

"Il codice del capitale" di Katharina Pistor

di Luca Picotti

26-03-2021

Recensione a: Katharina Pistor, *Il codice del capitale*. Come il diritto crea ricchezza e disuguaglianza, LUISS University Press, Roma 2021, pp. 288, 24 euro (scheda libro)

«La mia tesi è che il capitale è codificato nella legge. Un terreno, una promessa di pagamento, il denaro per avviare un'impresa raccolto tra amici e familiari, o le abilità e il know-how di un individuo sono risorse ordinarie, ma possono essere trasformate in capitale ammantandole negli stessi moduli legali utilizzati per codificare le Asset-backed security e i loro derivati, che sono stati al centro dell'ascesa della finanza negli ultimi decenni. Questi moduli legali - il diritto commerciale, patrimoniale, delle garanzie, fiduciario, societario e fallimentare - possono essere utilizzati per dare a chi detiene determinate risorse un vantaggio rispetto ad altri soggetti. Per secoli, gli avvocati hanno forgiato e adattato questi moduli legali usando una gamma variabile di risorse, consentendo ai loro clienti di arricchirsi. Gli Stati hanno sostenuto la codifica del capitale offrendo la forza delle loro leggi coercitive per far valere i diritti legali conferiti al capitale».

Con queste parole la studiosa Katharina Pistor, Edwin B. Parker Professor di Comparative Law presso la Columbia Law School, introduce il suo ultimo lavoro, *The Code of Capital. How the Law Creates Wealth and Inequality*, pubblicato negli Stati Uniti nel 2019 e ora tradotto in italiano dalla casa editrice LUISS University Press con una postfazione di Francesco Di Ciommo, Sergio Di Nola e Massimiliano Vatiere. La ricerca verte sul ruolo del diritto nella creazione e, soprattutto, protezione della ricchezza, con particolare attenzione riservata al contributo offerto dagli avvocati nella definizione delle più disparate forme legali per raggiungere tale scopo: attraverso un'analisi storica e teorica allo stesso tempo, la Pistor indaga dunque attorno ad alcuni esemplificativi istituti giuridici elaborati nei secoli, come il trust per proteggere le ricchezze familiari dai creditori o i modelli societari per separare risorse proprie e risorse della corporation o ancora i brevetti per codificare un solido monopolio sull'inventiva. Quello che emerge è l'imprescindibilità della codifica legale nella trasformazione di un asset - qualsiasi cosa, tangibile o intangibile - in capitale, tant'è che quest'ultimo può essere anche letto, suggerisce l'autrice, come una qualità giuridica che conferisce ricchezza.

La prospettiva da cui muove la giurista della Columbia Law School è pikettiana e può essere inserita all'interno della letteratura sull'aumento delle disuguaglianze negli ultimi decenni. L'obiettivo però non è quello di supportare l'analisi economica sul tema con un approccio giuridico che si occupi più nello specifico, per fare un esempio tra gli altri, della deregolamentazione degli anni Ottanta. Con questa ricerca la Pistor vuole invece andare alla radice della creazione della ricchezza, nonché della sua sopravvivenza rispetto a cicli economici avversi che sembrerebbero, all'apparenza, dovere travolgere paradigmi e rendite. In particolare, il focus concerne i moduli attraverso cui il capitale viene codificato e che riescono a conferire alle diverse risorse attributi essenziali, idonei a garantire un privilegio ai loro detentori: vale a dire, priorità, durevolezza, universalità e convertibilità. Questi moduli sarebbero rappresentati dal diritto societario, commerciale e fallimentare prima di tutti, ovvero il campo da gioco in cui gli attori economici, con l'ausilio dei propri avvocati, si impegnano a fare valere i propri interessi.

Innanzitutto, a scanso di equivoci, la Pistor nel delineare il quadro contemporaneo oggetto dell'analisi insiste su alcuni aspetti di ordine teorico invero essenziali per la trattazione: in primo luogo, il contesto di riferimento va letto guardando all'indissolubile intreccio tra capitalismo e Stato,

nella consapevolezza che il primo esiste e si è potuto sviluppare negli ultimi secoli solo in concomitanza con il secondo; poi, la fase attuale di globalizzazione finanziaria e libera circolazione dei capitali mostra sì come gli attori economici siano in grado di ovviare i confini giuridici della singola statualità, ma cionondimeno la struttura legale di supporto che consente al capitale di spostarsi a livello globale rimane quella dei singoli Stati; infine, se gran parte della letteratura sulla svolta neoliberista degli anni Ottanta ha insistito sulla prevaricazione dell'economia sul diritto (ad esempio, si è parlato di soft law), pochi hanno notato che non era il diritto ad arretrare, ma le forme legali a cambiare - con un ruolo fondamentale degli avvocati in questo senso - al fine di proteggere vecchie ricchezze dalle fasi di transizione e crearne di nuove. Anzi, si potrebbe proprio dire che c'è stato in realtà un maggiore ricorso agli strumenti giuridici.

Nel contesto appena delineato, i detentori del capitale provano a difendere la propria ricchezza per mezzo dei «signori del codice», ovvero gli avvocati, siti soprattutto nelle due capitali nevralgiche della finanza globale, vale a dire New York e Londra, le cui leggi (nello specifico, le leggi dello Stato di New York e la common law inglese) rappresentano il cuore del commercio e degli arbitrati transnazionali. Più in generale, dei primi cento studi legali dal punto di vista economico, 81 hanno sede negli Usa e 12 in Gran Bretagna: sono studi composti da migliaia di avvocati, spesso selezionati dalle costose law school (nel 2013 c'erano più di 200 facoltà di legge negli Stati Uniti) e che dopo anni di gavetta possono ambire al ruolo di partner con annessi guadagni milionari. Questi studi legali, secondo la Pistor, nella loro attività di consulenza creano nuove forme giuridiche, elaborando gli istituti più adatti alla protezione degli interessi dei propri clienti: da peculiari intrecci societari attraverso holding e sub-holding in grado di diversificare gli asset garantendo così loro una maggiore protezione, allo "shopping" fiscale (si pensi a Apple in Irlanda) attraverso la scelta sull'ubicazione della sede dell'impresa, passando per i trasferimenti di patrimoni in appositi trust inattaccabili dai creditori o la creazione di particolari derivati e obbligazioni convertibili.

Il fatto è, sottolinea la giurista, che attraverso una sofisticata opera di ingegneria giuridica rendono queste operazioni, quantomeno da un punto di vista formale, di per sé legali. Pensiamo, ad esempio, al fenomeno del trust: istituto di origine anglosassone - nel nostro ordinamento di dubbia applicabilità, stante la previsione dell'art. 2740 c.c. per cui il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri, salvo alcune limitazioni previste dalla legge, in cui non sembra rientrare il trust - consente di conferire dei propri beni in un fondo separato e amministrato autonomamente da un terzo; quest'ultimo (trustee) deterrà il titolo formale dei beni, mentre il proprietario originario (settlor) riceverà gli interessi economici futuri. Con il conferimento (che ovviamente deve essere preventivo, non in costanza di aggressione da parte del creditore) dei beni nel guscio legale del trust, è possibile dunque schermarsi da eventuali azioni dei creditori, che non potranno soddisfarsi sugli stessi. La Pistor riporta alcuni esempi storici concernenti istituti affini, o addirittura prodromici, come l'entail o l'"uso": il primo, in particolare, codificato dai solicator (avvocati) di campagna a difesa dei proprietari terrieri inglesi dell'Ottocento, «impediva che la proprietà di famiglia fosse "venduta, ipotecata o dispersa a comando" [...] Il capofamiglia passò da proprietario a detentore di una tenuta di famiglia che sarebbe passata al suo primogenito. Il tenentario a vita deteneva la proprietà per conto delle generazioni future, e pertanto non poteva trasferire il diritto di impadronirsi delle proprietà a un creditore [...] Indagando a fondo è possibile vedere che i grandi accaparramenti di ricchezza nell'età dell'industrializzazione e anche dopo devono molto a difese giuridiche, come l'entail, che proteggono chi detiene il capitale dai propri creditori. L'"uso", "il trust", e in seguito la corporation sono stati adoperati in modi simili»[1] (p. 48).

La Pistor si sofferma molto anche sui brevetti, forse l'esempio più puntuale di come una codifica giuridica possa trasformare in ricchezza una risorsa (l'invenzione) che, senza tale codifica, non riuscirebbe a raggiungere lo stesso risultato. In particolare, attraverso un excursus storico che parte dal decreto del Senato di Venezia del 1474 - il quale garantiva tramite apposita registrazione

protezione agli "artifici nuovi e ingegnosi, mai fatti prima nella nostra giurisdizione" - la docente della Columbia mostra come gli attori economici dominanti (sempre con l'ausilio dei propri avvocati) abbiano spinto nella direzione di una globalizzazione dei brevetti, imponendo accordi Trips ritagliati su loro misura. Un esempio interessante, tra gli altri, è quello della Pfizer a guida del CEO Ed Pratt, che, dopo essere stata leader durante la Seconda guerra mondiale nella fornitura di penicillina, nella sua espansione verso i Paesi in via di sviluppo incontrò leggi ostili (specie in India) volte ad incoraggiare la produzione di farmaci economici e limitare la portata dei diritti privati. L'unica via per risolvere alla radice il problema era, per l'appunto, la globalizzazione dei brevetti, più precisamente secondo gli standard sviluppati dalle leggi statunitensi: e così infatti fu, con un'agenda che venne portata avanti dall'Advisory Committee for Trade Negotiations (Actn), dal 1981 presieduto proprio da Ed Pratt.

Nelle ultime pagine l'autrice si confronta anche con le innovazioni del digitale e, in particolare, le opportunità e i pericoli di criptovalute e tecnologie come la blockchain. Il punto di vista non risulta però diffidente, anzi: la giurista si domanda addirittura se tramite queste innovazioni non sia possibile democratizzare i processi economici, evitando l'operare delle più fantasiose forme giuridiche create ai fini della tutela di interessi particolaristici e privilegi di chi è in grado di pagarsi dei buoni avvocati.

In ogni caso, la studiosa prova a suggerire qualche aspetto su cui bisognerebbe prescindere lavorare: innanzitutto, combattere i summenzionati interessi particolaristici degli attori dominanti, nonché le esternalità negative (per il bene collettivo) cui danno luogo gli avvocati nel perseguirli; poi, contrastare lo shopping fiscale e societario e la concorrenza normativa al ribasso (per accomodare le imprese) degli Stati; ancora, ridurre il ricorso agli arbitri privati ed eliminare i contratti speculativi con elevata asimmetria tra le controparti; infine - aspetto fondamentale, seppure con ancora più marcate tinte velleitarie - produrre leggi che vadano in tale direzione: questo perché, come più volte ribadito nel corso del volume, non va mai dimenticato che sono le leggi a disegnare il campo da gioco poi liberamente utilizzato dagli attori economici e legali.

I punti sollevati dalla Pistor sono sicuramente interessanti, ma di difficile realizzazione. Inoltre, bisogna considerare che l'autrice ragiona a partire da una realtà - quella statunitense - molto diversa da quella europea. Differenza che sottolinea lei stessa nel volume. La libertà d'azione degli avvocati, capaci di elaborare nuove forme legali per soddisfare gli interessi dei propri clienti, è sicuramente meno accentuata nei sistemi di civil law, ove vigono codici scritti e, più in generale, l'imperio della norma astratta: di conseguenza non rimane troppo spazio per l'introduzione di nuovi istituti e forme giuridiche.

Inoltre, spostandosi sul sistema statunitense stesso: per quanto sicuramente la rappresentazione della Pistor trovi un riscontro nella realtà, va anche detto che dalla lettura emerge una sostanziale sottovalutazione del potere delle corti statunitensi, cui si sarebbero dovute dedicare sicuramente più pagine. È suggestiva l'analisi che mette a fuoco il ruolo degli avvocati nel codificare il capitale, elaborando trust, incroci societari, derivati sofisticati e altre operazioni di ingegneria finanziaria per creare o proteggere la ricchezza dei propri clienti, ma non si può prescindere dall'influenza (e autorità) del diritto vivente giurisprudenziale. Nel volume manca questa - a parere di chi scrive - doverosa attenzione verso le corti.

Ciononostante, il libro ha due grandi meriti che vanno assolutamente riconosciuti: innanzitutto, definisce con chiarezza l'importanza dell'infrastruttura giuridica nel determinare l'economia. Non è possibile comprendere gli scambi commerciali, la circolazione dei capitali e l'intermediazione finanziaria senza studiare le forme societarie sottostanti, i principi dei contratti, il diritto fallimentare e, ovviamente, l'intreccio di leggi e regolamenti che fungono da cornice. Poi, in secondo luogo, attraverso una raffinata indagine storica, ripercorre con lucidità l'evoluzione di istituti (il trust, o la codifica brevettuale) fondamentali per capire come la ricchezza, di fronte alle avversità del divenire

economico, tenda a proteggere sé stessa in gusci legali che le permettano di sopravvivere anche nelle fasi di transizione più dure.

Il diritto può allo stesso tempo contribuire a creare ricchezza e disuguaglianze, prosperità e ingiustizie. Non è uno strumento neutrale, questo è il punto da cui si deve partire e che il volume non manca di evidenziare. Dopodiché, a seconda della prospettiva di ciascuno - ad esempio, quella della Pistor come abbiamo detto è pikettiana - si può discutere sugli orizzonti verso cui risulta più auspicabile indirizzare questo strumento.

[1] Nel nostro ordinamento un istituto affine potrebbe essere quello del fondo patrimoniale (170 c.c.), in cui è possibile fare confluire beni immobili, o mobili registrati o titoli di credito per tutelare i bisogni della famiglia. Tali beni non possono essere espropriati dal creditore per debiti che lo stesso sa essere alieni a detti bisogni.