

IL CODICE DEL CAPITALE
Come il diritto crea ricchezza e disuguaglianza
(Katharina Pistor)

1. Perché questo libro ?

Questo libro aiuta a far luce su come nel mondo capitalistico si creano sia la ricchezza che le disuguaglianze. Si tratta di temi d'importanza cruciale non solo perché il persistere ed aggravarsi di enormi livelli di disparità minaccia il tessuto sociale dei sistemi democratici ma anche perché le forme convenzionali di redistribuzione della ricchezza per mezzo delle imposte e dei servizi sociali sono diventate sempre più deboli.

In altre parole il libro fornisce una chiave di interpretazione assai utile per comprendere il capitale e l'economia politica del capitalismo e per arricchire di nuovi importanti elementi, spesso trascurati, e di possibili nuove soluzioni, il dibattito molto attuale su disuguaglianza, democrazia e governo.

Quando ragioniamo sulla ricchezza e sulla sua distribuzione poniamo solitamente attenzione al funzionamento dei sistemi economici, all'efficienza delle istituzioni ed alle capacità della politica di assumere scelte lungimiranti volte a favorire progresso e benessere.

Poiché l'orizzonte in cui si svolgono i nostri ragionamenti è sostanzialmente quello del capitalismo diamo per scontato che la creazione di ricchezza derivi dalle attività imprenditoriali di produzione e di scambio nel mercato di beni e servizi e che la funzione dello Stato riguardi la redistribuzione della ricchezza tramite equi sistemi di tassazione e buoni servizi offerti a tutti i cittadini. Dal diritto, cioè dalle leggi e dalla loro applicazione, ci aspettiamo che garantiscano una corretta applicazione delle norme ed il rispetto delle condizioni sociali e di libertà necessarie ai soggetti economici per creare ricchezza.

La Pistor con il libro 'il codice del capitale' mette radicalmente in discussione questo schema di ragionamento sostenendo con valide argomentazioni e numerosi esempi, che sono proprio le normative che riguardano il capitale e le sue prerogative, cioè il "codice" del capitale che si è venuto strutturando negli ultimi secoli, ad avere un ruolo determinante nel creare ricchezza e disuguaglianze.

Katharina Pistor, il cui vero nome è Edwin B. Parker, è professoressa di Diritto Comparato (Comparative Law) presso la Columbia Law School dove è anche direttrice del Center on Global Legal Transformation. È oggi considerata tra i più autorevoli e influenti studiosi del diritto a livello mondiale.

Trattandosi di un libro scritto da una giurista, che ha nel suo titolo i termini "codice" e "capitale", si potrebbe pensare che si tratti di una raccolta di leggi e di normative, di un codice cioè simile ad altri codici giuridici (codice penale, codice civile, codice degli appalti, codice dello sport, ecc.) che hanno lo scopo di accorpate e sistematizzare una certa materia giuridica al fine di semplificare il compito degli interpreti e degli operatori del diritto. E' quindi importante chiarire subito che non sono questi il contenuto e lo scopo del libro.

Il 'codice del capitale' non è infatti un libro rivolto ai giuristi che si occupano di controversie su temi economici connessi con il capitale, ma a quelle persone che sono interessate ad analizzare la natura del capitale correlandola in modo nuovo al dibattito attuale su disuguaglianze, democrazia, governo.

Le argomentazioni e la documentazione proposti nel libro consentono di rendersi conto di quanto la normativa giuridica che riguarda in particolare il diritto commerciale, patrimoniale, delle garanzie, fiduciario, societario e fallimentare sia importante per comprendere l'economia politica del capitalismo ed i problemi riguardanti la democrazia e le disuguaglianze ad essa connessi.

Sono quindi le leggi degli stati a favorire il capitale ? Sono i partiti politici che hanno tradito i cittadini per favorire pochi capitalisti ?

Nel libro "il codice del Capitale" Katharina Pistor dimostra che non sono gli stati con i loro organismi legislativi ed esecutivi, ma gli studi legali che hanno consentito e consentono al capitale di automoltiplicarsi e di generare ricchezza.

Gli strumenti che gli studi legali utilizzano per 'creare' capitale sono le norme presenti in leggi diverse a livello nazionale ed internazionale, combinandole tra di loro in modo sapiente per 'costruire' normative giuridiche che attribuiscono a certi beni, più che ad altri, gli attributi di priorità, universalità, durevolezza e convertibilità, che li qualificano come 'capitale', cioè come beni capaci di creare ricchezza per chi li possiede.

La 'colpa' degli stati è quella di tollerare, e quindi avallare, le normative giuridiche via via costruite dagli studi legali.

I tribunali sono gli strumenti coercitivi usati dagli studi legali per far valere 'erga omnes' le normative da loro costruite in modo pienamente 'legale' e che quindi i tribunali sono chiamati a far rispettare.

Vedremo nel seguito in cosa consistono e perché sono così importanti gli attributi giuridici riguardanti priorità, universalità, durevolezza e convertibilità. Per ora ci basti evidenziare che si tratta degli stessi attributi utilizzati per codificare le ABS (Asset-Backed Security) ed i loro derivati che sono stati al centro dell'ascesa della finanza negli ultimi decenni.

La capacità di adattare a una serie sempre diversa di risorse il diritto commerciale, patrimoniale, delle garanzie, fiduciario, societario e fallimentare e di sfruttare per i loro scopi gli spazi offerti dalle normative e dalle differenze tra le leggi dei vari stati rende gli studi legali i veri signori del codice del capitale. Per questo la Pistor ripete in continuazione nel libro, come un mantra, che "*i detentori di capitale, con i migliori avvocati al loro servizio, possono perseguire i propri interessi con ben pochi limiti*".

Le leggi determinano diritti e doveri di tutti i cittadini in quanto espressione della volontà e del potere normativo degli stati. L'opinione pubblica riconosce quindi come espressione degli stati tutte le normative che possono essere impugnate nei tribunali dalle parti per far valere le proprie ragioni e non si accorge di quel lavoro fondamentale di interpretazione e 'manipolazione legale' delle leggi a vantaggio di pochi svolto da avvocati e studi legali.

Il ruolo degli studi legali è così importante, in particolare perché il diritto nel cui ambito è nato il capitalismo e che ne ha regolato l'evoluzione, è quello sviluppato in Gran Bretagna e negli Stati Uniti che si fonda sui principi della common law di origine britannica e non su quelli della civil law di origine romana.

Per common law si intende un modello di ordinamento giuridico basato sui precedenti giurisprudenziali più che su leggi e altri atti normativi di organi politici, come invece avviene nei sistemi di civil law, derivanti dal diritto romano.

I principi della common law sono determinanti sull'insieme delle norme del diritto degli Stati Uniti e quindi del mondo capitalista, poiché molte cause hanno per oggetto il significato di una legge o di un regolamento federale e le interpretazioni giurisprudenziali sul punto "creano il diritto" secondo i principi dello stare decisis.

Lo stare decisis (in latino: "rimanere su quanto deciso") è un principio generale in forza del quale il giudice è obbligato a conformarsi alla decisione adottata in una precedente sentenza, nel caso in cui la fattispecie portata al suo esame sia identica a quella già trattata nel caso in essa deciso. Anche nei sistemi civil law lo stare decisis ha un peso molto significativo, pur non essendo vincolante.

Grazie ai principi della common law ed allo stare decisis i precedenti desunti dalle sentenze anteriori operano come fonte di diritto e, a tutt'oggi, la maggior parte delle norme che riguardano il capitale è prodotta proprio tramite questa fonte. Ecco perché sono gli avvocati e gli studi legali, più che non i politici a forgiare le norme che formano il 'codice genetico' del capitale, ne regolano l'evoluzione e gli forniscono gli strumenti necessari per la sua riproduzione ed espansione. Sono gli

studi legali e non i parlamenti che rendono possibile la trasformazione in capitale di sempre nuovi beni materiali ed immateriali e che in certi casi creano addirittura capitale ‘dal nulla’ cioè partendo da beni immateriali inventati ad hoc proprio a questo scopo, per cui risorse altrimenti senza valore divengono capitale e, come documenta in modo puntuale e assai ampio la lucida ricerca della Pistor, arricchiscono ulteriormente chi, grazie alla sua ricchezza, può avvalersi dei servizi dei migliori studi legali.

Per comprendere le argomentazioni presenti nel libro sono utili alcune considerazioni sui concetti di Capitale e Capitalismo.

2. Cos'è il Capitale ?

Usiamo costantemente i termini ‘capitale’ e ‘capitalismo’, ma cosa significhino in realtà non è così chiaro. Per qualcuno il Capitale è denaro o comunque ‘roba concreta’ come un appezzamento di terra, un macchinario, un edificio, per altri è uno dei due fattori della produzione (capitale e lavoro), per altri ancora è solo una variabile contabile.

I concetti di capitale e capitalismo sono così indefiniti perché nel corso del tempo l’aspetto esteriore del capitale è cambiato drasticamente, così come i rapporti sociali alla sua base, ed è anche molto cambiato il sistema economico (il capitalismo) che si fonda appunto sul capitale.

Una volta era ricco chi possedeva determinati beni come terra o denaro, oggi è ricco e può generare nuova ricchezza chi possiede ‘capitale’.

Per Katharina Pistor il capitale non è denaro, e non è legato a un periodo specifico di tempo, a un regime politico o allo scontro tra proletariato e borghesia, poiché non esiste in natura e non è frutto dei processi di produzione e di mercato, ma è ‘istituito’ (creato) nelle normative che ne definiscono le proprietà, che cioè, per dirla con un termine giuridico, lo ‘codificano’.

Per questo il capitale non è identificabile con nessuno degli ‘asset’ (denaro, beni materiali o immateriali) in cui prende di volta in volta forma.

Nella loro nuda sostanza gli ‘asset’ non sono altro che un pezzo di terra, un edificio, la promessa di ricevere un pagamento futuro, l’idea di un nuovo farmaco, una stringa di codice digitale, la capacità di svolgere un determinato lavoro, la forza fisica, ecc.

Ogni asset diviene ‘capitale’ quando grazie ad un insieme di norme che lo riguardano subisce una sorta di manipolazione genetica. Gli asset oggetto di questo processo seguitano ad esistere come tali ma il loro DNA viene arricchito con ‘molecole’ di tipo giuridico che conferiscono loro una nuova proprietà: quella di generare ricchezza capace di automoltiplicarsi anche al di fuori dei processi di produzione e di mercato.

Un esempio può aiutare a capire meglio. I terreni sono stati tra i primi beni ad aver subito il processo di ‘arricchimento’ genetico che ha conferito loro la proprietà di essere capitale. Questo significa che un terreno seguita a consentire di produrre valore per le sue caratteristiche specifiche (fertilità, posizione geografica, ecc.) ma da quando possiede anche le proprietà che lo rendono ‘capitale’ può produrre valore indipendentemente dalla sua natura di terreno potendo fare per questo riferimento alle stesse modalità di creare ricchezza di cui godono tutti gli altri ‘asset’ materiali ed immateriali che sono nel tempo stati arricchiti degli ‘attributi giuridici’ che li hanno resi ‘capitale’.

Il capitale può quindi essere definito come un OGM (organismo geneticamente modificato) essendo il risultato dell’intervento di norme giuridiche create dall’uomo sul ‘DNA’ di beni reali o virtuali. Il capitale gode infatti di capacità di creare ricchezza indipendentemente dal tipo di “asset” (bene materiale, immateriale, reale o fittizio) utilizzato come base per generarlo.

In sintesi il capitale è una qualità giuridica che contribuisce a creare ed a proteggere la ricchezza.

Nel libro viene mostrato come i principali attributi legali vengono associati alle risorse, e come le più importanti istituzioni legali, i moduli dei codici, abbiano operato negli ultimi due secoli per creare l’OGM (organismo geneticamente modificato) che chiamiamo capitale.

Una volta riconosciuto che il capitale deve la propria capacità di creare ricchezza alla sua codifica giuridica, possiamo comprendere come in linea teorica ogni risorsa possa divenire capitale. Il volto mutevole del capitalismo, compresa la recente svolta verso la finanziarizzazione, può essere spiegato con la migrazione delle vecchie tecniche di codifica da risorse reali come i terreni a quelle che gli economisti chiamano “finzioni legali”: risorse protette da veli societari o da cartelli e beni immateriali creati dalla legge.

3. Il processo di creazione del capitale

La manipolazione del DNA degli “asset” per conferire loro la proprietà di essere capitale avviene in due fasi.

La prima è quella a cui fanno riferimento gli economisti classici, analizzata e messa bene in evidenza da Marx, che consiste nella “mercificazione” delle risorse. Riguarda i beni e le risorse dotate di un proprio valore d’uso. E’ una fase che avviene nei processi fisici di produzione e di consumo, e che è la base del funzionamento del tradizionale mercato capitalistico. In questa fase al valore d’uso di un bene viene sostituito il suo valore di scambio.

La seconda fase è fondamentale, ma anche sostanzialmente ignorata dagli economisti, poiché avviene fuori dal mercato, in ambito giuridico. Questa fase consiste nell’assegnazione ad ogni risorsa (dotata o meno di valore d’uso) che si intende trasformare in capitale di quattro attributi giuridici che le conferiscono rispettivamente le proprietà della priorità, dell’universalità della durevolezza e della convertibilità. Questa ‘manipolazione genetica’ che conferisce a certi ‘asset’ le proprietà che li rendono più adatti di altri a creare ricchezza duratura, cioè capitale, prende forma, come già detto, negli studi legali ed è sancita dai tribunali. Si avvale in modo specifico delle normative riguardanti i contratti, le garanzie, i trust, il diritto societario e fallimentare (diritto commerciale, patrimoniale, delle garanzie, fiduciario societario e fallimentare).

Il significato e l’importanza di questa seconda fase sono chiariti dalla Pistor sin dal capitolo 1 del libro (...) con le seguenti parole: *“Le risorse codificate sono cambiate col tempo e continueranno a farlo. In passato, terre, imprese, debiti e competenze sono stati codificati come capitale, e come intuibile da questa lista, la natura di tali risorse è cambiata strada facendo. La terra offre cibo e riparo anche senza codifica legale, ma gli strumenti d’impresa e i diritti di proprietà esistono solo per legge, e le risorse digitali esistono solo nel codice binario, nel quale il codice stesso è la risorsa. Gli strumenti legali utilizzati per codificare ognuna di queste risorse sono rimasti però costanti nel tempo. I più importanti sono il diritto patrimoniale, delle garanzie legali, societario e fallimentare. Sono i moduli attraverso i quali il capitale viene codificato e che conferiscono alle risorse attributi importanti di priorità, universalità, durevolezza e convertibilità privilegiandone i detentori”*.

Una risorsa, una volta codificata legalmente come capitale, può generare ricchezza per chi la detiene. La codifica giuridica del capitale è un processo ingegnoso senza il quale il mondo non sarebbe mai arrivato ai livelli di ricchezza attuali, eppure il processo in sé è in genere assai poco considerato.

Il capitalismo si è rivelato essere qualche cosa di più del semplice scambio di beni in un’economia di mercato: è un’economia di mercato nella quale alcune risorse sono drogate o addirittura create dall’interpretazione e dall’uso combinato delle diverse leggi e normative.

Più il capitale, cioè le risorse idonee a generare ricchezza e non solo benessere temporaneo, è distribuito in modo irregolare più ci sarà bisogno di poter garantire in modo coercitivo i privilegi di chi lo possiede, ricorrendo ai tribunali e cioè al potere degli stati. E’ per questo che stati e capitalismo sono inseparabili. Questo è molto importante perché scegliere alcune risorse e dar loro attributi legali di priorità, durevolezza, universalità e convertibilità equivale a controllare la distribuzione della ricchezza nella società. Gli studi legali lo possono fare solo se possono contare su tribunali con l’autorità necessaria per rendere effettivi questi attributi.

Quest'ottica contraddice la classica argomentazione secondo la quale le economie capitaliste vengono definite da liberi mercati che allocano risorse limitate in modo tanto più efficiente quanto meno gli stati interferiscono con essi.

La globalizzazione del capitalismo non confuta in alcun modo il fatto che il potere di ciascuno stato sia cruciale per l'esistenza del capitalismo.

Il fatto che sia la codifica giuridica a determinare il valore delle risorse e pertanto a creare la ricchezza e la sua distribuzione è evidente quando si tratta di risorse finanziarie e di diritti di proprietà intellettuale che non esistono al di fuori della legge. Katharina Pistor dimostra che questo è vero anche per risorse più tradizionali come la terra o per quelle risorse che riunite insieme costituiscono un'impresa.

Il grimaldello utilizzato dagli studi legali per trasformare asset di diverso tipo in capitale è la valorizzazione dei diritti individuali presenti nelle leggi rispetto a quelli della collettività, pure presenti nella legislazione.

Alla base della trasformazione della terra in capitale è ad esempio stata la capacità di far prevalere il riconoscimento dei diritti di proprietà individuale rispetto al preesistente diritto di uso collettivo della terra. A questo tema è dedicato il capitolo 2 del libro.

Partendo dalla legislazione riguardante il principio del libero arbitrio come criterio fondamentale per salvaguardare la libertà degli individui, abili studi legali hanno portato a poco a poco a riconoscere che azioni che di fatto contrastano con l'interesse collettivo devono essere accettate perché i diritti della persona sono prevalenti rispetto a quelli della collettività. Questo concetto è sviluppato ed ampiamente esemplificato nei diversi capitoli del libro che si occupano dei principali asset in cui si materializza il capitale.

4. Gli attributi che trasformano le risorse in capitale

Come già detto una risorsa acquista la proprietà di essere capitale quando acquisisce una 'codifica legale' che consente a chi la possiede di disporne avvalendosi di diritti di:

- **PRIORITÀ** che gerarchizza le rivendicazioni sulle risorse stesse,
- **DUREVOLEZZA** che estende i diritti di priorità nel tempo,
- **UNIVERSALITÀ** che estende i diritti di priorità nello spazio,
- **CONVERTIBILITÀ** che opera come dispositivo assicurativo e permette ai detentori di risorse di convertirle in qualsiasi momento e senza dover trovare compratori disposti ad acquistarle, in moneta pubblica, proteggendone il valore nominale.

Fino a che le cose vanno bene l'assegnazione di questi diritti rispetto a determinate risorse, come pure la distinzione tra risorse naturali e capitale, può apparire irrilevante. Diventa invece di importanza determinante quando si creano situazioni di difficoltà e/o di insolvenza.

Esaminiamo più in dettaglio ciascuno di questi diritti che trasformano le risorse naturali in capitale.

I diritti di **priorità** sono come un asso quando si gioca a carte: consentono di avere un privilegio sui titoli più deboli.

Tra i diritti di priorità sono fondamentali quelli di proprietà perché consentono di avere la priorità assoluta e la piena disponibilità delle risorse che si possiedono anche se queste sono date provvisoriamente in uso ad altri soggetti. Si tratta di un diritto che nella sua portata attuale è relativamente recente. In passato non esistevano ad esempio diritti di proprietà riguardanti le idee che, quando venivano espresse divenivano un bene collettivo. Anche i diritti derivanti dal possesso di beni fondamentali come la terra erano molto più limitati di quanto non siano ora. Nel sistema feudale la terra non era acquistabile e liberamente alienabile, ma veniva assegnata, con diritti e doveri connessi, ai feudatari e ad altri notabili come premio per servizi resi al Re sul piano politico e/o militare.

Il capitolo 2 dal titolo "La codifica della terra" illustra in modo molto chiaro il processo con cui la terra è stata 'codificata' come capitale.

Lo storico del diritto Bernard Rudden ha colto il ruolo chiave della ‘codifica legale’ nella creazione di risorse in grado di conferire ricchezza e potere ai loro detentori affermando che i diritti sulla proprietà privata della terra sono stati creati dagli avvocati dell’epoca, avvalendosi dei principi della common law: “*da e per le classi dominanti in un’epoca nella quale al centro del loro capitale c’era la terra. Oggi la grande ricchezza risiede invece in stock, quote, bond e similari, e non solo è in grado di muoversi, ma è irrefrenabile, e attraversa gli oceani solo sfiorando una tastiera alla ricerca di un’utopia fiscale. [...] In termini di tecnica e teoria legale, c’è stata un’evoluzione profonda, per quanto poco dibattuta, che ha separato i concetti ideati per la proprietà reale dal loro oggetto iniziale e ha consentito loro di sopravvivere e prosperare come mezzi di gestione di un valore astratto. Il sistema feudale è ancora con noi, ma il suo habitat non è più la terra, bensì la ricchezza*” (B. Rudden, “*Things as Things and Things as Wealth*”, *Oxford Journal of Legal Studies* 14, n. 1 (1994), pp. 81-97)

Secondo molti opinionisti, l’avvento dei diritti di proprietà individuale, considerato una fondamentale restrizione al potere statale, è stato il motivo principale dell’ascesa dell’Occidente. Sarebbe però più corretto attribuirlo alla volontà dello stato di rendere legge la codifica privata delle risorse, e non solo dei diritti di proprietà in senso stretto, ma anche di altri privilegi legali che conferiscono a una risorsa priorità, durevolezza, universalità e convertibilità. Il fatto che il capitale sia interconnesso al potere statale e da esso dipendente viene spesso trascurato nei dibattiti sulle economie di mercato.

Oltre al diritto di proprietà l’attributo della priorità è assicurato dalle garanzie legali. Avere diritti di priorità è cruciale per un creditore quando un debitore va in bancarotta e tutti i creditori si accalcano sulle sue risorse. Chi ha in mano un’ipoteca o una promessa di pagamento non potrà reclamare il possesso del bene ma di sicuro avrà diritto di farlo più dei creditori senza una simile protezione.

La durevolezza estende nel tempo le rivendicazioni di priorità ed in primo luogo il diritto di proprietà anche a scapito di altri diritti di priorità. Proprio a causa infatti dei diritti di priorità assegnati a determinate risorse come la terra, senza ulteriori tutele giuridiche in caso di default, i debitori rischiano di dover cedere le proprie risorse ai creditori. I libri di storia sono pieni di casi di debitori che hanno perso non solo l’argenteria di famiglia ma anche la camicia per colpa di calamità naturali e forti rovesci economici. I detentori di risorse che desiderano disporre come di una ricchezza duratura (capitale) vanno pertanto in cerca non solo della priorità ma anche della durevolezza.

Il diritto alla durevolezza è però, come già detto, per certi aspetti in contrasto con quello alla priorità che conferisce ai creditori diritti sui beni dei debitori. Le principali soluzioni a questi conflitti tra diritti di priorità e durevolezza, sono state trovate nelle normative riguardanti i trust e le imprese. Noi esseri umani non siamo per natura durevoli all’infinito per cui non possiamo possedere diritti di durevolezza per tempi illimitati sulle risorse che possediamo. Per questo i diritti di durevolezza non sono conferiti a persone fisiche ma ad “enti legali”: le società di capitali. Gli enti legali possono avere una durata indefinita e possono quindi operare senza limiti di tempo incubando ricchezza (capitale) per una serie sempre diversa di proprietari e azionisti.

Ciò che caratterizza una società di capitali è il fatto di avere una propria *personalità giuridica* che la rende un soggetto giuridico distinto dalle persone dei soci e le conferisce *autonomia patrimoniale perfetta*. È quindi la società, e non il singolo socio, ad essere titolare dei diritti e degli obblighi che nascono dallo svolgimento dell’attività. Pertanto, risulta essere la società, e non i soci, a rispondere con i propri beni nei confronti di terzi.

Grazie alla loro capacità di difendere le proprie risorse da tutti, tranne che dai creditori diretti della società, e perfino dai propri ‘soci’ ed azionisti, le società di capitali sono diventate simboli del capitalismo e tra queste in particolare le Corporation che sono società di capitali a carattere multinazionale.

Il capitolo 3 del libro, che tratta della clonazione delle persone giuridiche, illustra in modo molto chiaro i meccanismi con i quali le società possono dare durevolezza ed accrescere in modo

esponenziale il loro capitale creando costellazioni di società satelliti a cui accollare i debiti verso terzi.

In questo capitolo la Pistor sviluppa in particolare una ‘autopsia istituzionale’ della società Lehman Brothers. Il suo fallimento ha infatti trasformato lo spettro di una crisi dei mercati in un attacco cardiaco in piena regola, offrendoci una grande occasione per sezionare la struttura giuridica dell’azienda e capire come questa ha contribuito alla sua ascesa e al suo crollo.

Anche le cooperative sono società di capitali che hanno come finalità quella di conservare il capitale di cui dispongono (conferirgli durevolezza) a favore delle generazioni future di soci. Si distinguono però formalmente da altre società di capitali come le società per azioni perché le loro finalità e le regole che ne definiscono il funzionamento dovrebbero renderle società che mettono il capitale al servizio delle persone, ponendo in prima fila i valori del lavoro, della mutualità e della solidarietà. Questo però avviene purtroppo solo in parte perché esistono artifici legali che possono rendere nei fatti le società cooperative molto simili alle altre società di capitale, trasformandole addirittura da società che mettono al primo posto le persone in società che meglio di altre si prestano allo sfruttamento di chi vi lavora. Si tratta di un tema assai importante da considerare con attenzione per ricondurre e valorizzare lo strumento cooperativo alle sue originali finalità, su cui fondare un nuovo paradigma di sviluppo economico capace di porre al centro il lavoro invece che il capitale.

L’universalità non solo assicura a determinati beni priorità e durevolezza ma anche che tali diritti siano esercitabili ovunque e verso tutti. L’universalità rivela un elemento fondamentale della natura del capitale e del suo rapporto con il potere statale. Un semplice accordo tra due parti può influenzare i contraenti ma non può vincolare gli altri. E’ necessaria una terza parte molto potente, cioè uno stato e degli accordi internazionali tra stati, per estendere a tutti la validità dei diritti di priorità e durevolezza. Oggi i capitalisti possono scegliere gli stati che danno loro più garanzie e fare poi valere i loro diritti erga omnes. Questo tema è trattato in particolare nel capitolo 6 dal titolo “un codice per il mondo”

La convertibilità dona a chi detiene la proprietà di una risorsa (o anche altri diritti di priorità sulla stessa) la garanzia esplicita o implicita di poterla trasformare in valuta corrente senza la necessità di trovare compratori a cui cedere i propri diritti sulla risorsa stessa.

Chi possiede ad esempio un terreno lo può trasformare in capitale vivo da investire per produrre nuova ricchezza, ipotecandolo, affittandolo ecc. e quindi mantenendone la proprietà. Anche chi possiede idee le può trasformare in capitale semplicemente consentendone ad altri l’utilizzo. Gli esempi riguardanti la convertibilità in capitale vivo di beni materiali ed immateriali, senza doverli alienare, si possono facilmente moltiplicare. Le obbligazioni di debito, ad esempio, in passato dovevano essere onorate dalle parti contraenti originali oggi invece, poiché a quelle obbligazioni è stato assegnato l’attributo della convertibilità, possono essere liberamente trasferite e convertite in valuta corrente.

Il tema della convertibilità è trattato in particolare nel capitolo 4 del libro dal titolo “la creazione del debito” che si apre con queste parole “*Se c’è una risorsa che definisce il capitalismo, è il debito: non qualunque debito, ma soltanto il debito che può essere facilmente trasferito da un investitore a un altro, e preferibilmente il debito convertibile in valuta corrente in qualunque momento su richiesta di chi lo detiene: i creditori*”

La convertibilità aggiunge un’ulteriore dimensione al semplice diritto di trasferire (o assegnare) le obbligazioni legali di debito, ecc. poiché offre a chi le detiene (creditori, ecc.), accesso alla moneta pubblica, la sola risorsa che può conservare il suo valore nominale anche quando i crediti non risultano esigibili. Il motivo è che quando uno stato emette valuta corrente, la sostiene col suo potere coercitivo, compreso il potere di imporre unilateralmente un debito agli altri, ed in primo luogo ai propri cittadini.

Per le risorse finanziarie la convertibilità è più importante della durevolezza che può in effetti sostituire. Consente infatti a chi detiene tali risorse di incassare guadagni passati anche in fasi nelle quali gli altri hanno smesso di assegnare loro valore. In passato i principali strumenti utilizzati per

“convertire” in denaro proprie risorse senza porle sul mercato erano le ipoteche, oggi la parte del leone la fanno i titoli finanziari che si fondano su beni reali come il successo di una impresa, una proprietà terriera, ma anche su idee ed addirittura debiti a rischio di insolvenza che possono essere ‘cartolarizzati’ e venduti.

Le operazioni di cartolarizzazione consistono - in sintesi - nella vendita di beni immateriali quali ad esempio idee, crediti più o meno esigibili, ecc. ad una società che, per pagarne il prezzo di acquisto, emette dei titoli obbligazionari e quindi trasforma in 'carta', cioè in un oggetto fisico (i titoli), beni immateriali. Da qui il nome di “cartolarizzazione” che contraddistingue queste operazioni. In realtà la cartolarizzazione avviene trasformando beni immateriali in file digitali e non in carta, cioè in beni altrettanto immateriali di quelli originari, ma trattabili come beni ‘reali’.

L’impatto della digitalizzazione dei nostri rapporti sociali ed economici sul codice del capitale, come su tutti gli aspetti della nostra vita, viene analizzato nel capitolo 8 dal titolo “ Un nuovo codice ? ”

Il capitolo inizia rilevando che la legge è codice, ma che però è anche vero che “il codice è legge”, come ha suggerito Lawrence Lessig circa vent’anni fa. Stiamo assistendo al rapido passaggio al digitale della vita sociale, politica ed economica. Il codice digitale si sta dunque sostituendo a quello giuridico spodestando gli studi legali che ne sono i signori ?

Cresce il timore che il sistema prevalente per regolare complessi rapporti sociali ed economici presto non sarà più la legge, ma il codice digitale. Gli avvocati, che come signori del codice sono stati al centro della scena, potrebbero dover fare largo ai “codificatori digitali” che sono già all’opera digitalizzando contratti, aziende, denaro e conoscenza. Naturalmente i signori del codice potrebbero imparare a codificare anche in modo digitale, e alcuni di loro sono già sulla buona strada.

È tutto da vedere se il codice digitale potrà rimpiazzare la legge, se potrà operare senza appoggiarsi a essa come ritengono molti codificatori digitali, e se i signori del codice si arrenderanno cedendo il proprio ruolo di codificatori del capitale. Forse il codice legale continuerà a prevalere, e con l’aiuto degli avvocati e delle istituzioni ‘storiche’ metterà dei limiti ai codificatori digitali. In questo capitolo la Pistor descrive il campo di battaglia tra codice legale e digitale, prendendo in esame le versioni digitali dei moduli legali del codice per i contratti smart, i diritti di proprietà digitale, le aziende digitali e, naturalmente, il denaro digitale.

Come nel mondo reale, anche in quello digitale ci sono utopisti e realisti. Uno degli aspetti del codice digitale che affascina di più gli utopisti è il fatto che possa essere pensato come un sistema di governo decentralizzato che metterà ogni aspetto della vita nelle mani degli individui. Utilizzare un sistema digitale invece della legge per codificare doveri e rapporti sociali non è però sinonimo di decentralizzazione. Al contrario, la riproducibilità dei codici digitali consente a pochi super-codificatori di decidere le regole del gioco per tutti gli altri, anche se però alcuni progressi nel mondo della tecnologia digitale hanno permesso di creare una governance decentralizzata. L’esempio più importante è la tecnologia blockchain. Una blockchain¹ è un libro mastro inalterabile che contiene la storia completa di tutti i cambiamenti nelle transazioni che avvengono su di essa.

Si può solo scrivere su una blockchain, ma non può essere modificata. I contratti smart, non consentendo alle parti di fare marcia indietro dagli impegni già presi, creano un vincolo più forte di quello dei contratti legali. Di conseguenza, non ci sarà più bisogno del potere o della legge dello stato e il mondo diventerà finalmente piatto come da tempo lo immaginano molti economisti ? Quando il codice digitale sostituisce il codice legale, gli impegni che prendiamo l’uno con l’altro diventano preconfigurati, e persino i soggetti più potenti non possono evitare di sottostarvi. Potremmo essere arrivati al momento del declino dello stato e delle sue leggi, ma non come Marx, e più di lui Engels, e i loro seguaci potevano aver immaginato.

1 Per una buona introduzione al funzionamento di blockchain, si veda P. De Filippi e A. Wright, Blockchain and the Law, Harvard University Press, Cambridge-Londra, 2018, specialmente il capitolo introduttivo.

5. Le valutazioni con cui la Pistor conclude la sua analisi

“Il capitale impera secondo la legge” è il titolo dell’ultimo capitolo del libro nel quale la Pistor analizza le possibili alternative ad una ‘codificazione del capitale’ svolta dagli studi legali a favore della parte della popolazione più ricca, in modo autonomo dal volere degli stati e senza curarsi in alcun modo del volere e degli interessi della gran parte della popolazione.

E’ un tema di grande importanza perché la capacità, che negli ultimi secoli hanno consolidato gli studi legali, di codificare in modo autonomo il capitale porta di fatto allo svuotamento del potere degli stati di creare giustizia sociale e di combattere realmente le diseguaglianze.

Il punto di partenza delle valutazioni finali della Pistor è una sintesi di quanto sostenuto nel libro:

“La legge è la stoffa dalla quale viene ricavato il capitale; assegna a chi ne detiene gli asset il diritto all’uso esclusivo e alle rendite che ne scaturiranno; consente al capitale di non imperare grazie alla forza, ma secondo il diritto. Su quella stoffa vengono intessuti il diritto privato, dei contratti, della proprietà, il diritto fiduciario, societario e fallimentare, i moduli del codice del capitale. Il capitale è tanto vitale e capace di trasformarsi (dalla terra alle aziende, ai debiti, alle idee) perché sono gli agenti privati e non pubblici a codificarlo tramite la legge. Il motore principale che ha spinto a adattare i moduli del codice a nuovi asset sono stati i detentori di risorse in cerca di maggiori ricavi, che però hanno sempre avuto bisogno di avvocati per farlo. Detentori di asset e avvocati non hanno ‘rubato’ il codice, e certo non è stato servito loro su un piatto d’argento. Hanno sfruttato da un lato l’indeterminatezza e la duttilità del diritto privato, e dall’altro il vantaggio che il diritto procedurale dà a chi fa la prima mossa”

La formulazione di ipotesi riguardanti le possibilità di modificare questo stato di fatto, parte da quanto enunciato nell’ultima frase della citazione che precede e cioè dall’analisi del significato e delle conseguenze delle caratteristiche di indeterminatezza e duttilità del diritto privato e del perché il diritto procedurale offre un significativo vantaggio ai soggetti che fanno la prima mossa intentando cause volte ad applicare le leggi a nuovi contesti o ad ampliare la casistica di ciò che ciascuna norma consente o non consente di fare.

L’indeterminatezza e la conseguente duttilità del diritto privato sono praticamente impossibili da eliminare. Anche le leggi meglio formulate sono per loro natura incomplete, perché non è possibile prevedere tutte le possibilità future. Cercare di rendere conto di ogni possibile evento che possa rendere problematica l’applicazione di una norma e includerlo nella norma stessa sarebbe infatti un’impresa disperata. Lo stesso vale per i contratti stipulati tra due contraenti che sono molto più semplici delle leggi ma non per questo possono sfuggire ad aspetti di incompletezza e indeterminatezza per cui non a caso tutti i contratti fanno riferimento a meccanismi di arbitrato per risolvere eventuali controversie di interpretazione.

L’incompletezza insita nella legge la rende duttile perché consente alla creatività degli avvocati di modificare di fatto le norme facendo in modo che determinate norme vengano applicate a nuovi contesti o ampliando la casistica di ciò che una norma consente o non consente di fare. In questo modo è possibile agli studi legali adattare gradualmente i moduli del codice ad asset per i quali non erano stati assolutamente pensati, o di riconfigurare asset preesistenti per aggirare norme scomode per i possessori di questi asset.

Si tratta di processi lenti e gradualisti, che è assai difficile agli stati arginare per motivi che la Pistor analizza prendendo in considerazione i rapporti tra stati e capitale. La Pistor inquadra il tema con le seguenti parole: “... quando Adam Smith ipotizzò la presenza di una mano invisibile, il capitale era prevalentemente stanziale. Si spingeva all’estero, ma tornava sempre a casa per sfruttare le istituzioni locali. Di conseguenza, chi deteneva le risorse finiva per condividere parte dei propri guadagni con la madrepatria. Il capitale di oggi invece è di tipo itinerante. Non ha una casa (materiale) e nemmeno ne ha bisogno, e si sposta da un posto all’altro in cerca di nuove opportunità. Il capitale può prosperare solo grazie alla legge, pertanto non può diventare totalmente indipendente; avrà sempre bisogno dell’aiuto di uno stato, ma non è detto che debba essere il suo stato. Ne andrà bene uno qualsiasi, purché sia disposto a riconoscere e a far valere la codifica legale del capitale”

Gli stati hanno avuto un ruolo attivo nella trasformazione del capitale stanziale in capitale itinerante abbattendo le barriere giuridiche ed espandendo l'autonomia dei privati. Hanno permesso loro di scegliere da quale diritto fare governare le loro risorse senza smettere di sfruttare l'applicazione coercitiva della legge, hanno offerto le proprie leggi al capitale estero per operazioni on shore e off shore, hanno stretto accordi di riconoscimento e reciprocità con altri stati. Molta strada è stata percorsa e ritornare indietro non è facile.

Un ordine giuridico che privilegia sistematicamente i detentori di alcune risorse è destinato ad accrescere le diseguaglianze. Questo è ancor più vero in un mondo globalizzato, nel quale il capitale può punire con la defezione eventuali interventi a sostegno dei più svantaggiati. Le diseguaglianze aumentano, e il soggetto della democrazia, "noi, il popolo", decide sempre meno se e come la legge debba essere utilizzata per favorire qualcuno a discapito di altri. Perfino il Financial Times, che certo non può essere accusato di avere tendenze socialiste, in un editoriale del 2 gennaio 2018, ha richiesto un nuovo contratto tra capitale e società per riequilibrare questa situazione di strapotere del capitale. La Pistor rileva a questo proposito che: *"Una proposta del genere presume che esista ancora una società ben organizzata in grado di contrapporsi al capitale, e che il capitale itinerante sia interessato a venire a patti con quella società dalla quale si è messo in salvo, con l'aiuto della legge ... In verità, in un mondo nel quale il capitale itinerante e ben codificato è contrapposto a una sfera pubblica disgregata e disorganizzata, l'idea di un contratto sociale è improponibile ..."*.

Persistendo questa situazione di subalternità degli stati alla piccolissima minoranza che detiene il capitale e la forza per codificarlo a discapito della gente comune, gli elettori hanno la sensazione di non poter più determinare il proprio destino con quegli strumenti che davano per scontati: le leggi approvate dai parlamenti e le sentenze dei tribunali. Dare la colpa agli altri stati, alle organizzazioni sovranazionali come l'Unione Europea o agli stranieri non è certo una soluzione, quando i veri trionfatori si nascondono sotto agli occhi di tutti, avvolti dalla loro stessa nebbia, e utilizzano la legge per dare forma alla propria ricchezza ed al proprio strapotere.

5.1 Può la politica riappropriarsi della legge ?

Perché nei sistemi capitalistici le democrazie possano prevalere la politica deve riappropriarsi del controllo della codificazione del capitale, cioè della legge, che è l'unico strumento di autogoverno. Per farlo come minimo vanno revocati i molti privilegi legali accumulati dal capitale. Questo però è facile a dirsi ma difficilissimo da realizzare. La Pistor fa amaramente notare che *"a meno che non ci sia una nuova crisi finanziaria con conseguenze imprevedibili, potrebbe rivelarsi impossibile ristrutturare le basi dei sistemi giuridici che sostengono il capitalismo. La posta in gioco è troppo alta"*, ma rileva anche che: *"Il capitale dipende dalla legge e dal fatto che lo stato faccia rispettare atti e contratti privati, per questo legislatori, parlamenti, tribunali ed enti normativi sono in grado di agire. Se riescono a liberarsi dalla morsa cognitiva e (in alcuni casi) finanziaria del capitale, potrebbero contribuire al progetto di rilancio della auto-governance democratica ... Bisognerebbe ripartire togliendo il controllo del codice del capitale a chi attualmente detiene gli asset ed ai loro avvocati, limitando le scelte a loro disposizione, e concedendo protezione speciale alle risorse trascurate in passato"*.

Per dare concretezza a questa affermazione la Pistor analizza nove possibili azioni, tra loro correlate, che gli stati potrebbero mettere in atto per "riprendere il controllo del codice del capitale", codificando nuovi diritti. Nel farlo non trascura di affrontare il problema del perché la gran parte dei migliori avvocati, identificati nel libro come i "signori del codice del capitale" sceglie di porsi al servizio del capitale. La Pistor affronta questo tema notando che non tutti gli avvocati sono impegnati a sostenere i detentori del capitale e quelli che lo fanno di rado hanno studiato legge con questo obiettivo. Esistono però potenti mezzi a disposizione degli studi legali al servizio del capitale per fare in modo che molti tra i più brillanti giovani avvocati ne condividano le finalità e facciano tutto il possibile per divenirne soci. Anche i costi esorbitanti delle facoltà di legge, specialmente negli Stati Uniti, dove ci si indebita fortemente per poter studiare, non lasciano alternative. Alcune facoltà rinunciano retroattivamente alle rette di alcuni studenti selezionati che

dopo l'università scelgono praticantati sottopagati, ad esempio nelle Ong o nelle organizzazioni per i diritti umani, ma ben poche università sopravviverebbero se la maggior parte dei loro studenti sceglieressero carriere simili. La Pistor fa notare che: *“per incentivare gli avvocati a rendersi davvero indipendenti dal capitale, dobbiamo ripensare a fondo i finanziamenti all'istruzione ed il sistema di pagamento dei principali studi legali. Senza questi cambiamenti strutturali, le proposte di aumentare l'insegnamento dell'etica serviranno a ben poco”*.

La Pistor conclude la proposta delle azioni che gli stati possono mettere in atto prendendo atto che queste azioni non cambiano le 'regole del gioco', ma possono controbilanciare lo strapotere del capitale nel plasmare le norme secondo i propri interessi, rendendo il capitalismo più sostenibile e rileva che questo è comunque un buon risultato. Non trascura però di esaminare due ipotesi per un intervento degli stati volto a cambiare radicalmente le 'regole del gioco', ma prende atto che si tratta di proposte irrealizzabili senza sovvertire l'ordine costituito con conseguenze imprevedibili. Occorre inoltre osservare che queste ipotesi radicali che si fondano sul drastico ridimensionamento dei 'diritti' che le norme e le loro interpretazioni consentono di acquisire, potrebbero portare a “buttare via il bambino con l'acqua sporca” e cioè a farci cadere “dalla padella nella brace”.

La situazione che stiamo vivendo, scrive la Pistor *“ci ricorda una vecchia barzelletta molto diffusa nei paesi ex socialisti che volevano cambiare ordinamento sociale. In Irlanda due contadini si incontrano da qualche parte sulle colline del Donegal. Uno chiede all'altro qual è la strada migliore per arrivare a Dublino. L'altro gli risponde - non partire da qui -”*.

Questo per dire che a suo parere, stante l'attuale situazione, non c'è un'alternativa radicale fattibile all'approccio pragmatico e graduale di 'codifica da parte degli stati di nuovi diritti' per costituire una via d'uscita alla drastica contrapposizione tra capitalisti che pretendono di avere la legge tutta per sé e una società democratica che ha un disperato bisogno di riprendere il controllo del proprio destino. Codificare nuovi diritti è un'ipotesi di lavoro per la politica che prevede di togliere al capitale i privilegi giuridici che lo avvantaggiano e di dare, un gradino alla volta, più forza ai soggetti che prova sulla propria pelle la grave ingiustizia ed i danni di un sistema giuridico che giova soprattutto all'uno per cento più ricco. Si potrebbe ad esempio dare più forza ai lavoratori impiegati in aziende preoccupate solo di remunerare lautamente gli azionisti e incuranti della sorte dei propri lavoratori, alla difesa dei beni comuni, rendere agli studi legali più difficile scegliere la legge dello stato che risulta più conveniente per far valere gli interessi dei propri assistiti, mettere al riparo la collettività dalle costose esternalità negative generate da errori o speculazioni effettuate dai capitalisti, dar vita a nuovi meccanismi e potenziare quelli già esistenti (class action, sanzioni mirate, ecc.) per dar voce a chi ha più da perdere in caso di crisi generate dalle manovre speculative e finanziarie messe in atto senza scrupoli dai detentori del capitale, non dare copertura giudiziaria ai contratti puramente speculativi, o contratti potenziali, scaricare l'onere dei 'derivati di credito per la copertura del rischio', su chi li utilizza e non sulla collettività. ecc.

Se si metterà mano alla 'codifica di nuovi diritti' del tipo di quelli appena esemplificati, con la stessa attenzione e la stessa ostinazione con la quale il capitale è stato codificato nel corso dei secoli, la morsa che il capitale e chi lo detiene stringono sulle nostre leggi potrebbe essere allentata. Del resto, gli attributi del capitale, cioè priorità, durevolezza, universalità e convertibilità, sono diritti relativi e non assoluti. Privilegiano alcune risorse rispetto ad altre, e alcuni proprietari rispetto ad altri. Significa anche che quando più risorse riceveranno un trattamento più equo il valore relativo del capitale diminuirà.

La codifica di nuovi diritti renderà chiaro il ruolo fondamentale della legge nel determinare il valore di una risorsa, dimostrando anche che è il popolo, sovrano dei sistemi democratici e costituzionali, ad avere il potere di determinare il contenuto della legge².

Solo con uno sforzo consapevole di questo tipo potremo davvero trasformare e non eliminare i diritti e la legge. Questo non esclude la possibilità di delegare parte della codifica a soggetti privati,

² Per una innovativa difesa della sovranità nell'era della globalizzazione si veda J.L. Cohen, *Globalization and Sovereignty: Rethinking Legality, Legitimacy and Constitutionalism*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

ma imporrebbe comunque di scrutinare con più attenzione le loro azioni, per essere sicuri che rispettino quegli obiettivi che le società vogliono realizzare tramite la legge.

Per rafforzare la proposta che precede di 'codifica di nuovi diritti' la Pistor nelle ultime righe del libro scrive che: *“Le sole altre strade possibili sono il disfacimento violento dell’ordine attuale tramite una rivoluzione, o l’ulteriore erosione della legittimità della legge come strumento per il governo della società. Non si può escludere la prima, ma le rivoluzioni per sovvertire il capitalismo sono state molto meno frequenti di quanto predetto da Marx e dai suoi successori. La seconda strada potrebbe purtroppo essere già stata intrapresa, come possiamo vedere negli attacchi sempre più espliciti a una magistratura indipendente e a una stampa libera, non solo in democrazie relativamente giovani, come Polonia o Ungheria, ma anche in paesi con una lunga tradizione in termini di democrazia e stato di diritto, come la Gran Bretagna e gli Stati Uniti. Se questa tendenza continuerà, la forza bruta prevarrà ancora una volta sull’ordine legale, come ha fatto per gran parte della storia dell’umanità. E ne pagheremo tutti le conseguenze.”*