, p. 12 e seguente.

<sup>82</sup> Si veda la panoramica di W. Fikentscher, *Wirtschaftsrecht*, Monaco, C.H. Beck, 1983, vol. 2, p. 366 e seguenti.

<sup>83</sup> *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* del 7 giugno 1909.

venne invece perseguita dal legislatore di primo Novecento, che non a caso ha inteso affidarla alle corti ordinarie competenti in tema di danno extracontrattuale, escludendo così in linea di principio ciò cui prelude invece l'ispirazione ordoliberal della Legge contro le limitazioni della concorrenza: una conformazione della libertà economica individuale dettata da valutazioni concernenti «gli interessi prevalenti della collettività»<sup>84</sup>.

Nella disciplina dei cartelli si è insomma realizzata quella saldatura tra presidio della concorrenza e costruzione di un ambiente cooperativo indispensabile a prevenire il conflitto sociale, saldatura in cui si delineano i termini della collaborazione ordoliberale tra sfera politica e sfera economica. I termini, cioè, di quanto è stato sintetizzato con l'idea di economia di mercato obbligata socialmente, espressione capace di descrivere al meglio non solo le modalità con cui l'era Adenauer ha sviluppato l'economia sociale di mercato, bensì anche quelle che caratterizzeranno la sua rilettura negli anni della mediazione socialdemocratica.

<sup>84</sup> Così, in termini problematici, F. Koenigs, *Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und das Recht des unlauteren Wettbewerbs unter besonderer Berücksichtigung der Wettbewerbsregeln*, «Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht», 61, 1959, p. 589.