



Economia Aziendale Online

Business and Management Sciences
International Quarterly Review

Capitalismo fra Economia e Diritto

Guido Rossi

Pavia, March 2013

N. 3-4/2012

www.ea2000.it

www.economiaaziendale.it



PaviaUniversityPress

Capitalismo fra Economia e Diritto

Lectio Magistralis per i 50 anni della Facoltà di Economia della Università di Pavia

Guido Rossi

1 – La metamorfosi del capitalismo

Il *capitalismo*, come sottolineava Fernand Braudel, ha sempre goduto di una fortuna eccessiva e appartiene più alla storia dell'economia che a quella del diritto. Le sue connessioni col mercato e con la produzione di beni, nonché con la ricerca del profitto, paiono ovviamente indissolubili, qualunque siano le assai varie aggettivazioni, attributi o tipi con cui lo si voglia accoppiare. La teoria neoclassica dominante, che lo voleva dotato di "ökonomische Rationalismus", nelle pur svariate accezioni, come pretendeva il suo storico W. SOMBART, è stata oggetto di aspre critiche da RICARDO, a MARX, a KEYNES a SRAFFA e a molti altri ancora e oggi pare ormai superata. Ma il termine capitalismo è ancora centrale nei dibattiti e negli esperimenti politico-economici, pur nella varietà caleidoscopica dei suoi significati.

Mai come ora sembra a me appropriata e incredibilmente attuale la definizione che ne diede nel luglio del 1933 J.M. KEYNES: "*The decadent international but individualistic capitalism, in the hands which we found ourselves (...), is not a success. It is not intelligent, it is not beautiful, it is not just, it is not virtuous – and it doesn't deliver the goods. In short, we dislike it and we are beginning to despise it. But when we wonder what to put in its place, we are extremely perplexed*". E ancora le citazioni potrebbero continuare, anche perché le diverse forme camaleontiche che il capitalismo ha assunto sono essenzialmente riprodotte nella storia dell'umanità, da quando il ruolo della moneta è diventato centrale insieme col profitto nel sistema economico.

Il progresso materiale dell'umanità negli ultimi secoli è comunque sempre stato accompagnato da crisi profonde, alternando alla ricchezza dei proprietari terrieri via via fino a quella dei *rentiers*, precipizi

di disoccupazione, povertà e miseria, sin da far dubitare che proprio il ruolo della moneta quale motivo di forza della macchina economica, quando da bene strumentale per la produzione diventa esso stesso strumento esclusivo per ottenere altro denaro, squilibra il sistema. La ricchezza dei pochissimi, quell'uno per cento oggi indicato come privilegiato rispetto a quel novantanove per cento fatto valere da MANUEL CASTELLS per indicare i movimenti sociali degli esclusi, crea ineguaglianze che mettono a repentaglio le stesse istituzioni politiche che, con la democrazia e il diritto, avevano accompagnato le varie fasi del capitalismo. Da qui la lotta alla rendita di RICARDO o l'eutanasia del *rentier* di KEYNES o l'icastica formula di TOMASO D'AQUINO "*Nummus non parit Nummos*: "il denaro non genera denari". E invece sì e oggi più che mai il pensiero corre veloce a quegli strumenti finanziari chiamati derivati. A nulla sono poi serviti i tentativi di pur autorevoli economisti di eliminare ogni legittimazione ai tassi di interesse sui prestiti, poiché la ricchezza delle nazioni è fondata principalmente sulla abilità dell'uomo di apprendere e applicare la sua conoscenza ai processi di produzione e consumo. I tassi di interesse "naturali" dovrebbero dipendere allora dalla produttività del lavoro, piuttosto che dal mercato della speculazione finanziaria. Quando da capitalismo di produzione, esso diventa speculativo e solo finanziario, la crisi lo avvia verso una distruzione, non sempre creatrice, come vorrebbe SCHUMPETER. Insieme a profonde ingiustizie sociali tale distruzione è sovente fallimentare, come già aveva dimostrato tutta la esemplare vicenda de "*La banqueroute de Law*", secondo il felice titolo del libro del 1977 di EDGAR FAURE. Quel John Law, da alcuni considerato uno dei padri della moderna economia monetaria, che fu chiamato nel primo settecento a risanare le finanze pubbliche del reggente di Francia Philippe d'Orléans. Con la creazione della

Guido Rossi

Docente di Diritto Commerciale

Università degli Studi di Pavia, Università Bocconi

Prior Dean of the Faculty of Economics – University of Pavia

Banque Générale Privée speculò sui possedimenti coloniali francesi della Luisiana, fino a travolgere gli stessi titoli di Stato, scambiati con le azioni, in un gigantesco fallimento.

2 – Il diritto e l'economia nella vita del capitalismo

É proprio a questo punto che una domanda si impone: qual è il ruolo del *diritto* rispetto non solo al capitalismo ma alla stessa *dismal science*, la scienza triste, invero sempre più lugubre economia?

Forse l'economia, il suo sviluppo, i suoi rapporti con gli uomini e con la scienza, con la techne, con la natura stessa, godono di una sorta di destino innato che, sorretto dalla sovranità della legge, viene imposto dal più forte, sia esso il capo tribù, il principe, il sovrano, il dittatore, o il Parlamento eletto dal popolo. Sembra questa la tesi di EMANUELE SEVERINO nel saggio "*Capitalismo senza futuro*", quando scrive: «il diritto esprime soprattutto la volontà capitalistica di controllare la società» e ancora «Soprattutto nel mondo occidentale il diritto contiene le norme che, appunto, promuovono e tutelano la configurazione capitalistica dell'economia e della società».

Infatti, come ho altra volta dimostrato, diritto ed economia paiono fin dall'inizio intimamente legati allo scopo di garantire un incremento indefinito del profitto. Senza questo indissolubile legame non si potrebbero spiegare le vicende e le continue trasformazioni del capitalismo e la ricchezza incredibile delle sue varietà, la continua sopravvivenza alle crisi ad esso connaturate ed alla completa irrazionalità dei suoi comportamenti individuali e collettivi.

Se è pacifico che il fine del capitalismo è il raggiungimento del profitto in un sistema circolare destinato a produrre sempre più guadagni, è altresì vero che, pur nei complessi rapporti fra Stato e diritto, soprattutto quando questi coincidono, sembrano sempre più attuali le parole che ARISTOTELE pone all'inizio della *Politica*: «La volontà del più gran numero ha forza di legge ... e mai i ricchi sono stati più numerosi dei poveri ... ma hanno sempre governato il mondo e manovrato le fila di coloro che governano», sicché pare appropriato aggiungere la dichiarazione di B. SPINOZA nell'*Etica*: «Il diritto naturale non è razionalità ma cupidigia». Su questi principi si sono scritte intere biblioteche ma è da essi che ogni esame del capitalismo non può prescindere.

3 – La fuga tecnologica dal diritto

Ed è così che le varie diverse realtà politiche nazionali, attraverso le ideologie e le strutture di base del capitalismo, che poggiano su istituti giuridici come la proprietà e il contratto da un lato e i gruppi societari dall'altro, sembrano invece che allontanare le varie

parti del mondo, avvicinarle in uno strano sortilegio dovuto alla magia delle parole.

Incomincio con l'ultimo istituto: quello dei grandi gruppi societari multinazionali, che hanno superato gli Stati nella classifica delle maggiori economie mondiali. La struttura di base del sistema capitalistico è l'impresa (*das Geschäft* come vuole W. SOMBART), che, fin dall'inizio soprattutto nella sua forma societaria, creatura degli Stati assolutisti, è stata strumento per perpetuarne ed esaltarne il potere attraverso le imprese coloniali, facendosi alternativamente fonte di libertà e di oppressione, di folgorante modernità e soffocante conservazione. Con il suo sviluppo, essa tuttavia tende a sostituire alla legge dello Stato il contratto (privato); e alla legge del mercato, il mercato della legge.

Invero dalla *Geschaft* alla Compagnia delle Indie, alle *corporations*, agli *hedge funds* o agli *equity funds* o ancora ai fondi sovrani, il capitalismo e il mercato hanno sempre cercato strade più o meno al di fuori dell'effettività di un diritto applicabile al territorio delle attività economiche, evitando norme sanzionatorie, inventandosi strumenti di una *lex mercatoria* legata agli interessi della finanza internazionale. Ciò si riflette in una metodologia di fuga dell'economia globalizzata dal diritto internazionale e dalle sue funzioni sanzionatorie, come è avvenuto all'origine della recente crisi attraverso il moltiplicarsi di opachi strumenti finanziari scambiati a velocità incontrollabili (*high speed trading*), atti a manipolare il mercato con contraddittorie e opposte compravendite alla ricerca di rapidi guadagni. Il passaggio, per le previsioni sull'andamento dei mercati, parte dalle scalate economiche e arriva agli algoritmi, quasi che gli "*animal spirits*" keynesiani fossero stati sostituiti da accreditate zingare che predicono il futuro con i tarocchi. E agli economisti, ormai esaurito il ruolo di servitori privilegiati del Principe, è subentrata l'ambizione di divenire essi stessi Principi, cioè legislatori, poiché il loro posto è stato sostituito dai grandi esperti, nelle qualifiche STEM: *science, technology, engineering and mathematics*, o più semplicemente dai *computer scientist*. Basti al riguardo la lettura del recentissimo libro di JAMES WEN WEATHERWALL, *The Physics of Wall Street* (Boston, 2013).

Sul rapporto fra economia e scienza vale ben la pena di citare allora l'ironica dichiarazione di Sir Isaac Newton: "*I can calculate the motions of heavenly bodies, but not the madness of people*", rilasciata subito dopo aver perso 20.000 sterline in borsa.

Quale sia poi al riguardo il fatale andare delle leggi economiche e la sua storia rimane ancora da verificare.

Questa è la vera ragione per la quale ho sempre criticato la identificazione del mercato con il suo "statuto sociale", poiché il mercato preesiste alla sua regolamentazione, sicché fu proprio FERNAND BRAUDEL a parlare in questo caso di contromercato

come «regno dell'arrangiarsi e del diritto del più forte. È dove si situa per eccellenza il dominio del capitalismo, ieri come oggi, prima come dopo la rivoluzione industriale». Posso allora, almeno su questo punto, concludere sull'originaria prevalenza, nel certificato di nascita non solo, ma di crescita fino ad oggi, dell'economia sul diritto. È questo che fa del diritto una disciplina fragile, irrazionale, vittima della tecnologia, che va poi emarginando, come sostiene E. SEVERINO, l'economia capitalistica, la quale a sua volta sta distruggendo la politica.

La prima e fondamentale ragione è poi che l'economia, pur usando quelli che per la bisogna potrei chiamare ferri vecchi del diritto, è riuscita ad imporre la globalizzazione economica, la quale trova in varie forme di capitalismo una sua verità, parziale e diversa fin che si vuole, ma che si riscontra oggi in Europa, nelle Americhe, in Cina e in India, anche attraverso le svariate accezioni di "capitalismo di Stato". Una sorta di Giano bifronte, per metà capitalismo anarchico del *laissez faire* e per l'altra metà Stato asservito alla finanza; una formula che, come suggeriva già L. TROTSKY nel 1934, «ha il vantaggio che nessuno conosce esattamente cosa significa». E il diritto oltre a determinarla spesso, più sovente insegue l'economia, incapace però di raggiungerla, quasi condannato dal paradosso di ZENONE di *Achille e la tartaruga*. Nella rincorsa, il moltiplicarsi alluvionante delle leggi nazionali, federali, comunitarie e internazionali, e una giurisprudenza istituzionalmente sempre in ritardo, secondo la felice intuizione di GUIDO CALABRESI, rendono impossibile realizzare nella loro dispersione una globalizzazione giuridica.

4 – La legge e l'economia

L'asservimento del diritto all'economia, come strumento dello sviluppo del capitalismo, ma poi del suo fallimento, ha avuto una ulteriore deriva intellettuale nell'ibrida fratellanza dell'analisi economica del diritto.

L'economia ha infatti largamente influenzato, con sorprendente successo, anche gli studi giuridici, soprattutto anglosassoni, ma con propaggini e influenze europee e italiane in particolare. La *Law and Economics*, o analisi economica del diritto, valuta le norme in base alla loro capacità di contribuire o meno a migliorare l'efficienza economica del sistema ed ha alimentato un orientamento di sostegno al libero mercato, garantendogli assoluta rispettabilità, legittimata da una radicale deregolamentazione. Le basi illuministiche del diritto occidentale, ispirate alla dottrina del liberalismo classico, sono state scalzate e sostituite con criteri esclusivamente economici, poiché anche i cittadini dovrebbero sempre agire nel modo che comporta un inferiore onere finanziario per la comunità nel suo insieme.

Di queste teorie e delle loro implicazioni me ne sono già ampiamente occupato in precedenti scritti. Quel che però mi preme qui sottolineare è come l'imbarbarimento del diritto nell'economia tende a scardinare, o meglio a minare alle base alcuni diritti umani fondamentali. Ne farò solo un esempio, ma sarà significativo.

Uno dei più noti giuristi americani RICHARD POSNER, giudice al Seventh Circuit U.S. Court of Appeal e professore alla Law School di Chicago è stato un autorevole sostenitore della analisi economica del diritto e delle sue applicazioni. Insieme al premio Nobel dell'Economia, GARY BECKER scrisse un saggio nel 2006 "*Economics of Capital Punishment*", nel quale sostenne che, nella fondamentale valutazione costi-benefici, la pena di morte costa alla società meno che la custodia e il sostentamento del condannato alla pena dell'ergastolo e quindi va mantenuta. Lo Stato quindi ha un obbligo morale a mantenerla e a farla valere.

5 – Il contratto sostituisce le norme imperative

L'erosione del diritto da parte dell'ideologia economica del neo-liberismo imperante e affidato all'ottusa fede nelle virtù del libero mercato, tocca le varie generazioni dei diritti umani, tra i quali il diritto al lavoro su cui è fondata nella Carta Costituzionale la nostra Repubblica. Quest'ultimo è tuttavia calpestato dal tanto esaltato regime di concorrenza, la cui tutela è diretta, secondo la straordinaria dimostrazione che ne ha dato ROBERT REICH in *Supercapitalism*, a tutto favore del consumatore contro i diritti del cittadino e soprattutto contro il diritto al lavoro. Insomma, quella libera e sfrenata concorrenza non è certo il *doux commerce* di MONTESQUIEU, quanto invece mimetismo e invidia, come già sosteneva KEYNES.

Insomma il capitalismo ha voluto eliminare la necessità delle norme imperative, sotto l'influenza delle tesi di RONALD COASE, secondo il quale in mancanza di costi di transazione e con ben definiti diritti di proprietà, i mercati potrebbero organizzarsi con operazioni efficienti. Il contratto diviene allora l'unica legge fra le parti e il diritto si ritira e lascia il passo all'autonomia privata, la stessa "*Geschäft*" ed ora la *corporation* in tutte le sue forme diventa semplicemente un "*nexus of contracts*". Il mercato è dunque di per sé efficiente e non ha la necessità di regole interne e semmai agisce in autonomia, sulla base di quel contratto che si qualifica come un non luogo del diritto, senza certezza e con problemi epistemici, inadatto, anche per le ineguaglianze e asimmetrie che son proprie alla sua natura, a disciplinare i mercati.

Proprio nell'aver posto il contratto come unico istituto di sviluppo del capitalismo, e nell'aver fatto

nascere la ricchezza dal debito e la moneta dalla moneta, si annida la sua malattia sempre più incurabile: cioè il conflitto di interessi. Questo non solo ne mina *funditus* l'efficienza, ma tende a far sparire immobilizzandola anche quella "mano invisibile" di ADAM SMITH, che pur ridimensionata nella sua natura letteraria shakespeariana, come ha dimostrato EMMA ROTSCHILD, ha tuttavia costituito la base ideologica delle tesi degli economisti contemporanei, teorici del mercato efficiente che si autoregola.

Così, mentre la moneta, e più in generale la finanza, nel "nuovo Medioevo" della globalizzazione, come la rete nelle sue diverse e sempre più diffuse applicazioni, sono diventate *beni pubblici globali*, lo strumento giuridico fondamentale che li governa, salvo interventi internazionali saltuari, sporadici e comunque limitati, sembra essere sempre il contratto, con le sue innate asimmetrie informative e di dominio, che rendono coesistente il conflitto di interessi, difficilmente sanzionabile o ridicibile ad una isolata normativa.

Cioè quel diritto privato che costituisce, già secondo HEGEL nella *Filosofia del diritto* del 1821, del diritto il momento negativo, la cui supremazia distrugge lo Stato. HEGEL individuò due esemplari momenti storici di autodistruzione del potere statale privatizzato: la fine dell'impero romano e il feudalesimo. Il capitalismo finanziario globalizzato e l'enorme liquidità monetaria, fonte di speculazione e di arricchimento, slegata completamente dall'economia reale e dalla produzione di beni, ha via via imposto i propri principi alle politiche economiche degli Stati, ormai in minoranza nella ricchezza globale. Ed è forse il terzo momento, che neppure Hegel poteva prevedere.

6 – Rottura tra economia e diritto

Questa trasformazione del capitalismo e dell'economia globale ha poi avuto origine dallo stesso diritto, soprattutto con le leggi di privatizzazione che, come ha sottolineato E. RUBIN, laddove è prevalente l'interesse pubblico, rappresentano una violazione dei doveri del governo. Ma ad esse si aggiungono le leggi bancarie, come l'abrogazione della separazione fra banche di credito e banche di investimento e la decretata libertà incontrollata di strumenti finanziari derivati, nonché la scadente disciplina dei mercati finanziari.

Se poi i derivati, la previsione economica e i mercati sono dominati dall'*algoritmo*, il progresso tecnico crea una straordinaria capacità di dominio, sicché il potere tecnocratico prevale su un debole diritto incapace di creare limiti a quel potere, poiché esso stesso garantisce istituzionalmente il conflitto di interessi, che può essere ad un tempo la vita e la morte della globalizzazione. Ma, come correttamente sostiene G. LUNGHINI (2004), in *Forma matematica e*

contenuto economico, «nessuno riuscirà mai a catturare in un'equazione gli *animal spirits*». Le stesse ricette, prima dell'attuale crisi dei mercati finanziari, fra le quali primeggiava la trasparenza, paragonata dal giudice della Corte Suprema Louis Brandeis, alla luce del sole, considerata «*the best of disinfectants*» non sembrano avere più alcun effetto sugli istituti del capitalismo speculativo finanziario, per almeno due motivi.

Il primo, perché la velocità delle operazioni, come ho sopra rilevato, spesso di natura opposta, rendono qualunque trasparenza, necessariamente casuale e parziale, pressoché inutile, poiché l'opacità, se non ancora la frode, è connaturale alla struttura del sistema.

Il secondo motivo, perché non solo gli algoritmi, ma l'uso imprescindibile della rete economica finanziaria, ormai fonte privilegiata di sapienza collettiva, forniscono quantità eccessive di informazioni, mai definitive e in larga misura contraddittorie, tanto da rendere ancor più attuale l'obiezione a Brandeis del mio maestro di Harvard LOUIS LOSS, che scriveva che: sarà pur vero che la trasparenza è come la luce del sole, ma «*too much of sunlight can cause skin cancer*».

E ciò sembra tanto più vero oggi! ÈE' così che lo stesso R. POSNER intitola il suo libro del 2009 *A failure of Capitalism*, concludendo che la crisi è il fallimento del capitalismo e non dei governi. Aggiungo io che, peraltro la politica, ritirandosi dalla sua funzione normativa, ha applicato il *laissez faire*, evitando così che il diritto ponesse quei limiti e divieti che dagli accordi di Bretton Woods e le conseguenti legislazioni nazionali, avevano per decenni garantito la stabilità finanziaria del capitalismo. La crisi del 2008 ha fatto scoppiare le bolle di una selvaggia speculazione finanziaria dominata dal conflitto di interessi e da un enorme eccesso di liquidità, ormeggiate nei più opachi contromercati delle banche ombra, dei fondi sovrani e non, delle società di *private equity*, del *flash trade*.

Il rapporto fra economia e diritto nell'alveo del capitalismo globalizzato ha oggi raggiunto il suo massimo punto di rottura, tanto da trasformare la finanza, la moneta e la speculazione, da strumenti essenziali di progresso economico se tenute entro limiti fisiologici, come già pensavano MARX, MAX WEBER e KEYNES, in ultimo ed unico scopo e fine del capitalismo.

7 – Per un diritto cosmopolitico

È tuttavia necessario, per uscire dall'attuale crisi, che il rapporto si ricomponga e così come finora l'economia ha avuto il sopravvento, eliminando il fastidioso diritto, è tempo ora, anche per ricomporre i destini di una globalizzazione che appare sempre più minacciosa, di riprendere la supremazia di principi

giuridici tendenti a ridurre le ineguaglianze sempre più intollerabili.

È così che si va sempre più affermando concretamente una costellazione di diritti riconosciuti sui beni pubblici, sui beni comuni, sottratti all'autonomia privata e alla logica dei mercati o dei contromercati. E si tratta di beni pubblici globali che prevedono una collaborazione internazionale, sulle quali già esiste un'ampia letteratura: mi basti citare, per tutti, SCOTT BARRETT, *Why cooperate?* (2007) ed una serie di iniziative internazionali già in atto. Alla globalizzazione economica si dovrà accompagnare un'effettiva globalizzazione giuridica, eliminata la paranoia privatistica dell'attuale, opaca, ineffettiva *lex mercatoria* che anche semanticamente si esaurisce nella legge dei mercati, cioè in un "non diritto", indifferente ai due più gravi problemi creati dalla globalizzazione: la terribile *povertà* che sta dilagando nel mondo e la irreversibile *crisi ecologica* che ha risvegliato in RENÉ GIRARD e in MARTIN REES visioni apocalittiche, soprattutto per quel che concerne il clima e le minacce atomiche sul destino dell'umanità.

E' indubbio che abbiamo un grande precedente negli scritti di JOHN MAYNARD KEYNES e comunque nel risultato, seppur limitato, ma certo non inutile, di Bretton Woods. Lo scopo è certo quello di giungere ad una Unione Monetaria Mondiale, dove l'Unione Europea può giocare un suo ruolo, secondo le linee brillantemente tracciate da GUIDO MONTANI nel libro FIORENTINI – MONTANI, *The New Global Political Economy* (2012).

Riportare correttamente la moneta e la finanza a beni pubblici sovranazionali, che debbono essere garantiti da istituzioni sovranazionali è certamente il percorso corretto, così come ormai avviene già in parte oltre che in altri settori, dal clima alla salute, anche per le conoscenze scientifiche e per la *techne*.

Ebbene sui beni pubblici globali si creano diritti, per adottare le classificazioni di NORBERTO BOBBIO, di ultima generazione: ultima in ordine temporale, data la loro storicità, pur nella universalità che li contraddistingue.

Quei diritti, proprio perché globali, appartengono ai cittadini del mondo; in questa prospettiva si realizzerebbe una applicazione concreta del "diritto cosmopolitico" e di una Federazione estesa a tutti gli Stati che KANT ha teorizzato soprattutto, ma non solo, nell'aureo libretto *Per la pace perpetua* del 1795.

L'emergere di questi diritti su beni comuni pubblici estesi alla conoscenza scientifica e alla *techne*, nonché al loro spregiudicato dominio sull'economia, diventano comunque soggetti all'effettività di un diritto globale, anche attraverso nuove forme di vitalismo, le quali, come ha sottolineato recentemente MANUEL CASTELLS, costituiscono una nuova fonte istituzionale del diritto internazionale globale.

Questa conclusione si oppone al totale predominio delle scienze e della tecnica e sembra contraddire

l'ipotesi di una loro unica sopravvivenza, con la scomparsa del sottosuolo culturale del pensiero occidentale degli ultimi secoli e oltre che del capitalismo anche del diritto.

Il nuovo "*ius cosmopolitanum*", con l'emergere dei diritti umani globali, saprà porre e controllare limiti al dominio tecnologico e alle sue devianze e derive economiche, per dare origine ad un nuovo assetto che come nel mito della fenice, sorgerà dalle ceneri prodotte dal fuoco prodotto dagli arbusti del capitalismo, che forse sarà necessario sostituire con qualcosa su cui siamo ancora oggi estremamente perplessi, come prevedeva KEYNES nella citazione del 1933, che ho riportato all'inizio.

E chiuderei con un'altra citazione, quella che HANS KELSEN ha posto alla fine del suo volume del 1920 su "Il problema della sovranità", in cui prevedeva "l'evoluzione della comunità giuridica internazionale dalla sua condizione primitiva in una *civitas maxima* anche nel senso politico-materiale di questo termine".

Lo *jus cosmopolitanum* Kantiano e la *civitas maxima* Kelseniana sono oggi la sola soluzione alle derive apocalittiche che tormentano l'umanità.