

Dallo Stato erogatore allo Stato promotore e contraente

Gregorio Gitti e Andrea Montanino

Introduzione. A partire dal mese di settembre 2008, quella che qualche tempo prima era sembrata una “turbolenza” finanziaria, circoscritta agli Stati Uniti, legata alla insolvenza di crediti basati sui mutui concessi a clientela non primaria (*subprime*), si trasforma in una crisi economica globale.

A 30 mesi di distanza da quegli eventi, ripercorrere la strategia di politica economica condotta dall'Italia porta a individuare un nuovo modo di operare: non più Stato erogatore di risorse pubbliche, in *deficit*, ma Stato promotore di iniziative di mercato, nel mercato, con risorse in parte più o meno ampia di origine privata. Uno Stato che si fa parte attiva di accordi e contratti con controparti private.

Questa strategia nasce forse come piano B, da parte di un paese con un debito pubblico estremamente elevato, con prospettive di crescita ridotte e dunque fragile dal punto di vista della finanza pubblica. Un paese che non può spendere soldi,

ma che deve reagire alla crisi.

La creatività tutta italiana individua degli strumenti a cavallo tra il diritto pubblico e quello privato, tra il diritto amministrativo e quello societario. Farne un elenco è emblematico: i Tremonti bond; la moratoria dei mutui sottoscritti dalle piccole e medie imprese da parte delle banche; la liquidità, sempre per le piccole e medie imprese, messa a disposizione dalla Cassa Depositi e Prestiti; le garanzie SACE per favorire finanziamenti da parte delle imprese creditrici nei confronti della pubblica amministrazione; la banca del Mezzogiorno; il Fondo Italiano di Investimento per la capitalizzazione delle medie imprese italiane.

Tutti questi strumenti sono accumulati da tre caratteristiche. Primo, non pesano sul *deficit* pubblico; secondo, sono realizzati in *partnership* con i privati; terzo, sviluppano procedure applicative innovative rispetto alla prassi, modificando gli ambiti tradizionali del diritto.

L'articolo vuole evidenziare il filo

rosso della gestione della politica economica e come questo abbia determinato un cambiamento del ruolo dello Stato. Per trasformare questo approccio da congiunturale a strutturale, sono ad avviso di chi scrive necessari due cambiamenti. In primo luogo, il funzionario pubblico nell'ambito dello Stato promotore/ contraente deve stabilire nuove scale di priorità e sviluppare nuove capacità. In secondo luogo, vanno ripensati gli schemi giuridici tradizionali in modo da potersi meglio adattare a queste nuove forme di intervento dello Stato.

Il filo rosso della politica economi-

ca. Dopo circa 30 anni, uno degli elementi "positivi" della attuale crisi economica è stato quello di riaccendere un dibattito tra keynesiani e "rigoristi". In sintesi, tra coloro i quali ritenevano utile un'azione di contrasto alla recessione attraverso l'intervento pubblico, rispetto a quelli che invece lo ritenevano dannoso.

La linea dettata dalla Thatcher e Reagan prima, e il Trattato di Maastricht dopo, avevano di fatto messo i fautori dell'intervento pubblico all'angolo. La crisi economica ridà fiato agli *interventisti*.

Ma togliendosi gli occhiali dell'ideologia e limitandosi a guardare i fatti, una scelta tra la linea del rigore e la linea della spesa deve essere fatta tenendo a mente tre elementi. In primo luogo il punto di partenza in cui si colloca uno Stato, sintetizzabile nel rapporto tra debito pubblico e

ricchezza prodotta. In secondo luogo la capacità di trasformare in tempi adeguatamente rapidi l'idea politica in azione concreta, che possa incidere sulle variabili economiche al momento giusto. In terzo luogo, la capacità di modificare le scelte quando le condizioni congiunturali ritornano su un sentiero di lungo periodo.

Se guardiamo all'Italia, tutti e tre gli elementi fanno pendere l'ago della bilancia verso una scelta di rigore. L'alto debito pubblico limita gli spazi di manovra per una ulteriore crescita dello stesso, e su questo aspetto stranoto non c'è bisogno di dilungarsi ulteriormente. La farraginosità dei processi decisionali – sia nella fase legislativa che nella fase esecutiva – può portare al concretizzarsi di una buona idea nel momento sbagliato. La fase di approvazione di un progetto può essere molto lunga: si inizia dall'idea di un Ministro, che deve essere condivisa e passare il vaglio del Consiglio dei Ministri. Successivamente si va in Parlamento. Ma anche ammettendo di ridurre i tempi di approvazione parlamentare vi è la fase successiva della esecuzione della norma. E qui i tempi possono andare fuori controllo: dipenderà dalla volontà e dalle capacità del singolo funzionario pubblico di predisporre tempestivamente i decreti, regolamenti, circolari ai quali la norma primaria spesso rimanda per l'esecuzione. Conclusione: anche una buona idea rischia di diventare operativa quando magari non ce n'è più bisogno o, peggio, c'è bisogno di ben altri.

Anche sul terzo elemento, la capacità di “*reverse the policy*”, l’Italia ha storicamente dimostrato che c’è una sorta di isteresi del bilancio pubblico, dove è molto difficile cancellare leggi di spesa nate per soddisfare esigenze temporanee. Quindi la spesa pubblica italiana tende ad aumentare nei periodi di rallentamento economico e a non diminuire nelle fasi di alta crescita.

Di conseguenza, una rappresentazione *ex post* delle scelte di politica economica realizzate in Italia sembra collimare con tale visione, dove l’opzione “rigorista” risulta quella più praticabile.

Lo Stato promotore/contraente e il ruolo del funzionario pubblico.

In questa rappresentazione della nostra politica economica, vi sono alcuni elementi “guida”: la volontà di ridurre al minimo l’impatto sul *deficit* pubblico, l’utilizzo quanto più possibile di canali di trasmissione privati, la volontà di agire sia sull’emergenza sia per lo sviluppo. In tale contesto, lo Stato si ritaglia chiaramente un ruolo indiretto per quanto riguarda gli interventi, ma con un forte ruolo di indirizzo e di monitoraggio.

Se guardiamo ad una serie di iniziative di politica economica intraprese a partire da ottobre 2008, cioè subito dopo il fallimento Lehman, si può identificare in modo inequivocabile un nuovo modo di condurre la politica economica. Sembra finire – o limitarsi fortemente – il ruolo attivo

dello Stato come erogatore di risorse finanziarie pubbliche mentre si affaccia alla ribalta uno Stato che cerca di promuovere interventi di interesse generale attivando canali di trasmissione privati.

È emblematico il fatto che il sistema bancario nazionale non è più solo il canale di trasmissione della politica monetaria – come insegnato in tutti i manuali universitari – ma diventa canale di trasmissione della politica economica intrapresa dal Governo.

Dunque, dallo Stato erogatore allo Stato promotore e che si fa contraente con la parte privata di accordi e convenzioni al fine di perseguire obiettivi di politica economica.

In concreto, ciò significa riuscire a identificare aree dove l’interesse privato di un operatore del mercato può essere ricondotto a un comportamento che riesca anche a realizzare un interesse più generale di sostegno del sistema produttivo, sia a fronte di condizioni congiunturali avverse, sia a fronte di strategie più di medio-lungo periodo.

Il ruolo dello Stato – e poi più in particolare del funzionario pubblico chiamato ad attuare le linee di indirizzo fissate a livello politico – è quello di essere facilitatore di questo processo, mettendo a disposizione la sua capacità organizzativa, di persuasione, la sua autorevolezza e anche la possibilità di intervenire normativamente modificando la legge laddove ciò sia necessario per perseguire la finalità generale.

L’ordine delle priorità di un funzionario pubblico nell’ambito dello

Stato promotore/contraente sono allora radicalmente diverse da quelle che devono essere considerate nell'ambito dello Stato erogatore. Nel contesto più tradizionale di Stato erogatore, al funzionario pubblico viene in primo luogo chiesto di "erogare" denaro nei tempi più rapidi possibili. Deve poi assicurare "trasparenza" nel processo (deve cioè chiedersi se ha agito correttamente in base alle leggi vigenti). In terzo luogo deve essere efficiente (ho minimizzato i costi?) e solo alla fine gli viene chiesta efficacia (ciò che è stato fatto è servito a qualcosa?). È naturalmente un'estremizzazione e semplificazione del ruolo del funzionario in uno Stato che ha come compito principale quello di distribuire spesa pubblica ma non si allontana troppo dalla realtà quotidiana che molti funzionari vivono.

Nell'ambito dello Stato promotore/contraente il funzionario pubblico deve invece avere "autorevolezza" per orientare la parte privata verso l'interesse pubblico e "credibilità" per assicurare al contraente privato il rispetto degli impegni che sottoscrive. Deve avere "capacità di sintesi" per mettere insieme interessi che apparentemente possono sembrare divergenti. Infine, deve saper "monitorare" se l'azione sta producendo i benefici di interesse generale auspicati *ex ante*.

Si riscrive dunque l'ordine delle priorità e vengono richieste al funzionario pubblico nuove capacità.

Alcuni esempi di Stato promotore/contraente.

L'esigenza di coniugare rigore di bilancio con azione di politica economica ha portato a sperimentare negli ultimi 30 mesi diverse fattispecie in cui lo Stato ha promosso iniziative con il settore privato arrivando a concludere veri e propri accordi. È utile richiamare quattro iniziative in tal senso: la sottoscrizione da parte del Tesoro di strumenti ibridi di capitalizzazione (cosiddetti Tremonti bond); la moratoria sui debiti contratti dalle piccole e medie imprese nei confronti del sistema creditizio; il fondo pubblico-privato per sostenere la capitalizzazione delle piccole e medie imprese; la banca del Mezzogiorno. Si tralasciano gli interventi che hanno riguardato la Cassa Depositi e Prestiti e la SACE, nei quali comunque la caratteristica comune è stata quella di agire – nel mercato – come agenzie che potessero perseguire obiettivi di politica economica passando per il tramite del sistema bancario.

Iniziando dai Tremonti bond, la sottoscrizione degli strumenti per rafforzare il capitale delle banche senza che lo Stato entrasse direttamente nell'azionariato è stata subordinata alla conclusione di un "protocollo", da sottoscrivere tra il Tesoro e la banca emittente. Tale *protocollo* – previsto nei decreti attuativi della legge che ha permesso la sottoscrizione da parte dello Stato – è stato negoziato sulla base di un accordo quadro, un vero e proprio contratto regolamentare, concluso tra l'Associazione Bancaria Italiana e il Mini-

stero dell'economia e delle finanze. Con i richiamati accordi, le banche hanno assunto degli impegni in funzione causale rispetto al finanziamento da parte del Tesoro. Gli impegni hanno riguardato il flusso di credito aggiuntivo da destinare alle piccole e medie imprese, la sospensione dei mutui sulla casa per le persone che avessero perso l'occupazione o fossero comunque in cassa integrazione straordinaria, la destinazione di risorse finanziarie – fissate in una percentuale dell'ammontare del bond emesso – al fondo centrale di garanzia per l'accesso al credito delle piccole e medie imprese.

Dunque, l'obiettivo "politico" di sostegno alle imprese e alle famiglie in difficoltà viene ottenuto non tramite un'azione diretta dello Stato ma tramite il sistema bancario, tecnicamente in qualità di controprestazione rispetto alla ricapitalizzazione: poiché il flusso di credito dipende dalle disponibilità di capitale della banca, lo Stato aumenta il capitale per far aumentare il credito.

È da sottolineare che la sottoscrizione dei Tremonti bond non ha effetti sul debito netto dello Stato, ha effetti positivi sul *deficit* in quanto il tasso di interesse applicato è superiore al tasso con cui vengono collocati i titoli di Stato e ha un effetto negativo solo sul debito lordo, quello misurato ai fini di Maastricht.

Il secondo strumento – la moratoria per le piccole e medie imprese – vede lo Stato come promotore di un accordo, ancora una volta qualificabile giuridicamente come contratto

regolamentare, concluso dalle associazioni rappresentative di banche e imprese. Come parte terza, ha garantito che nella stesura dell'accordo fossero tutelati gli interessi generali, quindi sia quelli del sistema creditizio sia quelli delle imprese.

Nel testo dell'accordo, controfirmato anche dal Ministro dell'economia, vengono dettate le condizioni alle quali è possibile chiedere la sospensione del mutuo e vengono anche assunti impegni da parte del Ministero dell'economia per sostenere l'iniziativa. Infatti, cardine dell'accordo è l'obbligo di monitorare costantemente la sua applicazione in modo da verificare se e come si stesse perseguendo l'interesse generale di garantire nella fase acuta della crisi una boccata d'ossigeno alle imprese. Con dovizia di dettagli, il Ministero dell'economia e l'ABI hanno fornito mensilmente i dati sul numero di beneficiari e sull'ammontare di liquidità rimasto in capo alle imprese.

Anche in questo caso, lo Stato non ha usato la finanza pubblica per assicurare liquidità alle imprese.

Il terzo strumento è il Fondo Italiano di Investimento. Promosso dal Ministero dell'economia insieme alle principali banche del paese e alla Cassa Depositi e Prestiti, viene costituita una Società di Gestione del Risparmio per la gestione delle risorse raccolte tramite sottoscrizione di quote di un fondo chiuso riservato a investitori qualificati. Il Fondo agisce come un operatore di mercato attraverso l'acquisizione di partecipazioni di minoranza di medie imprese italiane.

Lo Stato è socio della SGR insieme a controparti private ma non investe direttamente nel Fondo. Di fatto, con un investimento pubblico estremamente limitato (500 mila euro) e legato all'acquisizione della quota della SGR, lo Stato riesce a perseguire l'obiettivo della ricapitalizzazione delle medie imprese italiane utilizzando più di 1 miliardo di euro di risorse.

È evidente, nella composizione societaria del Fondo che esiste un duplice obiettivo. Il primo – ovvio – della remunerazione del capitale investito e che interessa esclusivamente i soci investitori (banche e Cassa Depositi e Prestiti). Il secondo obiettivo, meno ovvio per un fondo di *private equity*, è quello di far crescere le imprese e rendere l'economia italiana più forte. Nell'ottica dello Stato che coniuga interessi pubblici e privati, questo secondo obiettivo diventa comune della parte pubblica e della parte privata in quanto aziende più sane patrimonialmente e più redditizie generano un aumento della domanda di credito e una migliore qualità dello stesso. Poiché le banche sono socie del Fondo, ecco che un obiettivo di politica economica diventa anche un obiettivo del socio privato.

Il quarto strumento che ricade in questa logica di Stato promotore/contraente è la Banca del Mezzogiorno. Il progetto, che nasce da una volontà politica esplicita richiamata in ben tre leggi successive del 2005, 2008 e 2009 si sviluppa con il coinvolgimento di soggetti privati (banche di credito cooperativo), istituzio-

ni (Unioncamere, Tesoro e ISMEA), nonché società per azioni controllate dal Tesoro (Poste Italiane).

Il ruolo dello Stato nel capitale viene limitato per legge a una manciata di milioni di euro e in ogni caso viene previsto che la sua partecipazione nel capitale possa durare al massimo cinque anni. È quindi una banca privata in cui lo Stato ha il compito di aggregare soci diversi che possano perseguire anche una finalità di tipo generale (sostegno al credito nel Mezzogiorno).

Al di là dei giudizi sugli strumenti descritti, che non rientra tra gli scopi di questo saggio, si vuole sottolineare come tutti siano stati accumulati da un utilizzo di denaro pubblico limitatissimo o nullo e da formule giuridiche “anomale” per la sfera pubblica. In tutti i casi, lo Stato ha potuto finalizzare lo strumento da esso concepito solo grazie al contributo e al coinvolgimento del settore privato, principalmente il settore bancario.

Le regole del nuovo contesto: si modificano i confini tra diritto pubblico, privato, amministrativo. La sommaria esposizione che precede induce a formulare alcune ulteriori considerazioni, di natura necessariamente provvisoria, in merito alle *forme tecniche* con le quali lo Stato è in grado di perseguire le finalità e gli obiettivi di politica economica testé illustrati.

Anticipiamo subito che la cifra distintiva e insieme il filo rosso di tali

interventi è rappresentata, ad avviso di chi scrive, da un ampio e, per certi versi, nuovo (quanto alle modalità) ricorso all'“autonomia privata” in generale e all'autonomia contrattuale, in particolare, al fine del perseguimento di interessi pubblici.

Il virgolettato è d'obbligo, se appena si pensa che, sia sul piano storico, che su quello dogmatico, ma anche dal punto di vista strettamente lessicale, l'autonomia è per definizione “privata”, in quanto corollario del potere e della libertà riconosciuta ai privati di auto-disciplinare i propri interessi nelle materie economiche, come garanzia rispetto agli interventi “pubblici” dello Stato. Detto in altri termini, è prevalsa, soprattutto in passato, una certa lettura “antagonistica” del rapporto tra Stato e contratto, nel senso di ritenere che tanto maggiore era il potere e l'intervento dello Stato, tanto minore era l'autonomia riconosciuta ai privati e dunque, al contratto, al fine di disciplinare i rapporti economici, a guisa di uno spazio residuale rispetto a quello occupato dal potere e dall'ingerenza della sfera pubblica.

Viceversa, e per quanto ovvio, non è irrilevante neppure sottolineare che certe visioni “liberistiche” e insieme “fideistiche” nei confronti delle virtù del mercato, che tanta parte hanno avuto nell'evoluzione contemporanea delle discipline di settori centrali dell'economia, primo fra tutti quello finanziario, hanno fatto leva proprio sull'autonomia contrattuale al fine di auto-legittimarsi, sostenendo la necessità di svincolarne l'esercizio

da lacci e laccioli per consentire alla stessa di spiegare tutti i suoi effetti in termini di efficienza e di creazione di valore.

Quanto sommariamente rilevato costituisce un'utile premessa e chiave di lettura per spiegare il tratto di novità che mi pare di poter intravedere nel rapporto tra pubblico e privato oggetto del presente saggio.

Anzitutto, non si può certo dire che l'utilizzo del contratto da parte della pubblica amministrazione costituisca, *di per sé*, un elemento di originalità.

Infatti, sin dalle notissime pagine di Norberto Bobbio dedicate alla “grande dicotomia” tra pubblico e privato, la filosofia del diritto e la dottrina giuridica, in particolare quella amministrativistica, hanno posto in evidenza il progressivo appannamento della capacità euristica della distinzione, dapprima dinanzi al moltiplicarsi dei luoghi normativi nei quali il ricorso agli strumenti del diritto privato da parte delle amministrazioni diveniva oggetto di specifica previsione di legge, e, successivamente, di fronte al proliferare di situazioni, anche in tempi recenti ripetutamente affrontate dalle giurisdizioni speciali e dalla giurisprudenza di legittimità, nelle quali il ricorso allo strumento privatistico da parte della pubblica amministrazione neppure trovava copertura formale nella norma, ma, da un lato, si spingeva sino all'utilizzo di strumenti atipici (in senso tecnico) e, dall'altro, si legittimava nei (soli) principi fondamentali che definiscono il ruolo dell'amministrazio-

ne, a guisa di limiti insuperabili dell'agire amministrativo in via contrattuale¹.

L'elemento di novità è rappresentato, piuttosto, dall'oggetto di tale esercizio dell'autonomia privata: il contratto di sostituisce al provvedimento – di legge od amministrativo che sia – al fine di assicurare il perseguimento di interessi di rilevanza pubblica nella sfera della politica economica che, con ogni probabilità, non potrebbero altrimenti essere utilmente conseguiti.

In altre parole, la contrattualizzazione della funzione pubblica si estende sino a ricomprendere le decisioni degli organi di vertice, più schiettamente politici, dell'amministrazione dello Stato, e oggetto del modulo contrattuale divengono le scelte e gli strumenti per il perseguimento di interessi non in una logica meramente autoritativa ma di condivisione con le parti in gioco, verrebbe da dire di "concertazione" con i soggetti (privati) che se ne possono utilmente fare portatori.

È questo il profilo distintivo che accomuna le diverse fenomenologie sin qui esaminate: senza una partecipazione dello Stato (*rectius*, del Ministero dell'Economia e delle Finanze) in una società di scopo all'uopo costituita, non sarebbe possibile conformare le logiche di profitto tipiche degli operatori di *private equity* con istanze di sostegno delle imprese di piccole e medie dimensioni; senza

la partecipazione di un istituto bancario che operi, per un arco temporale di medio periodo, come istituzione finanziaria di secondo livello, sostenendo progetti di investimento nel Mezzogiorno e promuovendo in particolare il credito alle piccole e medie imprese; senza la sottoscrizione di strumenti partecipativi da parte dello Stato, non sarebbe stato possibile, in un momento congiunturale particolarmente difficile, coniugare, ad un tempo, l'obiettivo di "puntellare" la solidità del sistema bancario e quello di giocare un ruolo attivo nella definizione delle politiche del credito delle banche beneficiarie.

Naturalmente, un simile esercizio dell'autonomia contrattuale impone all'interprete nuove sfide, tese a ricostruire lo statuto normativo applicabile ad accordi che definirei "a rilevanza pubblica" non solo (e non tanto) per il carattere pubblicistico di alcune delle sue parti, ma anche, e soprattutto, per la rilevanza, *lato sensu*, pubblica dell'assetto di interessi in esso disciplinato e che ne costituisce l'oggetto.

Il momento qualificante e, insieme, il profilo critico della dialettica pubblico/privato all'interno del contratto non è più – come nel paradigma classico del contratto con la pubblica amministrazione – quello del procedimento ad evidenza pubblica ai fini della scelta della controparte privata (atteso che, nella maggior parte dei casi, l'inter-

1) N. BOBBIO, *La grande dicotomia: pubblico/privato*, in Id., *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 1985, pp. 3–22.

locutore, o se vogliamo il contraente, è “necessario”, nel senso che è il soggetto, spesso l’unico, al quale possa essere più efficacemente demandato, per il tramite del contratto, il perseguimento della finalità generale di cui è portatrice la parte pubblica), ma assumono piuttosto rilevanza centrale, per un verso, il profilo della *accountability* e, dunque, del monitoraggio necessario affinché non solo sia adempiuto quanto contrattualmente promesso, ma l’adempimento costituisca strumento idoneo al conseguimento dell’utilità attesa e, per altro verso, quello dell’*enforceability*, ossia delle conseguenze, sia per la parte privata che per quella pubblica, di una eventuale violazione degli impegni assunti.

A quest’ultimo proposito, uno spunto è offerto dall’esperienza dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e, in generale dalle autorità, nazionali e comunitarie, della concorrenza: si fa riferimento agli impegni, sovente assunti dalle parti di un’operazione di concentrazione, ovvero di un’istruttoria per violazione delle norme antitrust, al fine di far venir meno i profili anticoncorrenziali, rispettivamente, dell’operazione in corso di esecuzione ovvero della propria condotta. In altra occasione è sembrato opportuno sottolineare il carattere, *lato sensu*, “tran-

sattivo” di simili accordi, in quanto finalizzati a porre fine ad una “lite”, già incominciata o in procinto di sorgere, sostanziatasi appunto nel procedimento amministrativo, con l’ulteriore profilo qualificante che proprio tali accordi sono finalizzati ad ottenere un impegno del soggetto che si trovi in posizione dominante, o delle parti di un’operazione di concentrazione, comportamenti positivi diretti a favorire l’apertura concorrenziale di un determinato mercato².

Proprio quell’esperienza costituisce un utile punto di partenza per una riflessione sul tema dell’esecutività degli accordi tra lo Stato (in senso lato) e i privati: in quella circostanza, è vero, è pur sempre la minaccia di una sanzione (necessariamente) comminata per legge, a costituire il deterrente ad una condotta del soggetto privato non conforme agli impegni assunti, anche in via “transattiva”, nei confronti dell’Autorità. Tuttavia, soprattutto in ambito comunitario, è invalsa la prassi di devolvere frequentemente le controversie ad un organo arbitrale (il caso Commissione/Microsoft ne costituisce l’esempio più eclatante) non soltanto per verificare la puntuale esecuzione nel tempo degli impegni assunti, ma anche per monitorarne, ad un tempo, l’efficacia rispetto agli obiettivi che ne costituiscono il presupposto³.

2) G. GITTI, *Gli accordi con le Autorità indipendenti, in 20 anni di Antitrust. L’evoluzione dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, a cura di C. RABITTI BEDOGNI e P. BARUCCI, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 1111-1129.

3) Decisione del 16 dicembre 2009 nel caso COMP/39.530, Commissione c. Microsoft.