

La collaborazione nel procedimento amministrativo****

PROF. MARCELLO CLARICH
ORDINARIO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO
SAPIENZA UNIVERSITÀ DI ROMA

INDICE: - 1. Premessa; - 2. La collaborazione pre-procedimentale; - 3. La collaborazione post-procedimentale; - 4. La collaborazione endo-procedimentale; - 5. L'iniziativa e l'interesse alla collaborazione; - 6. La collaborazione spontanea e indotta; - 7. La modalità formale e informale; - 8. La collaborazione impropria; - 9. Cenni conclusivi.

1. Premessa

La collaborazione tra pubblica amministrazione e soggetti privati nel procedimento amministrativo è un tema molto ampio che può essere schematizzato operando alcune distinzioni.

Preliminarmente, dal punto di vista normativo, il principio di collaborazione nei rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione è ora enunciato, insieme al principio di correttezza e buona fede, dal nuovo art. 1, comma 2-*bis* della legge 7 agosto 1990, n. 241 sul procedimento amministrativo¹. A livello costituzionale, esso può ritenersi implicito nel principio di sussidiarietà orizzontale sancito dall'art. 118, ultimo comma, della Costituzione. Infatti, l'autonoma iniziativa dei cittadini per lo svolgimento di attività di interesse generale presuppone necessariamente, come si vedrà, una interazione fattiva con le pubbliche amministrazioni deputate a tutelare come proprio compito istituzionale gli interessi generali².

***** Il testo sviluppa una relazione svolta al Convegno su “La responsabilità per gli illeciti degli enti pubblici” organizzato dall'Università di Torino il 22 marzo 2024.

¹ Il comma è stato aggiunto dall'art. 12, comma 1, lett. (a), della l. n. 120/2020.

² Cfr. per tutti. G. ARENA (a cura di), *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 18, u.c., della Costituzione*, in *Amministrazione in cammino*, <https://www.amministrazioneincammino.luiss.it>.

Una prima distinzione va operata con riguardo ai nessi tra principio di collaborazione e principio di correttezza e buona fede che dottrina e giurisprudenza considerano spesso come se si trattasse di un'endiadi. Per esempio, con riferimento a una procedura selettiva il Consiglio di Stato parla, riprendendo la formula usata dall'art. 120 della Costituzione nel diverso contesto dei rapporti tra Stato e Regioni e dall'art. 4, comma 3, del Trattato sull'Unione europea nel contesto dei rapporti tra Unione europea e Stati membri, di "*leale collaborazione*"³ tra l'amministrazione e il privato sottolineando così che la collaborazione presuppone e richiede un comportamento leale, cioè improntato alla correttezza e buona fede⁴.

Tuttavia, non è sempre necessariamente vero perché, per esempio, nei procedimenti sanzionatori sussiste certamente un obbligo di comportarsi in modo corretto, ma non quello di collaborare all'accertamento dell'illecito a proprio carico. Chi è sottoposto a un procedimento sanzionatorio è tenuto, per esempio, a fornire in relazione a richieste istruttorie la documentazione completa senza omissioni, a pena di applicazione di sanzioni⁵, ma può cercare di contrastare in tutti i modi legittimi l'esercizio del potere sanzionatorio. Ciò può valere più in generale per ogni rapporto giuridico amministrativo nel quale il soggetto privato è titolare di un interesse legittimo oppositivo. Un incentivo alla collaborazione è peraltro presente nei procedimenti sanzionatori sotto il profilo specifico della eliminazione o attenuazione delle conseguenze dell'illecito da parte del sanzionando al fine di ottenere una quantificazione più moderata della sanzione amministrativa pecuniaria (art. 11 della legge 24 novembre 1981, n. 689).

Il principio di collaborazione può essere anche ricordato con il principio della fiducia, enunciato dall'art. 2 del Codice dei contratti pubblici, ma che potrebbe avere in

³ Consiglio di Stato, Sez. VI, 1° luglio 2021, n. 5008 che trae da tale principio la possibilità di applicare l'istituto del soccorso istruttorio "*laddove un candidato incontri ostacoli oggettivamente non superabili nello svolgimento delle operazioni di presentazione della domanda di partecipazione a una selezione (...) eseguibili esclusivamente con modalità digitali*" e ciò allorché l'amministrazione non abbia messo in campo idonei strumenti di accompagnamento alla procedura. Cfr., per tutti, C. SALERNO, *Note sul principio di leale collaborazione pria e dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Amministrazione in cammino*, in <https://www.amministrazioneincammino.luiss.it>.

⁴ Sulla buona fede e l'affidamento nel diritto amministrativo cfr. F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995; G. MANNUCCI, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*, Napoli, 2023; S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005.

⁵ Cfr., per esempio, il potere delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità di irrogare sanzioni nel caso di inottemperanza alle richieste di informazioni o nel caso in cui le informazioni e di documenti acquisiti non siano veritieri, (art. 2, comma 19, lett. c) della l. n. 481/1995).

realtà una valenza più generale in tutti i contesti nei quali si sviluppa una relazione tra pubblica amministrazione e soggetti privati. Un contesto di fiducia reciproca tra le parti del rapporto giuridico amministrativo, fondato anzitutto sull'autorevolezza e affidabilità dell'amministrazione⁶, costituisce un elemento che favorisce una collaborazione fattiva⁷.

2. La collaborazione pre-procedimentale

La collaborazione tra il privato e la pubblica amministrazione non va confinata all'ambito di un procedimento formalmente avviato ai sensi dell'art. 2 della l. n. 241/1990 che instaura il rapporto giuridico amministrativo tra amministrazione titolare del potere e soggetto privato titolare di un interesse legittimo. Si può parlare infatti, oltre che collaborazione endo-procedimentale, anche di collaborazione pre-procedimentale e post-procedimentale.

Un esempio di collaborazione pre-procedimentale è quello delle segnalazioni ed esposti di privati alle autorità amministrative, che poi possono (e in alcuni casi, secondo alcuni indirizzi giurisprudenziali, devono⁸) avviare formalmente procedimenti volti a reprimere comportamenti o attività poste in essere in violazione di norme o di provvedimenti.

⁶ Lo stesso art. 2, comma 4, del Codice dei contratti pubblici prevede che per promuovere la fiducia occorre riqualificare le stazioni appaltanti e rafforzare le capacità professionali dei dipendenti pubblici. Sui principi generali nel Codice cfr. G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in *Giornale di dir. amm.*, 2023, pag. 287 e seg.; G. MORBIDELLI, *Intorno ai principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Munis*, 2023 n. 3, pag. V e seg.; F. SAITTA, *I principi generali nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in <https://www.giustiziainsieme.it/>; D. IARIA, *I super principi generali: risultato, fiducia e accesso al mercato*, in G.F. CARTEI-D. IARIA (a cura di) *Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023.

⁷ In tema di amministrazione condivisa il Regolamento sulla collaborazione tra cittadini e amministrazioni per la cura, la rigenerazione e la gestione condivisa dei beni comuni elaborato da Labsus e fatto proprio da molti comuni italiani include tra i principi generali il principio della fiducia reciproca (art. 3) come base per la collaborazione: cfr. <https://www.labsus.org>.

⁸ Cfr., per esempio, Consiglio di Stato, Sez. VI, 28 aprile 2021, n. 3430 secondo il quale “un obbligo di provvedere sussiste in tutte le fattispecie particolari nelle quali ragioni di giustizia e di equità impongano all'Amministrazione l'adozione di un provvedimento e, quindi, tutte le volte in cui, in relazione al dovere di correttezza e di buona amministrazione della parte pubblica, sorga per il privato una legittima aspettativa a conoscere il contenuto e le ragioni delle determinazioni (qualunque esse siano) dell'Amministrazione pubblica (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 12 settembre 2018, n.5344)”. Cfr. F. FOLLIERI, *Il silenzio nei procedimenti ad iniziativa officiosa*, Napoli, 2023, pag. 45 e seg. anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali riferiti all'esercizio dei poteri di vigilanza su segnalazione di soggetti privati e ad altre casistiche.

Si pensi all'art. 19, comma 6-ter, della l. n. 241 in tema di segnalazione certificata di inizio di attività secondo il quale i soggetti interessati (per esempio i terzi che vogliono opporsi all'avvio dell'attività da parte di un concorrente potenziale) possono sollecitare le verifiche da parte dell'amministrazione ed eventualmente l'esercizio dei poteri interdittivi e sanzionatori.

Si pensi ancora al d.lgs. 19 marzo 2023, n. 24 che in attuazione della normativa europea disciplina il cosiddetto *whistleblowing* definisce la procedura per l'invio delle segnalazioni relative alla violazione di normative sulla sicurezza del lavoro e per garantire la riservatezza sull'identità del segnalante⁹.

In queste e altre fattispecie, il privato offre un contributo all'amministrazione in relazione all'esercizio di poteri amministrativi.

Un ulteriore modello di collaborazione nella fase pre-procedimentale, è la cosiddetta pre-notifica in materia di *golden power* introdotta dall'art. 2-quater del d.l. 15 marzo 2012, n. 21 convertito con modificazioni in legge 20 maggio 2021, n. 109¹⁰. Essa consiste in un'informativa preliminare alla presidenza del Consiglio dei ministri sulle operazioni societarie (in genere acquisizioni di società italiane da parte di società straniere) che potrebbero essere oggetto di provvedimenti di veto o di apposizione di condizioni emanati all'esito di un procedimento amministrativo di verifica del rispetto delle norme sostanziali in tema di *golden power*. La prenotifica ha come scopo accertare se l'operazione ipotizzata richieda o meno la presentazione di una notifica formale corredata da una documentazione completa¹¹.

⁹ Cfr. G. ROSSITTO-M. MANOLA, "Whistleblowing" Nuovo strumento di lotta alla corruzione, in www.ildirittoamministrativo.it; P.GRELLA-L. BERETTA, *Le problematiche applicative della nuova disciplina*, in <https://www.dirittoabancario.it>

¹⁰ Il comma è stato inserito dall'art. 26, comma 1, del D.L. 21 marzo 2022, n. 21, convertito con modificazioni dalla Legge 20 maggio 2022, n. 51. Cfr., per tutti, L. BELVISO, *Golden Power – Profili di diritto amministrativo*, Torino, 2023; A. SANDULLI, *La febbre del golden power*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2022, 3. R. GAROFOLI, *Golden power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*, in *federalismi.it*, 2019, 17. in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign direct investments screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, Bologna, Il Mulino, 2019. R. CHIEPPA, *La nuova disciplina del golden power dopo le modifiche del decreto-legge n. 21 del 2022 e della legge di conversione 20 maggio 2022, n. 51*, in *federalismi.it*, 2022.

¹¹ La disciplina attuativa è contenuta nell'art. 7 del Dpcm 1° agosto 2022, n. 133 prevede l'obbligo di dare un riscontro alla prenotifica entro 30 giorni che chiarisce se l'operazione rientra o non rientra nell'ambito di applicazione dell'obbligo di procedere alla notifica formale oppure se sono manifestamente insussistenti i presupposti per l'esercizio dei poteri speciali.

La prenotifica realizza così una collaborazione pre-procedimentale sia nell'interesse dell'impresa, che altrimenti dovrebbe procedere a una notifica formale con oneri documentali e costi molto maggiori, sia nell'interesse dell'amministrazione, che, come accaduto nei primi anni di applicazione della disciplina del *golden power*, è stata sommersa da notifiche meramente prudenziali che appesantiscono l'attività degli uffici¹².

Un altro esempio di collaborazione pre-procedimentale riguarda tutela amministrativa prevista dal Codice del consumo approvato con d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 che attribuisce all'Autorità garante della concorrenza del mercato il potere di irrogare sanzioni in presenza di clausole vessatorie apposte nei contratti con i consumatori. L'art. 37-bis, comma 3, stabilisce che le imprese interessate possano interpellare l'autorità in merito alla vessatorietà delle clausole che intendono utilizzare nelle relazioni contrattuali. Le clausole ritenute non vessatorie dall'Autorità, che deve pronunciarsi entro centoventi giorni dall'interpello, non possono essere poi sanzionate¹³.

A differenza dei casi appena citati che hanno un ambito di applicazione settoriale, la cosiddetta direttiva *Bolkestein* n. 123/2006 in tema di libera circolazione dei servizi nel mercato interno prevede un caso di collaborazione pre-procedimentale a valenza generale¹⁴.

L'art. 7 rubricato "*Diritto all'informazione*", peraltro non recepito nell'ordinamento italiano, prevede la possibilità per chi si proponga di aprire un'attività nel territorio di uno Stato membro di ottenere, su richiesta, dall'autorità competente le informazioni sul modo in cui i requisiti di accesso all'attività stabiliti dalla direttiva vengono generalmente interpretati e applicati. Questo tipo di collaborazione è particolarmente prezioso per le imprese perché riduce sia l'incertezza circa gli esiti del procedimento da avviare, sia gli oneri economici, in alcuni casi elevati, connessi alla

¹² Nel 2019 le notifiche sono state 83, nel 2020 sono state 341, nel 2021 sono 486, nel 2022 sono state 608. Nel 2020 i poteri speciali sono stati esercitati 37 volte. Per questi e altri dati cfr. PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI, *Relazione al Parlamento 2022*; R. ARCANO, G. CALLI, I. MAROCCIA, G. TURATI, *Il golden power e i rischi per il funzionamento dei mercati*, in *Osservatorio sui conti pubblici italiani (OCPI)*, 2 agosto 2023.

¹³ Cfr. G. NATALI, *La tutela amministrativa in materia di clausole vessatorie nei contratti tra imprese e consumatori (art. 37-bis D. Lgs. n. 206/2005): il caso della clausola limitativa della cessione del credito risarcitorio nel contratto r.c. auto*, in *Amministrazione in cammino*, in <https://www.amministrazioneincammino.luiss.it>.

¹⁴ Cfr. S. D'ACUNTO, *Direttiva servizi (123/2006/CE): genesi, obiettivi, contenuto*, Milano, 2009; L. ALLA, *La direttiva 2006/123/CE ed il nuovo quadro comunitario di riferimento per la liberalizzazione dei servizi nel mercato interno*, in *Amministrazione in cammino*, 2010.

predisposizione della domanda e della relativa documentazione (asseverazioni, progetti preliminari, ecc.). Nella prassi amministrativa nel nostro ordinamento, gli uffici sono generalmente restii a fornire questo tipo di assistenza, riservandosi ogni valutazione soltanto dopo che viene presentata un'istanza con la documentazione richiesta.

Si tratta di una disposizione che per essere recepita nel nostro ordinamento richiederebbe una disciplina attuativa articolata volta a individuare con precisione il livello amministrativo abilitato a fornire informazioni che impegnano l'amministrazione, che non può essere certo il funzionario addetto allo sportello unico delle imprese, le modalità con le quali esse devono essere presentate le richieste e poi fornite le informazioni (ragionevolmente in forma scritta), le conseguenze e gli strumenti di tutela nel caso in cui le indicazioni dell'amministrazione vengano disattese all'esito del procedimento avviato facendovi affidamento.

In materia di pratiche commerciali scorrette e di pubblicità ingannevole una forma di collaborazione nella fase preistruttoria su iniziativa l'Autorità garante della concorrenza e del mercato limitata agli illeciti ritenuti non gravi consiste nella possibilità di rivolgere al professionista che si ipotizza aver commesso un illecito, magari sulla base di una segnalazione o di una richiesta di intervento da parte di soggetti interessati, un invito a rimuovere i profili di possibile ingannevolezza o illecità o scorrettezza di una pratica commerciale. Si tratta di una modalità relazionale definita di "*moral suasion*"¹⁵.

Ove il professionista ottemperi all'invito la fase preistruttoria si conclude con un'archiviazione anziché con l'avvio di un'istruttoria formale che può portare all'irrogazione di una sanzione¹⁶. L'interesse dell'amministrazione consiste in questi casi nel non dover aprire procedimenti istruttori che aggravano l'attività degli uffici per gli illeciti di minor gravità, raggiungendo nel contempo l'obiettivo di assicurare la correttezza della pratica commerciale¹⁷.

3. La collaborazione post-procedimentale

¹⁵ Cfr. art. 4, comma 5, della delibera dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato 1° aprile 2015, n. 25411 "Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di tutela del consumatore".

¹⁶ Cfr. art. 5, comma 1, lett. d) del Regolamento citato alla nota precedente.

¹⁷ Un modello in parte analogo è previsto dal d.lgs. n. 385/1993 in relazione ai poteri sanzionatori della Banca d'Italia. Quest'ultima, infatti, nei casi di illeciti di scarsa offensività o pericolosità, può emanare un ordine di eliminare le infrazioni, anche indicando le misure da adottare e il termine per l'adempimento, in luogo dell'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria, salvo sanzionare l'eventuale inosservanza dell'ordine (art. 144-bis).

Passando a considerare la collaborazione post-procedimentale, un campo elettivo è quello del partenariato pubblico privato (PPP) di tipo istituzionale e contrattuale¹⁸.

Nell'ambito del partenariato di tipo istituzionale la collaborazione assume una dimensione organizzativa stabile. Per esempio, nel caso della società mista per la gestione di servizi pubblici locali¹⁹, il socio pubblico e il socio privato si confrontano in via continuativa in sede di assemblea e, ove sulla base di patti parasociali designano ciascuno una quota degli amministratori, in sede di consiglio di amministrazione al fine di deliberare gli atti di gestione. La collaborazione, in assenza di modifiche della compagine azionaria con la fuoriuscita dell'uno o dell'altro socio, ha una durata pari alla vita della società²⁰.

Nell'ambito del partenariato di tipo contrattuale, in base alla definizione del Codice dei contratti pubblici che riprende quella del libro verde della Commissione europea del 2004²¹, il rapporto che si instaura tra l'ente concedente e l'operatore economico sulla base del contratto è di tipo per così dire esterno ed è anch'esso di lungo periodo. La durata massima della concessione è indicata nei documenti di gara²², in funzione del raggiungimento di un risultato di interesse pubblico (art. 174, comma 1, lett. a)).

Tuttavia, mentre nel primo caso la collaborazione si attua all'interno di un'organizzazione comune, nel secondo caso la collaborazione è per così dire esterna e certamente meno continuativa, in quanto non va al di là di quanto è richiesto alle parti di

¹⁸ Il Codice disciplina varie figure di partenariato e in particolare, la concessione, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, ma consente anche forme contrattuali atipiche purché dirette a realizzare interessi meritevoli di tutela (art. 174, comma 3). In generale cfr. R. DI PACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006; A. MOLITERNI, *Pubblico e privato nell'attività negoziale della p.a.*, in *Riv. Italiana per le Scienze Giuridiche*, 2106, p. 331 e seg.; M. P. CHITI, (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato: concessioni, finanza di progetto, società miste, fondazioni*, Napoli, 2009; M. P. CHITI, *Il partenariato pubblico privato e la nuova direttiva concessioni*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2016; G. F. CARTEI, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in www.giustamm.it, 2010.

¹⁹ Cfr. art. 17 del d.lgs. n. 175/2016 e art. 16 del d.lgs. n. 201/2022. Cfr. H. BONURA, *Affidamento a società mista*, in R. CHIEPPA - G. BRUZZONE - A. MOLITERNI (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Milano, 2023, pag. 269 e seg.;

²⁰ Cfr. art. 17, comma 3, del d.lgs. n. 175/2016 secondo il quale il rapporto societario si scioglie anche in caso di risoluzione del contratto di servizio.

²¹ Cfr. *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, Bruxelles, 30 aprile 2004, COM(2004) 327 definitivo.

²² L'art. 178 del Codice stabilisce commisura la durata massima della concessione al tempo necessario per il recupero degli investimenti effettuati dal concessionario con un ritorno del capitale investito.

un contratto che sono tenute ad adempiere agli obblighi reciproci sulla base di principi di correttezza e buona fede.

4. La collaborazione endo-procedimentale

Concentrando ora l'analisi sulla collaborazione nell'ambito del procedimento amministrativo, va anzitutto sottolineato che non si tratta di una novità dovuta all'introduzione nel corpo della l. n. 241 del 1990 dell'art. 1, comma 2-*bis* perché essa fin dall'inizio incorporava disposizioni puntuali che andavano nella direzione di promuovere la collaborazione pubblica amministrazione e soggetti privati nel procedimento.

Si pensi per esempio alla facoltà del responsabile del procedimento di chiedere la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete (art. 6, comma 1, lett. b)) in modo tale evitare l'emanazione di provvedimenti di rigetto per carenze documentali o ragioni essenzialmente formali²³.

Anche il preavviso di rigetto (art. 10-*bis*) è una forma di collaborazione che instaura una fase di contraddittorio con il privato nei procedimenti a istanza di parte volto a superare i possibili motivi di diniego del provvedimento e a consentire dunque al privato di conseguire il bene della vita al quale aspira.

Negli accordi integrativi e sostitutivi del provvedimento la collaborazione ha per oggetto la ricerca di definizione consensuale dell'assetto degli interessi in una vicenda procedimentale in presenza di un potere discrezionale (art. 11)²⁴. A questo fine il privato può presentare osservazioni e proposte e il responsabile del procedimento può fissare un calendario di incontri con le parti interessate, modalità che consente uno scambio di informazioni e di valutazioni in una sede meno formale, al fine di concordare il contenuto del provvedimento. Questa forma di collaborazione, peraltro nella prassi non frequente, è nell'interesse sia del privato, sia dell'amministrazione, in quanto quest'ultimo ha la possibilità di proporre soluzioni a sé più favorevoli, mentre l'amministrazione, ove ottenga il consenso del soggetto privato, elimina il rischio di impugnazione da parte di quest'ultimo (ma non anche da parte di eventuali controinteressati estranei all'accordo).

²³ Cfr. E. FREDIANI, *Il dovere di soccorso procedimentale*, Napoli, 2016.

²⁴ Cfr. E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazione e privati*, Milano, 1996; F. TIGANO, *Gi accordi procedimentali*, Torino, 2002; C. MAVIGLIA, *Accordi con l'amministrazione pubblica e disciplina del rapporto*, Milano, 2002.

Anche la conferenza di servizi, che la l. n. 241/1990 individua come sede privilegiata di collaborazione e di coordinamento tra le pubbliche amministrazioni e di assunzione delle determinazioni, può aprirsi a un confronto e alla collaborazione dei soggetti privati interessati che, da un lato, possono richiederne la convocazione (art. 14, commi 1, 2 e 3), dall'altro, possono essere invitate alle riunioni volte a esaminare il progetto da essi presentato (art. 14-*bis*, comma 6)²⁵.

Un'altra distinzione riguarda le varie tipologie di procedimenti nei quali i contatti tra amministrazione e soggetti privati, soprattutto con riguardo alla partecipazione, assume dinamiche diversificate.

Nei procedimenti di regolazione la partecipazione dei soggetti interessati non costituisce un principio generale posto dalla l. n. 241/1990 che anzi la esclude espressamente dal campo di applicazione della disciplina (art. 13, comma 1). Tuttavia, forme di partecipazione ai procedimenti di regolazione sono previste nelle leggi che disciplinano le autorità amministrative indipendenti come correttivo dell'amplessissima discrezionalità ad esse attribuita nel porre le regole dei mercati regolati e come strumento di legittimazione dei poteri esercitati e di parziale correttivo dell'assenza di un collegamento diretto con il circuito politico rappresentativo²⁶.

In questi casi la partecipazione è aperta a tutti gli interessati, sotto forma di consultazione sugli schemi di provvedimenti. I contributi pervenuti devono essere valutati dall'autorità e di ciò deve esser dato conto nella motivazione dell'atto finale²⁷. Questa

²⁵ Il modello originario di conferenza di servizi e anche quello degli accordi di programma disciplinati dalla legge n. 241/1990 non prevedeva la partecipazione di soggetti privati: cfr. G. COMPORTI, *Il coordinamento infrastrutturale – tecniche e garanzie*, Milano, 1996, pag. 270.

²⁶ Così, per esempio, l'art. 23, comma 2, della legge n. 262/2005 prevede che l'approvazione degli atti di regolazione delle autorità finanziarie deve essere preceduta da una consultazione con gli organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori ed è richiesta una motivazione delle scelte di regolazione e di vigilanza. Cfr. M. CLARICH, *I procedimenti e le forme di collaborazione tra Autorità di vigilanza* in P. ABBADESSA e F. CESARINI (a cura di), *La legge per la tutela del risparmio*, Bologna, Il Mulino, 2007, pag. 151 e ss. In generale sui procedimenti di regolazione cfr. M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, in *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti* Torino, 1999, *Quaderni del Consiglio di Stato*, pag. 9 e seg. Cfr. altresì nello stesso volume M. D'ALBERTI, *Procedimenti "generalisti" e procedimenti "singolari": problemi attuali e miglioramenti possibili*, *op.ult. cit.*, pag. 91 e seg.

²⁷ Secondo la giurisprudenza, la motivazione non deve dar conto in maniera puntuale di tutti gli argomenti dedotti da ogni operatore di mercato, ma è sufficiente che sia rinvenibile una giustificazione sostanziale della decisione assunta: Cfr. Cons. di Stato, Sez. VI, 2 marzo 2010, n. 215 con nota di S. DEL GATTO, *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti*, in *Giornale di dir. amm.*, 2010, pag. 952.

forma di collaborazione corrisponde sia all'interesse di chi partecipa, che può così cercare di influire sui contenuti della regolazione a proprio vantaggio, sia all'interesse dell'amministrazione che può così raccogliere elementi per colmare le inevitabili asimmetrie informative rispetto ai soggetti regolati. Nei procedimenti di regolazione la dimensione collaborativa della partecipazione appare prevalente rispetto a quella propriamente difensiva.

Nei procedimenti individuali ampliativi della sfera giuridica del destinatario titolare di un interesse legittimo pretensivo, l'interesse alla collaborazione nella fase istruttoria è soprattutto in capo al soggetto privato in vista dell'ottenimento del bene della vita al quale egli aspira. Si deve trattare di una collaborazione improntata al principio di correttezza e buona fede, come emerge indirettamente da una disposizione della l. n. 241/1990 che sanziona il caso in cui l'interessato rilasci dichiarazioni mendaci o false attestazioni vietando espressamente la possibilità di sanatoria o di conformazione dell'attività alla legge (art. 21, comma 1).

Con riguardo ai procedimenti limitativi della sfera giuridica del destinatario incidenti su interessi legittimi oppositivi, come già anticipato, il rapporto giuridico amministrativo ha una dinamica che non si presta a essere definita di collaborazione, bensì di contrasto all'azione dell'amministrazione. La partecipazione, sollecitata dall'amministrazione attraverso la comunicazione di avvio del procedimento o attraverso la contestazione dell'illecito, si iscrive più correttamente nell'istituto del contraddittorio.

In alcuni tipi di procedimenti si potrebbe peraltro parlare di una collaborazione procedimentale di tipo per così dire oppositivo. Si pensi per esempio al caso del partecipante a una procedura di tipo concorsuale che fornisce informazioni e documentazione volte a far escludere un concorrente. La dimensione oppositiva emerge in realtà in tutte relazioni tripolari caratterizzate da un contrasto tra interessi privati contrapposti mediati dall'amministrazione.

5. L'iniziativa e l'interesse alla collaborazione

Già dalla casistica sin qui fatta emerge anche una distinzione tra la collaborazione su iniziativa della pubblica amministrazione e quella su iniziativa del privato, nonché

quella tra la collaborazione nell'interesse soltanto della pubblica amministrazione o solo del privato o nell'interesse di entrambe le parti.

Una collaborazione su iniziativa della pubblica amministrazione si ha, oltre che nel caso già citato della rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete (art. 6, comma 1, lett. b) della l. n. 241/1990), nel soccorso istruttorio ora disciplinato e valorizzato dall'art 101 del nuovo Codice dei contratti pubblici²⁸. In questa fattispecie, da un lato, vi è l'interesse dell'impresa a integrare la documentazione e a sanare irregolarità della domanda di partecipazione in modo tale da veder valutata comparativamente la propria offerta ed eventualmente conseguire l'aggiudicazione; dall'altro, vi è l'interesse della stazione appaltante di non escludere per ragioni meramente formali imprese che potrebbero aver presentato offerte particolarmente apprezzabili atte a conseguire il miglior risultato possibile, in ossequio al principio innovativo enunciato dall'art. 1 del Codice.

Si pensi anche al dialogo competitivo come modalità contrattuale su iniziativa della stazione appaltante, già prevista dal precedente Codice, nel quale dalla collaborazione nell'ambito del procedimento l'amministrazione acquisisce informazioni su modalità, tecnologie e aspetti innovativi che possono esser messi a base di una gara (art. 74 del d.lgs. n. 36/2023). Questo è un caso di collaborazione nell'interesse anzitutto dell'amministrazione, che partecipa a questo dialogo al fine di trovare la soluzione che corrisponde meglio ai suoi bisogni. A questo fine il dialogo, avviato sulla base di un bando di gara con allegato un documento che descrive le esigenze dell'amministrazione, può essere preceduto da una consultazione con tutti i partecipanti selezionati e il dialogo si può svolgere in fasi successive, eventualmente riducendo via via le soluzioni sin lì emerse. Il dialogo può proseguire fin tanto che non viene individuata la soluzione o le soluzioni idonee a soddisfare le esigenze dell'amministrazione (comma 5). Concluso il dialogo, le imprese presentano le loro offerte finali che vengono valutate comparativamente alla luce dei criteri di aggiudicazione stabiliti nel bando²⁹.

²⁸ Secondo la Relazione al Codice “*chiave interpretativa della norma è (...) la leale collaborazione delle parti (amministrazione e operatori economici), ispirata alla fiducia nell'attività dell'amministrazione e alla responsabilità dell'operatore economico, secondo i noti principi di buona fede*”.

²⁹ Considerazioni simili possono valere anche per il partenariato per l'innovazione di cui all'art. 75 del Codice che può essere promosso dall'amministrazione in relazione all'esigenza di prodotti, servizi o lavori innovativi che non può esser soddisfatta con quelli disponibili sul mercato e che richiede dunque un'attività di ricerca e sviluppo da parte degli operatori economici. Cfr. G. FIDONE, *L'innovazione attraverso i*

La collaborazione può partire anche dall'iniziativa dei soggetti privati. Si pensi per esempio al *project financing* disciplinato dall'art. 193 e seg. del Codice dei contratti pubblici. Gli operatori economici interessati (promotori) possono presentare agli enti concedenti proposte relative alla realizzazione di lavori o servizi le quali, qualora vengono valutate fattibili e di pubblico interesse, sono poi messe a gara nell'ambito di una procedura nella quale al promotore è riconosciuto un diritto di prelazione. Quest'ultimo costituisce un forte incentivo ad avanzare proposte perché rende più certa la possibilità di aggiudicarsi la concessione, anche se tende a scoraggiare la partecipazione alla procedura competitiva di altri soggetti interessati. D'altro canto l'amministrazione trae un beneficio dalla collaborazione con operatori economici dotati di maggiori capacità di ideazione e propositive per opere e servizi di interesse pubblico. La collaborazione si realizza anche attraverso interlocuzioni sotto forma di richieste di modifica della proposta originaria da parte dell'amministrazione che il promotore è tenuto ad apportare eventualmente suggerendo soluzioni alternative per recepire le indicazioni dell'ente concedente (art. 193, comma 2).

Più in generale, è stato rilevato che nei contratti di partenariato si verifica una mutazione dell'interesse pubblico, che perde la sua connotazione soggettiva come interesse dell'amministrazione per divenire un oggetto composito che risulta da “*un continuo avvicendamento dialogico*” tra enti pubblici e soggetti privati, organismi collettivi e operatori economici³⁰.

Anche nel caso dei contratti gratuiti di sponsorizzazione in materia di beni culturali disciplinati dal Codice dei contratti pubblici i soggetti privati possono presentare proposte, con l'indicazione sintetica del contenuto del contratto proposto, in relazione alle quali l'amministrazione avvia una procedura comparativa, improntata ai principi di imparzialità e di parità di trattamento fra gli operatori che abbiano manifestato interesse (art. 134, comma 4)³¹.

contratti pubblici: il c.d. innovation procurement, in *Munus*, 2023, pag. 758 e seg.

³⁰ Cfr. S. VALAGUZZA- E. PARISI, *Ricerca sull'identità giuridica del partenariato pubblico-privato*, in *Munus*, 2020, pag. 25.

³¹ Peraltro, anche le amministrazioni possono attivare di propria iniziativa forme di partenariato con soggetti privati, oltre con organismi pubblici, per consentire per esempio il restauro o la valorizzazione di beni culturali (comma 2).

In attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale enunciato dall'art. 118, ultimo comma, della Costituzione il Codice del terzo settore (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117) dedica una disposizione alla co-programmazione, finalizzata individuare i bisogni da soddisfare e gli interventi da realizzare, e la co-progettazione (art. 55), finalizzata alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento. Si tratta di forme di coinvolgimento particolarmente intenso degli enti del terzo settore che le amministrazioni sono tenute a promuovere³².

I due istituti della co-programmazione e della co-progettazione entrano per così dire nel cuore delle prerogative della pubblica amministrazione, deputata istituzionalmente anzitutto a rilevare e vagliare i bisogni dei cittadini e delle comunità e stabilire le modalità per soddisfarli. Secondo la Corte costituzionale essi costituiscono *“la chiave di volta di un nuovo rapporto collaborativo con i soggetti pubblici”*³³ nel quale i soggetti del terzo settore, proprio per la loro vicinanza al territorio e sensibili alle esigenze che provengono dal tessuto sociale sono *“in grado di mettere a disposizione dell'ente pubblico sia preziosi dati informativi (...) sia un'importante capacità organizzativa e di intervento”*. Ciò determina effetti positivi anche in termini di risparmio di risorse pubbliche e di aumento della qualità dei servizi e delle prestazioni. Si instaura così, sempre secondo la Corte, *“un canale di amministrazione condivisa”*, che è alternativo a quello del profitto e del mercato, si basa *“sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private”* e, in definitiva, *“sulla condivisione della funzione pubblica”*.

Il Codice dei contratti pubblici, enunciando i principi di solidarietà e di sussidiarietà, si pone in linea di continuità con questa impostazione escludendo dal proprio campo di applicazione questi *“modelli di amministrazione condivisa, privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con gli enti del Terzo settore”* (art. 6), ma prevedendo che sia comunque garantita la parità di trattamento e la trasparenza nei rapporti instaurati.

³² Cfr. F. GIGLIONI- A. NERVI, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2019; D. PALAZZO, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale – Terzo settore e amministrazione condivisa*, Torino, 2022.

³³ Cfr. sentenza 20 maggio 2022, n. 121.

Nello stesso filone si iscrivono anche le diverse forme di collaborazione a livello locale da parte della “cittadinanza attiva” nella gestione dei cosiddetti beni comuni (spazi ed edifici pubblici) disciplinate nei regolamenti di numerosi comuni italiani³⁴.

La stessa conferenza di servizi può essere attivata, come si è visto, su iniziativa del privato (art. 14 della l. n. 241/1990).

Un caso particolarissimo di collaborazione che ha per oggetto prerogative proprie, usualmente esercitata in modo del tutto autonomo, dall'autorità amministrativa al quale può essere fatto cenno è il protocollo d'intesa tra il ministero dell'Economia e delle Finanze e l'ACRI, sottoscritto dalle parti il 22 aprile 2015. Il protocollo contiene una serie di disposizioni relative in particolare all'organizzazione interna e alla gestione del patrimonio delle Fondazioni di origine bancaria da introdurre negli statuti per adeguarli ad alcuni principi (come per esempio la diversificazione degli investimenti o sulla rappresentatività degli organi) che il Ministero riteneva necessari per una miglior assetto delle fondazioni.

Il Ministero vigilante assume l'impegno a considerare in modo favorevole le modifiche statutarie approvate dalle singole fondazioni che siano conformi al protocollo. L'adesione a quest'ultimo equivale a una sorta di preannuncio di una prassi vigilanza che vale come autovincolo alla discrezionalità. Dal lato delle fondazioni, l'adesione del ministero ingenera un legittimo affidamento nell'approvazione da parte del ministero delle modifiche sottoposto alla sua valutazione, che, in base al d.lgs. n. 153/1999, non è soltanto di legittimità ma anche entro certi limiti di merito.

Nelle premesse del protocollo, il Ministero inoltre riconosce espressamente l'ACRI come “*interlocutore nella definizione di prassi e criteri di vigilanza*” che può concorrere alla diffusione tra le fondazioni di “*buone pratiche operative*” finalizzate al raggiungimento di standard operativi elevati in termini di trasparenza, responsabilità e perseguimento degli interessi statutari.

³⁴ Uno schema generale di regolamento, ripreso da molti comuni, è stato elaborato da Labsus già citato che individua come strumento giuridico il patto di collaborazione.

Emerge un modello di collaborazione tra vigilante e soggetti vigilati, nel quale il primo rinuncia a un approccio “*top-down*” e coinvolge i secondi nella definizione delle proprie funzioni di vigilanza. L’incentivo a compiere questo passo è dovuto anche al fatto che il ministero non dispone di un potere generale di indirizzo nei confronti delle Fondazioni che sono soggetti aventi natura privata³⁵.

Una collaborazione da parte di soggetti privati nell’esercizio di poteri di vigilanza sugli enti del Terzo settore attribuiti alla competenza del ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali è prevista in termini più generali anche nel Codice del Terzo Settore, già richiamato. A livello decentrato, infatti, la vigilanza sui singoli enti è attribuita in prima battuta all’Organismo nazionale di controllo, tramite le proprie articolazioni territoriali (Organismi territoriali di controllo) (artt. 64 e 65). Quest’ultimo è una fondazione con personalità giuridica di diritto privato costituita con decreto del ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali il cui organo amministrazione è composto in massima parte da membri designati dalle organizzazioni di volontariato, dagli enti del Terzo settore e dalle Fondazioni di origine bancaria (artt. 64 e 65). Il ministero può in ogni caso effettuare verifiche dirette nei confronti di qualsiasi ente del Terzo Settore e anche nei confronti dell’Organismo nazionale di controllo e delle sue articolazioni territoriali avvalendosi degli Ispettorati territoriali del lavoro (art. 95, comma 3)³⁶.

In definitiva questo modello di collaborazione potrebbe essere definito come di autovigilanza da parte di un organismo privato, monitorato dall’autorità amministrativa titolare in via principale del potere di vigilanza. Il vantaggio di questo modello è, dal punto di vista del ministero, di poter esercitare, sia pur in modo indiretto, una vigilanza più capillare, con risparmio di risorse organizzative e di personale; dal punto di vista degli enti del Terzo Settore è quello di avere come interlocutore principale organismi che sono espressione dello stesso Terzo Settore.

6. La collaborazione spontanea e indotta

³⁵ La Corte costituzionale nelle sentenze nn. 341 e 342 del 2001 ha escluso la riferibilità delle fondazioni bancarie alla nozione per quanto lata di pubblica amministrazione in senso soggettivo e oggettivo e le ha annoverate tra i soggetti dell’organizzazione delle “libertà sociali” escludendo che il Ministero vigilante possa esercitare poteri di regolazione e di indirizzo.

³⁶ L’Organismo nazionale di controllo è tenuto a inviare una relazione annuale al Ministero vigilante (art. 95, comma 3)

Un'altra distinzione può essere quella tra la collaborazione spontanea da parte del privato e la collaborazione indotta dalla pubblica amministrazione.

Un esempio di collaborazione indotta dall'amministrazione si riferisce all'istituto degli impegni nei procedimenti sanzionatori innanzi all'Autorità garante della concorrenza e del mercato di altre autorità di regolazione³⁷. Dopo l'apertura del procedimento sanzionatorio, l'impresa può proporre impegni sotto forma di obblighi comportamentali volti a rimuovere anche per il futuro le ragioni sottostanti alla contestazione dell'illecito. Ove accolti, all'esito di una fase di contraddittorio con tutti i soggetti interessati, l'Autorità chiude il procedimento senza accertare l'illecito e irrogare la sanzione.

L'istituto degli impegni corrisponde a un interesse dell'Autorità a evitare l'aggravio della conduzione di un'istruttoria formale conseguendo peraltro il risultato porre rimedio alle conseguenze dell'illecito ipotizzato. L'impresa che propone gli impegni evita la possibile irrogazione della sanzione, ma prima ancora l'accertamento dell'illecito, che eventualmente potrebbe essere utilizzato nell'ambito di azioni risarcitorie in sede civile da parte dei soggetti danneggiati.

Nel caso degli impegni, la collaborazione prestata dall'impresa che li presenta è certamente volontaria, ma non del tutto spontanea perché è in qualche modo indotta dall'amministrazione titolare del potere sanzionatorio.

Un altro caso di collaborazione indotta, sempre in ambito di diritto della concorrenza, riguarda i cosiddetti programmi di clemenza in tema di intese restrittive

³⁷ Cfr. In particolare l'art. 14-ter della l. n. 287/1990 in materia antitrust secondo il quale “entro tre mesi dalla notifica dell'apertura di un'istruttoria per l'accertamento della violazione degli articoli 2 o 3 della presente legge o degli articoli 81 o 82 del Trattato CE, le imprese possono presentare impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria”. L'Autorità valuta l'idoneità di tali impegni anche sulla base di una consultazione degli operatori del mercato, può renderli obbligatori per le imprese. Il procedimento si chiude senza accertare l'infrazione, ma in caso di mancato rispetto degli impegni può essere irrogata una sanzione amministrativa pecuniaria fino al 10 per cento del fatturato. Un istituto parallelo, sempre in materia antitrust, che può essere inquadrato nella collaborazione indotta è la procedura di transazione (art. 14-ter) nella quale nell'ambito di un procedimento sanzionatorio l'Autorità può fissare un termine entro il quale le imprese interessate possono manifestare per iscritto la loro disponibilità a partecipare a discussioni in vista dell'eventuale presentazione di proposte di transazione, riconoscendo comunque la propria partecipazione a un'intesa restrittiva della concorrenza o il fatto di aver abusato della propria posizione dominante. Cfr. A. PERA, *Decisioni con impegni e private antitrust enforcement*, in G.A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *I rimedi civilistici agli illeciti antitrust*, Padova, 2012, pag. 103 e seg.; F. CINTIOLI, *Le misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, in *Giur. Comm.*, 2008., pag. 109 e seg.; POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, pag. 207 e seg.

della concorrenza. La normativa consente e, anzi, promuove, la collaborazione dell'impresa che presenta una domanda di ammissione al programma, denunciando gli altri partecipanti e offrendo le prove dell'illecito, in cambio di una riduzione della sanzione o della concessione di una immunità piena (art. 15-*bis* e ss. della l. n. 287/1990)

³⁸.

Questo istituto è di ausilio all'Autorità garante della concorrenza e del mercato nell'azione di repressione delle intese restrittive della concorrenza perché crea un forte incentivo per l'impresa che defeziona per prima da un cartello segreto (talvolta di verifica una vera e propria corsa a chi presenta per primo la domanda) e accresce il clima di sospetto reciproco tra i partecipanti rendendo instabile il *pactum sceleris*. Di regola la domanda di ammissione al programma viene infatti presentata allorché l'impresa ha il sentore che l'Autorità sia in procinto di avviare un procedimento sanzionatorio e ciò rende meno spontanea, analogamente a quanto accade per gli impegni, la collaborazione.

7. La modalità formale e informale

Un'altra distinzione in questa sorta di mappatura delle forme di collaborazione tra la pubblica amministrazione e il privato è la collaborazione che si esplica con modalità formali e la collaborazione invece di tipo informale.

Già l. n. 241/1990, a proposito degli accordi, contiene una norma che consente al responsabile del procedimento di predisporre un calendario di incontri cui invita, separatamente o contestualmente, il destinatario del provvedimento ed eventuali controinteressati (art. 11, comma 1-*bis*). Questa è una modalità abbastanza nuova di interfacciarsi rispetto a una tradizione che invece prevede un rapporto formale e distaccato tra pubblico e privato³⁹. Lo stesso dialogo competitivo, come già visto, prevede

³⁸ In base al primo comma “L'Autorità, in conformità all'ordinamento dell'Unione europea, adotta con proprio provvedimento generale un programma di trattamento favorevole che definisce i casi in cui, in virtù della qualificata collaborazione prestata dalle imprese nell'accertamento di infrazioni delle regole di concorrenza, la sanzione amministrativa pecuniaria può essere non applicata o ridotta per le imprese che rivelino la loro partecipazione a cartelli segreti”. Cfr. M. CLARICH, *I programmi di clemenza nel diritto antitrust*, in *Diritto Amministrativo*, n. 2/2007, p. 265-291; C. LO SURDO, *Prime riflessioni sulle modifiche apportate all'istituto della leniency in sede di attuazione della Direttiva Ecn plus*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2022, pag. 391 e seg.

³⁹ Peraltro contatti informali tra amministrazione e soggetti privati non sono vietati dall'ordinamento e anzi interlocuzioni preliminari informali sono la prassi in molti settori.

fasi di negoziazioni successive con gli operatori economici interessati. L'informalità che caratterizza questo tipo di collaborazione, trova un temperamento nella necessità di verbalizzazione delle risultanze del confronto.

Un esempio particolarmente innovativo di collaborazione informale si ha in un ambito specialistico come la finanza cosiddetta in relazione ai cosiddetti “recinti di sabbia” regolatori (*regulatory sandbox*)⁴⁰.

La sandbox regolatoria è un ambiente controllato in cui le imprese del settore FinTech e InsurTech incluse le *start-up*, possono testare in un ambiente protetto e controllato prodotti e servizi innovativi per un periodo di tempo limitato sotto la vigilanza e interagendo con le autorità di regolazione (Banca d'Italia, Consob, Ivass).

A livello nazionale la disciplina ha come base l'art. 38, comma 2-*bis*, del d.l. n. 34/2019 (Decreto crescita) che definisce le condizioni e le modalità di svolgimento di una sperimentazione, anche mediante l'utilizzo dell'intelligenza artificiale, che può essere effettuata anche derogando a regole previste in via generale per gli operatori del settore. La disposizione rimanda a un regolamento del ministero dell'Economia e delle Finanze per definire, sulla base di una serie di criteri, la normativa attuativa contenuta ora nel d.m. 30 aprile 2021, n. 100.

Le sperimentazioni, che coinvolgono un numero limitato di individui o consumatori, possono durare fino a diciotto mesi, con possibilità di proroga per ulteriori dodici mesi previa autorizzazione e le imprese ammesse alla sperimentazione possono beneficiare, per esempio, di procedure amministrative semplificate, di un ampliamento della portata delle autorizzazioni rilasciate, di requisiti patrimoniali meno stringenti e di altre deroghe alle normative emanate dalle stesse autorità di vigilanza.

Caratteristica di queste sperimentazioni sono le interlocuzioni informali con le autorità di vigilanza prima ancora di presentare la richiesta di ammissione alla sperimentazione e in tutte le fasi dell'attività.

In particolare, prima di presentare la richiesta gli operatori interessati “*possono avviare interlocuzioni informali con le autorità di vigilanza*” e l'autorità di vigilanza

⁴⁰ Cfr. A SCIARRONE ALIBRANDI, *I nuovi strumenti regolatori: sandbox e innovation hub*, in *Il Testo Unico finanziario, Mercati ed emittenti*, Bologna, 2020, pag. 29 e seg.

predisporre a questo fine anche “*un canale di comunicazione dedicato attraverso il proprio sito internet*” e ove necessario “*il dialogo informale viene condotto in materia coordinata con tutte le autorità di vigilanza coinvolte*” (art. 8). Per agevolare il dialogo può essere usata anche la lingua inglese, alla quale si può ricorrere anche per la documentazione presentata (art. 18). L'autorità acquisisce le informazioni necessarie nel corso dell'istruttoria e valuta se le modalità della sperimentazione richiesta assicuri la tutela degli utenti finali e l'integrità dei mercati e la stabilità del sistema finanziario. Il provvedimento di ammissione alla sperimentazione contiene una serie di prescrizioni e di obblighi informativi e indica le normative che possono essere derogate in sede attuativa. La sperimentazione avviene sotto il monitoraggio dell'autorità di vigilanza che può anche via via integrare o modificare le prescrizioni e le deroghe concesse.

Questa modalità di collaborazione informale su base continuativa è richiesta anche perché le sperimentazioni di prodotti innovativi richiedono adattamenti delle modalità in cui esse vengono effettuate sia per favorire il successo dell'iniziativa, sia per garantire, con test rigorosi, la protezione dei risparmiatori in relazione a prodotti finanziari che potrebbero rivelarsi rischiosi. Inoltre le autorità di vigilanza possono avere interesse a contribuire alla sperimentazione anche perché ove essa abbia dato esito positivo potrebbero portare a modifiche della regolazione esistente, temporaneamente derogata nella *sandbox*, a beneficio di tutti gli operatori. (art. 17, comma 3).

Al di là di queste ipotesi così particolari, va osservato che in generale le amministrazioni pubbliche italiane, a differenza di quelle di alcuni ordinamenti stranieri (specie di quelli di matrice anglosassone) mostrano ancora una certa diffidenza nei confronti di modalità informali di interlocuzione con i soggetti privati.

In ogni caso, le interlocuzioni informali mal si conciliano con i procedimenti amministrativi di massa nei quali le determinazioni vengono assunte quasi di necessità, talora anche attraverso l'impiego di algoritmi, sulla base dell'esame delle domande e della documentazione da presentare sempre più spesso su piattaforme informatiche e senza alcun contatto diretto con personale addetto⁴¹.

⁴¹ Cfr. L. TORCHIA, *Lo Stato digitale – Una introduzione*, Bologna, 2023.

8. La collaborazione impropria

In alcuni casi la collaborazione richiesta dall'amministrazione ai soggetti privati può essere considerata come impropria. Si pensi soprattutto alla revoca dei provvedimenti amministrativi e ai criteri di quantificazione dell'indennizzo stabiliti dalla l. n. 241/1990. L'indennizzo, che è comunque limitato al danno emergente, può subire una riduzione nel caso di “*eventuale conoscenza o conoscibilità*” da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico (art. 21-*quinquies*, comma 1-*bis*).

Si tratta di una forma di collaborazione impropria perché spetta esclusivamente all'amministrazione valutare l'interesse pubblico e sembra una forzatura richiedere al soggetto privato di concorrere a una siffatta valutazione, addossandogli addirittura un onere di diligenza, ciò che è implicito nel criterio della conoscibilità. Nell'ambito del rapporto giuridico amministrativo, così come accade di regola nelle relazioni privatistiche, ciascuna parte è legittimata a curare esclusivamente i propri interessi⁴².

Si può anche discutere se, in materia di risarcimento del danno da lesione di interesse legittimo, se sia appropriata la previsione nel Codice del processo amministrativo, che riprende il principio civilistico di cui all'art. 1227, comma 2, del Codice civile, di includere nell'onere di diligenza addossato al danneggiato al fine di contenere il danno “*l'esperimento degli strumenti di tutela previsti*” (art. 30, comma 3), richiedendo dunque a quest'ultimo una forma di collaborazione, che può essere anche onerosa come l'instaurazione di un giudizio di impugnazione del provvedimento illegittimo⁴³, nell'interesse esclusivo dell'amministrazione.

⁴² In senso critico, cfr. D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2018, pag. 72, secondo il quale la disposizione “*sembra presupporre che dei soggetti privati, condividano con la pubblica amministrazione, divenendo quasi suoi tutori, il dovere di curare l'interesse pubblico*”; P. GOTTI, *Osservazioni in tema di revoca degli atti amministrativi dopo le leggi n. 15/2005 e n. 40/2007*, in *Dir. amm.*, 2009, pag. 711-712. Per una diversa lettura della disposizione cfr. G. CATALADO SALERNO, *La revoca dei provvedimenti amministrativi ed i principi della funzione*, Torino, 2014, pag. 204 e seg. Un onere di collaborazione è previsto per esempio in tema di risarcimento dei danni in base al Codice civile in quanto il risarcimento non è dovuto per danni che il creditore avrebbe potuto evitare secondo l'ordinaria diligenza (art. 1227, secondo comma), principio richiamato anche dall'art. 30, comma 3, del Codice del processo amministrativo. Ma l'incentivo a collaborare è legato principalmente a questa decurtazione del danno liquidato.

⁴³ Secondo la giurisprudenza la mancata richiesta di una tutela specifica sotto forma di un'azione di annullamento costituisce una “*violazione dell'obbligo di cooperazione, che spezza il nesso causale e, per l'effetto, impedisce il risarcimento del danno evitabile*” (Consiglio di Stato, Sez. VI, 7 settembre 2020, n. 8521).

9. Cenni conclusivi

In conclusione, il principio di collaborazione tra pubblica amministrazione e soggetti privati ha tante sfaccettature e nei paragrafi che precedono sono state prospettate varie distinzioni senza pretesa di esaustività.

In aggiunta a quelle già analizzate, si potrebbe infatti operare una distinzione in relazione al grado di intensità della collaborazione che, come si è visto, varia nei singoli casi e che spazia dalla semplice messa a disposizione di documenti e informazioni richieste dall'autorità amministrativa alla elaborazione di proposte e progetti di interesse pubblico.

La collaborazione sembrerebbe poi connotarsi diversamente anche a seconda che essa si riferisca a singoli soggetti privati, oppure a soggetti portatori di interessi superindividuali che sono in grado di offrire all'amministrazione una visione più ampia degli interessi in gioco. A questo fine, com'è noto, essi possono intervenire sia nei procedimenti di tipo individuale ai sensi dell'art. 9 della l. n. 241/1990, sia nei procedimenti di regolazione in base alle leggi speciali, come quelle riferite alle autorità indipendenti, che prevedono forme di consultazione.

Pertanto, i portatori di interessi di categoria (associazioni imprenditoriali, rappresentanze di categorie professionali, ecc.) potrebbero essere distinti dai portatori di interessi diffusi. Gli interessi di categoria infatti sono sempre interessi di parte, ancorché superindividuali, e gli apporti collaborativi dei soggetti che li tutelano nell'ambito del procedimento devono essere vagliati dall'amministrazione in modo critico e mantenendo un certo atteggiamento di distanza, con presidi volti a evitare il rischio di "cattura" del regolatore da parte dei soggetti regolati e di deviazione dall'interesse generale. Un maggior allineamento di interessi, con la conseguente possibilità di una collaborazione più intensa, sembra rinvenibile nel caso di portatori di interessi diffusi là dove tali interessi siano sovrapponibili agli interessi pubblici affidati alla cura di una pubblica amministrazione. Si pensi, per esempio, alle associazioni ambientaliste rispetto alle funzioni e ai poteri attribuiti al ministero dell'Ambiente e della Sicurezza energetica.

Un'altra considerazione è che il principio di collaborazione trova applicazione principalmente là dove l'amministrazione goda di spazi di discrezionalità, ciò che costituisce la premessa per un'interazione proficua con i soggetti privati al fine di individuare la miglior soluzione nel caso concreto. Del resto, non a caso, gli accordi integrativi e sostitutivi del provvedimento hanno per oggetto, secondo l'art. 10 della l. n. 241/1990 il contenuto discrezionale del provvedimento. Là dove il potere è interamente vincolato l'ambito all'interno del quale può svilupparsi una collaborazione è assai limitato o addirittura inesistente. E da questo punto di vista la riflessione va allargata alla necessità e/o opportunità che il legislatore, come ha fatto in qualche misura con il nuovo Codice dei contratti pubblici, consideri la "buona discrezionalità" come un elemento positivo da valorizzare anche in una logica collaborativa con i soggetti privati⁴⁴.

Un'ultima annotazione è che, come per tutti i principi giuridici, il principio di collaborazione posto dall'art. 1, comma 2-*bis* della legge 7 agosto 1990, n. 241 si colloca sul piano del dover essere. Ma affinché esso possa trovare attuazione concreta nella varietà delle situazioni nelle quali si instaura un rapporto tra la pubblica amministrazione sono necessarie alcune condizioni di contesto che non si possono dare per scontate.

Una collaborazione fattiva può svilupparsi tra soggetti dotati di professionalità e autorevolezza in un contesto, come si è accennato, di fiducia reciproca.⁴⁵

Ciò vale anzitutto per le pubbliche amministrazioni che devono essere percepite dalle controparti private come interlocutori credibili e affidabili, ai vari livelli di responsabilità. E qui l'attenzione si sposta su aspetti organizzativi come la selezione e la formazione dei dipendenti pubblici o la dotazione di risorse finanziarie sufficienti in relazione alle funzioni esercitate.

Sull'altro versante dei soggetti privati si presuppone la correttezza e lealtà nei loro comportamenti, ciò che non avviene spesso come dimostrano gli innumerevoli casi, anche recenti, di abusi e frodi di massa a danno delle amministrazioni e dei contribuenti (bonus

⁴⁴ In realtà, l'attribuzione da parte di maggiori spazi di discrezionalità all'amministrazione presuppone che il legislatore riponga fiducia nell'integrità dell'amministrazione perché la discrezionalità può essere fonte di favoritismi e di abusi.

⁴⁵ I contesti e le condizioni in presenza dei quali si possono sviluppare relazioni di fiducia sono da tempo oggetto di studio delle scienze sociali che analizzano anche i cosiddetti "diffusori della fiducia": cfr. J.S. COLEMAN, *Foundations of Social Theory*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1990; S. NATOLI, *Il rischio di fidarsi*, Bologna, 2016; N. LUHMANN, *La fiducia*, 2002; A. MUTTI, *La teoria della fiducia nelle ricerche sul capitale sociale*, in *Rassegna italiana di Sociologia*, 2003, Il Mulino – Rivisteweb.

edilizi, reddito di cittadinanza, abusi edilizi, evasione fiscale, ecc.). Qui l'attenzione si sposta sull'educazione e sulla promozione del senso civico.