

## Logica condizionale e poteri decisionali: una introduzione\*

*Elena Belliardo*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il modello condizionale. – 3. Dalla funzione promozionale del diritto al diritto condizionale: analisi di un nuovo tipo di regolazione. 4. Il modello del command and control e studio delle nuove possibili modalità di regolazione. – 5. L'uso del diritto condizionale al di fuori dei confini nazionali: apertura verso un modello reticolare. – 6. Riflessioni conclusive.

### 1. Premessa

Il presente contributo intende sviluppare ed approfondire un particolare modello di adozione delle decisioni amministrative, riconducibile allo schema della condizionalità. Attualmente, le decisioni amministrative condizionate costituiscono una tipologia di determinazione largamente utilizzata da parte della pubblica amministrazione, la quale, a seguito del passaggio dallo stato interventore allo stato regolatore<sup>1</sup>, si è sempre più frequentemente avvalsa di provvedimenti amministrativi condizionati, mediante i quali è possibile determinare la concretizzazione della giustizia “sociale” o “redistributiva”, cioè una giustizia funzionale a garantire il raggiungimento di obiettivi specifici per i singoli individui<sup>2</sup>. Nel

---

\* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al regolamento della Rivista, a *double-blind peer review*.

<sup>1</sup> A tal proposito, si veda A. La Spina, G. Majone, *Lo stato regolatore*, Bologna, 2000.

<sup>2</sup> Per un'analisi approfondita del tema si rinvia a F. A. Hayek, *Il liberalismo di Friedrich A. Hayek*, in *Biblioteca della Libertà*, 1967, p. 28 ss. In queste pagine l'Autore si dedica ad uno studio dettagliato quanto alle caratteristiche proprie di uno stato liberale, basato sull'applicazione di norme di condotta individuale e sulla crescente utilizzazione delle norme di organizzazione sintomatiche di uno stato assistenziale. Le norme di organizzazione possono essere definite quali fattispecie

dettaglio, a seguito del passaggio allo stato regolatore, la pubblica amministrazione per il soddisfacimento dei propri fini istituzionali ha dovuto utilizzare, oltre agli istituti tipici del diritto speciale, i quali riconoscono in capo alla pubblica amministrazione poteri eccedenti rispetto agli altri soggetti, anche fattispecie di diritto comune, ossia strumenti giuridici riconosciuti per la totalità di persone fisiche e giuridiche che operano nell'ordinamento<sup>3</sup>. In tal modo, si è determinata un'evoluzione degli strumenti amministrativi verso moduli non solamente autoritativi, bensì verso politiche di carattere consensualistico attraverso cui sia riconosciuto alla pubblica amministrazione ed ai privati il potere di partecipare all'iter di formazione delle decisioni amministrative.

Scopo di questo contributo è l'analisi delle modalità di determinazione del contenuto delle condizioni apposte ai provvedimenti amministrativi, con l'intento di verificare se sia configurabile una partecipazione procedimentale degli attori privati volta ad incidere sia sull'individuazione degli interessi pubblici sottesi alla decisione amministrativa sia al contenuto dei condizionamenti apposti. Si precisa che, nelle pagine seguenti, l'attenzione non sarà posta sullo studio della regolazione di carattere condizionale<sup>4</sup>, bensì

---

che hanno come destinatari diretti i cittadini e che impongono loro le azioni concrete da realizzare alla luce degli scopi particolari che si intendono raggiungere o, più genericamente, in virtù dei poteri riconosciuti alle autorità amministrative per tutelare determinati interessi. Le norme di condotta, al contrario, sono norme generali di comportamento che connotano un ordinamento spontaneo in cui non sono individuate a priori le finalità che devono essere raggiunte tramite la regolazione, in quanto tali regole permettono il raggiungimento di "obiettivi individuali, differenti e addirittura contrastanti".

<sup>3</sup> In tal senso, si rinvia a M. Simoncini, *La regolazione del rischio e il sistema degli standard*, Napoli, 2010, p. 219 e ss.

<sup>4</sup> La categoria giuridica della condizionalità è stato oggetto di studio da parte della dottrina in relazione alla regolazione adottata da parte delle autorità amministrative indipendenti. Nel dettaglio, la regolazione condizionale deve essere intesa quale insieme di regole di condotta, fissate dalle autorità amministrative indipendenti, volte ad introdurre dei "criteri di comportamento e delle regole di condotta rivolti agli stessi privati", al fine di assicurare e tutelare le diverse posizioni giuridiche soggettive rispetto agli sbilanciamenti ed agli squilibri che possono generarsi nel libero mercato. Alla luce di tale considerazione, si evince come le

sull'analisi dei provvedimenti amministrativi dotati di prescrizioni a cui i destinatari devono conformare la propria azione per raggiungere gli scopi fissati dal provvedimento amministrativo e, contestualmente, al fine di garantire idonea tutela agli interessi sensibili incisi dalla determinazione pubblica. In questo contesto, si tenterà di dimostrare che le prescrizioni condizionanti apposte ai provvedimenti amministrativi non possono più essere ricondotte alla tradizionale qualificazione, di derivazione civilistica, secondo cui la condizione assume la veste di elemento accidentale del provvedimento amministrativo, in quanto si evidenzierà come, mediante tali condizionamenti, si introducano delle fattispecie il cui contenuto è necessario per garantire il soddisfacimento delle pretese degli attori privati e per tutelare, contestualmente ed adeguatamente, gli interessi pubblici coinvolti. La ratio sottesa all'apposizione di tali clausole condizionanti è, pertanto, volta a determinare la concretizzazione della c.d. "tutela sistemica", da intendersi quale complesso di interessi che concorrono in via paritaria alla realizzazione di un assetto

---

autorità amministrative indipendenti, mediante l'adozione della regolazione di carattere condizionale, abbiano il compito di introdurre dei criteri di comportamento e delle regole di condotta volte a fornire specifiche garanzie nei confronti dei singoli operatori del mercato al fine di tutelare le situazioni giuridiche soggettive di cui quest'ultimi siano titolari. In tal senso, si rinvia a L. Torchia, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, p. 55 ss., in cui la regolazione condizionale, a differenza della regolazione di tipo finalistico e di quella prudenziale, è definita come insieme di criteri di comportamento e regole di condotta a cui gli operatori del mercato devono conformarsi al fine di garantire, contestualmente, "l'uguaglianza degli operatori, la libera scelta dei consumatori e l'efficienza allocativa del mercato nel suo complesso". Rilevante sul tema, è il contributo fornito da S. Cassese, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato, Concorrenza e Regole*, 2002, p. 265 ss. L'Autore specifica che la regolazione cd. condizionale è "retta dal principio «if... what», perché consiste di prescrizioni non direttive, ma ipotetiche, al verificarsi delle quali le norme o la regolazione stessa fa discendere conseguenze che sono predeterminate". Il diritto condizionale è stato, inoltre, oggetto di studio da parte di M. D'Alberti, *Poteri pubblici, mercati, globalizzazione*, Bologna, 2008, p. 58 ss., il quale ha posto l'attenzione sulle modalità con cui le imprese operano nel mercato. Infine, si ricorda S. Amoroso, *L'"amministrativizzazione" del diritto delle imprese*, in *Diritto amministrativo*, 2011, p. 607 ss.

ordinato ed unitario, in cui vengono meno frazionamenti ed aprioristiche sovraordinazioni degli interessi<sup>5</sup>.

Sulla base di tali premesse, è necessario focalizzare l'attenzione sullo studio delle condizioni apposte ai provvedimenti amministrativi, cercando di ricostruire, passando dal piano della teoria generale del diritto a quello del diritto sostanziale, le particolari ragioni che hanno condotto alla definizione delle prescrizioni condizionanti quali elementi essenziali per garantire, nei provvedimenti amministrativi, la tutela della pluralità di interessi coinvolti. Contestualmente, verrà analizzato l'uso della condizionalità al di fuori dei confini nazionali e, alla luce delle evoluzioni delle tecniche di partecipazione al procedimento amministrativo, sarà posta attenzione su quali possano essere i contributi offerti dagli attori privati alla determinazione del contenuto provvedimentale.

## *2. Il modello condizionale*

Analizzando la figura delle condizioni apposte ai provvedimenti amministrativi e, segnatamente, volgendo l'attenzione alla categoria

---

<sup>5</sup> Quanto al concetto di tutela sistemica, secondo cui è necessario sviluppare una tecnica di tutela orizzontale, mediante cui sia possibile fornire cura e protezione, non solamente all'interesse ambientale, ma anche alle esigenze economiche e sociali, si rinvia a quanto contenuto nella sentenza Corte costituzionale, 28 novembre 2012, n. 264 in *Cortecostituzionale.it*. In tale sentenza, la Corte Costituzionale sostiene che la tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro». Richiamando la sentenza della Corte costituzionale, 9 maggio 2013, n. 85 in *Cortecostituzionale.it*, inoltre, è possibile affermare che, ove non vi fosse il riconoscimento di una tutela sistemica, «si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe «tiranno» nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona». Per una lettura critica del modello della tutela sistemica, si rinvia a R. Ferrara, *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e «funzione definitiva» della giurisprudenza*, in *Diritto amministrativo*, 2014, p. 651 ss., il quale evidenzia come l'amministrazione dia non solo esecuzione alle norme, in quanto, in realtà, occupa tutti quegli spazi, «nei quali può svolgersi la sua discrezionalità ermeneutica».

giuridica delle autorizzazioni<sup>6</sup>, è possibile affermare che la decisione amministrativa coincide con l'adozione di un provvedimento che, sebbene determini un ampliamento della sfera giuridica soggettiva del destinatario, può, contestualmente, introdurre delle prescrizioni a cui l'attore privato è tenuto a conformare la sua condotta<sup>7</sup>, a pena di non fruire delle conseguenze favorevoli previste dal provvedimento amministrativo. Discende da tali considerazioni che la pubblica amministrazione al momento dell'adozione di una decisione di carattere condizionato si avvale di un particolare modello di azione amministrativa ispirato al carattere della promozionalità, il quale, attraverso l'utilizzazione di tecniche d'incoraggiamento, mira ad indurre i destinatari del provvedimento al compimento di atti conformi al dettato della determinazione amministrativa, rendendo particolarmente allettante la realizzazione delle prescrizioni di carattere condizionale<sup>8</sup>.

In questo contesto, la funzione promozionale del diritto si caratterizza in quanto il suo scopo non è condannare le condotte non desiderate e, specularmente, disincentivarne la realizzazione, ma, al contrario, mira ad indurre i cittadini al compimento di azioni volute

---

<sup>6</sup> La funzione prescrittiva riconosciuta alle autorizzazioni amministrative è stata oggetto di studio da parte della dottrina. In tal senso, si rinvia a A. M. Sandulli, *Nozioni in tema di provvedimenti autorizzativi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1957, p. 787 ss., A. Orsi Battaglini, *Autorizzazione amministrativa*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1999, p. 62 ss, M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, p. 241 ss., F. Fracchia, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 1996, p. 59 ss., R. Villata, *L'atto amministrativo*, in Aa.Vv., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, F. G. Scoca, *Nozione, elementi, classificazione*, in Id (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2011.

<sup>7</sup> Si rinvia a G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, p. 164 ss.

<sup>8</sup> N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione, Nuovi studi di teoria del diritto*, Bari, 2007, p. 15. A tal proposito, si vedono, inoltre, i contributi di F. A. Hayek, *op. cit.*, p. 28 ss., il quale afferma che, per la realizzazione della funzione promozionale del diritto, le pubbliche amministrazioni hanno dovuto servirsi delle norme di organizzazione.



attribuendo, conseguentemente, un valore positivo al cambiamento<sup>9</sup>. Per raggiungere questo scopo, è fondamentale l'utilizzazione di tecniche di incoraggiamento, le quali riflettono un vero e proprio mutamento nella funzione complessiva del provvedimento amministrativo, in quanto diviene obiettivo principale della decisione amministrativa "promuovere" il compimento delle condotte socialmente utili<sup>10</sup>.

A livello pratico, l'uso della funzione promozionale del diritto ha comportato l'instaurazione di un rapporto di collaborazione tra la pubblica amministrazione ed i destinatari dei provvedimenti amministrativi, da intendersi quale risposta positiva degli amministrati agli stimoli forniti dalla pubblica amministrazione, al fine di giungere, congiuntamente, alla configurazione di una decisione amministrativa che, da un lato, fornisca un'adeguata protezione degli interessi sensibili su cui la decisione incide; e, dall'altro lato, garantisca il raggiungimento di un equilibrio tra la pluralità di interessi coinvolti<sup>11</sup>. Il riconoscimento di comportamenti attivi e collaborativi delle società più avanzate implica che i destinatari dei provvedimenti amministrativi rispettino il complesso delle decisioni imposte, al fine di creare "relazioni giuridiche autogestite e auto-obbliganti"<sup>12</sup>, il cui

---

<sup>9</sup> Come osservato da A. Catania, *Manuale di teoria generale del diritto*, Roma-Bari, 1998, p. 149, il riconoscimento della funzione promozionale del diritto non implica automaticamente l'abbandono di forme di dirigismo statali attraverso cui vengono repressi atteggiamenti divergenti rispetto a quelli che avrebbero dovuto essere seguiti da parte dei consociati.

<sup>10</sup> In tal senso, si rinvia a quanto affermato da N. Bobbio, *op. cit.*, p. 15, il quale sostiene che l'introduzione della tecnica dell'incoraggiamento riflette un mutamento del sistema, in quanto da un controllo di tipo passivo, in cui si vogliono sfavorire le azioni negative, si passa ad un controllo attivo, il cui scopo è la promozione delle azioni vantaggiose.

<sup>11</sup> Sul punto F. Merusi, G. Toscano, *Decisioni amministrative*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 1988, p. 1 ss., i quali affermano che, a partire dagli anni XX del secolo scorso, si stanno sviluppando delle decisioni amministrative in chiave "giustiziale". Si tratta, in altre parole, di decisioni amministrative volte alla risoluzione e composizione dei conflitti di interessi tra la pubblica amministrazione e i privati.

<sup>12</sup> A. Catania, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, Bari, 2008, p. 77.

contenuto non sia stato a priori determinato e, pertanto, non sia riconducibile a modelli predeterminati quali quelli derivanti dalle norme di condotta, ma sia un diritto messo a disposizione degli agenti. Si tratta, in altre parole, della creazione del binomio “promozionalità del diritto” e “tecniche incentivanti”, funzionale a ricondurre il provvedimento amministrativo a forme di incoraggiamento o promozione orientate alla realizzazione di “comportamenti socialmente utili”.

In tale contesto, con lo scopo di garantire l’adozione di una decisione amministrativa che fornisca, in una prospettiva integrata, adeguata tutela agli interessi coinvolti, si è determinato un pluralismo di fonti e di poteri concorrenti, i quali costituiscono singoli nodi di una rete che favorisce lo scambio di informazioni tra i poteri amministrativi, causando una recessione delle categorie di direzione ed orientamento delle condotte, compatibili con una struttura dirigista e verticalista dello stato. Mediante la regolazione di carattere promozionale, si è, pertanto, determinata una trasformazione degli schemi provvedimentali generali ed astratti in disposizioni provvisorie, ma mirate al caso particolare e concreto al fine di soddisfare, volta per volta, i bisogni emergenti<sup>13</sup>. Questa prassi denota l’esigenza da parte degli attori privati di partecipare attivamente al procedimento di formazione di decisioni e provvedimenti incidenti nella vita di relazione dei singoli al fine di promuovere e avviare, grazie alla loro competenza ed esperienza tecnica, dei processi decisionali funzionali a garantire tutela alla pluralità di interessi sensibili e, contestualmente, soddisfacimento alle pretese di parte privata.

In conclusione, discende da tale inquadramento la possibilità di ricondurre la “modernità” ad una realtà sociale in cui spontaneamente sia stata creata una rete di poteri condivisi e limitati, la quale mira ad attuare un indirizzo programmatico, funzionale a “provocare

---

<sup>13</sup> A. Catania, *Manuale di teoria generale del diritto*, p. 154 ss. L’Autore afferma che con l’avvento dello Stato sociale si assiste ad una concretizzazione o una “fatticizzazione” del diritto rendendolo strumento mirato al particolare e al concreto.

l'esercizio di atti conformi" da parte degli individui destinatari dei provvedimenti amministrativi<sup>14</sup>.

*3. Dalla funzione promozionale del diritto al diritto condizionale: analisi di un nuovo tipo di regolazione*

Alla luce delle riflessioni sviluppate sino a questo punto, è possibile affermare che, a livello di teoria generale, la funzione promozionale del diritto rappresenta uno strumento attraverso cui, nelle decisioni pubbliche, vengono introdotti degli stimoli volti ad indurre i destinatari al compimento di certe determinate condotte. Quest'ultime, alla loro realizzazione, causeranno, a vantaggio della parte privata, la concretizzazione di conseguenze favorevoli, le quali possono essere ricondotte alla categoria delle sanzioni positive<sup>15</sup> e, contestualmente, garantiranno l'individuazione del corretto bilanciamento tra gli interessi pubblici coinvolti al fine di assicurarne tutela e protezione. Le decisioni condizionate devono, quindi, essere intese quali fattispecie che presuppongono la conformazione della condotta di un determinato operatore privato ai condizionamenti

---

<sup>14</sup> Si rinvia a questo proposito a P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007; si veda, inoltre, A. Catania, *Manuale di teoria generale del diritto*, p. 148 ss., il quale evoca l'immagine di un circuito in cui singole decisioni abbiano il potere di influenzare i comportamenti dei destinatari. Quest'ultimi identificano la decisione che pretende obbedienza come normativa e ad essa decidono di conformarsi. Si rinvia, inoltre, sul tema a N. Bobbio, *op. cit.*, p. 14 ss.

<sup>15</sup> Con l'espressione sanzioni positive si rinvia a forme di incoraggiamento o promozione orientate alla realizzazione da parte degli attori statuali di "comportamenti socialmente utili". In tal senso, si veda in dottrina A. Catania, *Manuale di teoria generale del diritto*, p. 149 ss., il quale è molto scettico quanto alla possibilità di abbinare il diritto promozionale all'utilizzazione di sanzioni positive, in quanto osservando attentamente alcuni programmi che sono stati realizzati nel corso del XX secolo è possibile riconoscere l'utilizzazione di tecniche promozionali basate sia sull'utilizzazione di sanzioni positive sia su quelle negative. In tal senso, l'Autore rinvia al programma di ripopolamento della Siberia, il quale è stato sperimentato in due modi: o mediante la sanzione negativa della deportazione o attraverso incentivi quali il riconoscimento alla residenza moscovita solo a seguito di un periodo quinquennale in cui si è dimorato e lavorato nella regione ad est della Russia.



introdotti, al fine di ottenere la concretizzazione di conseguenze preordinate<sup>16</sup>.

La ratio sottesa all'apposizione di tali prescrizioni condizionanti è finalizzata a garantire un corretto ed equilibrato bilanciamento tra la pluralità di interessi posti alla base della determinazione di carattere amministrativo, al fine di garantire una tutela non più frazionata, ma, come già anticipato, "sistemica"<sup>17</sup>. Tali condizionamenti mirano, in definitiva, a tutelare gli interessi coinvolti nel rispetto di una logica non ispirata ad un modello di carattere verticale, in cui possano ritenersi prevalenti uno o più interessi a danno di altri<sup>18</sup>, bensì alla concretizzazione di un ordine di carattere orizzontale, in cui, attraverso le prescrizioni di carattere condizionante, si garantisca una tutela integrata alla pluralità di interessi coinvolti, evitando che uno o più di essi sia "aprioristicamente" sovraordinato a discapito degli altri<sup>19</sup>. Trattasi, in altre parole, dell'imposizione di un modello di adozione delle decisioni amministrative il cui obiettivo è quello di garantire una protezione complessiva degli interessi coinvolti, al fine di evitare un'eccessiva espansione di uno dei diritti sotteso alla decisione amministrativa a danno di altri. Pertanto, mediante l'apposizione delle prescrizioni condizionanti si vuole abbandonare una logica ispirata alla sovraordinazione o prevalenza di un interesse, in quanto si mira ad individuare un punto di equilibrio tra interessi paritariamente protetti e reciprocamente "antagonisti", i quali siano coinvolti nel procedimento di adozione della determinazione

---

<sup>16</sup> Il tema della regolazione condizionale è stato affrontato in dottrina da S. Cassese, *op. cit.*, p. 265 ss.; L. Torchia, *op. cit.*, p. 55 ss.

<sup>17</sup> Corte costituzionale, 28 novembre 2012, n. 264 in *Cortecostituzionale.it*, specialmente il considerando in diritto n. 9 e 8.1. In dottrina, si veda M. Cartabia, *Diritto amministrativo e diritti fondamentali*, in L. Torchia (a cura di), *Attraversare i confini del diritto. Giornata di studio dedicata a Sabino Cassese*, Bologna, 2016, p. 176 ss.

<sup>18</sup> In tal senso, F. Salvia, *Ambiente e sviluppo sostenibile*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 1998, p. 235 ss. ha analizzato l'utilizzo da parte della pubblica amministrazione di un potere condizionato utilizzato con lo scopo di "orientare il sistema economico complessivo verso un certo tipo di sviluppo".

<sup>19</sup> In tal senso, si rinvia a M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattivo, comune*, Torino, 2007, p. 254 ss.

amministrativa. A ben vedere, in tale contesto, la clausola condizionale assume il compito di garantire l'instaurazione di un "dialogo" tra gli interessi coinvolti con lo scopo di risolvere l'opposizione che, a livello procedimentale, si è generata tra essi ed assicurando, contestualmente, la possibilità, per il privato, di soddisfare le proprie pretese<sup>20</sup>.

Discende da tale inquadramento che, mediante l'apposizione al provvedimento amministrativo delle clausole condizionali, si garantisce la concretizzazione del principio di proporzionalità<sup>21</sup>, assicurando l'individuazione di un bilanciamento con una "valenza qualitativa"<sup>22</sup>, al fine di fornire idonea tutela e protezione alla pluralità di interessi pubblici coinvolti e determinando, contestualmente, il minor sacrificio possibile per le pretese di parte privata. In altre parole, l'obiettivo primario che si intende perseguire attraverso l'apposizione delle clausole condizionali al provvedimento amministrativo è l'individuazione di uno o più condizionamenti attraverso i quali venga assicurato, nel rispetto dell'ottica del minor sacrificio possibile, la realizzazione delle aspettative di parte privata e, contestualmente, sia garantita protezione agli interessi pubblici coinvolti. Nello specifico, discende da queste considerazioni che, indipendentemente dai risultati che si raggiungeranno mediante l'attuazione del provvedimento nel suo contenuto naturale ed implicito<sup>23</sup>, gli interessi pubblici verranno soddisfatti e garantiti grazie

---

<sup>20</sup> Si veda sul punto G. Pizzanelli, *Conciliare interessi amministrando, nel dialogo tra scienza, tecnica e diritto*, Pisa, 2016, p. 96 ss.

<sup>21</sup> In relazione al principio di proporzionalità i contributi dottrinali sono numerosi. A titolo esemplificativo possono essere citati D. U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale dell'azione amministrativa*, Milano, 1998, p. 171 ss.; A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, p. 166 ss.; A. Massera, *Principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Diritto amministrativo*, 2005, p. 207 ss.; F. Merusi, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012, p. 63 ss.; A. Albanese, *Il ruolo del principio di proporzionalità nel rapporto tra amministrazione e amministrati*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2016, p. 697 ss.

<sup>22</sup> A. Sandulli, *op. cit.*, p. 360.

<sup>23</sup> A tal proposito, il contenuto essenziale del provvedimento amministrativo coincide con ciò che deve necessariamente sussistere per poter individuare una determinata categoria di atto. Il contenuto implicito attiene, invece, a quella parte

all'apposizione delle prescrizioni condizionanti apposte al provvedimento amministrativo.

In tale prospettiva, emerge una modalità diversa ed ulteriore con cui l'interesse pubblico può essere inteso in quanto esso si presenta, per un verso, come la somma di "interessi collettivi" in quanto ascrivibili ad una pluralità di individui, nella loro qualità di imprenditori, di consumatori, di risparmiatori, di investitori. Per altro verso, l'interesse pubblico si caratterizza per essere un "interesse mediato", conseguente all'instaurazione di un rapporto giuridico plurilaterale in cui vengono tenute in considerazione, in una prospettiva di integrazione reciproca, le aspettative dell'attore privato, della pubblica amministrazione e della collettività<sup>24</sup>. Questa qualificazione innovativa di interesse pubblico implica importanti conseguenze in materia di autonomia privata, in quanto risulta chiaro come i privati, autonomamente, non abbiano in sé la capacità di garantire l'effettiva tutela degli interessi pubblici. Contestualmente, è possibile affermare che il giudizio di proporzionalità, a seguito del

---

del provvedimento, la quale non necessariamente deve essere esplicitata, in quanto essa è direttamente prevista dalla legge e prescinde dalla volontà soggettiva e specifica delle parti. Quale esempio di contenuto implicito, apposto al provvedimento amministrativo, si possono menzionare, per esempio in relazione all'autorizzazione, le clausole relative alla durata ed ai doveri dell'autorizzato. In materia di contenuto implicito dell'atto amministrativo, si rinvia a E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 551 ss.; G. Greco, *L'atto amministrativo condizionato*, Torino, 2013, p. 154 ss.; G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, p. 250.

<sup>24</sup> L. Torchia, *op. cit.*, p. 61. A questo proposito, l'Autrice introduce una definizione di interesse pubblico inteso come interesse derivante dal mantenimento degli equilibri tra interessi primari. Secondo la definizione fornita dall'Autrice, l'interesse pubblico è funzionale alla realizzazione di interessi che non sono direttamente ascrivibili in capo alla pubblica amministrazione, ma che risultano attribuibili, in prima istanza, ad una pluralità di soggetti privati. A questo proposito, è stata formulata la possibilità di qualificare una nuova categoria di interesse pubblico, il quale può essere definito come "interesse pubblico generale". Tale qualificazione deriverebbe dalla possibilità di individuare l'interesse pubblico come interesse riflesso e, conseguentemente, come un interesse riconosciuto, genericamente, in capo ad una pluralità di individui ed affidato alla cura di un'autorità pubblica.

quale vengono introdotti nel provvedimento amministrativo i relativi condizionamenti, non possa più essere qualificato quale attività implicita di ponderazione degli interessi svolta dalla pubblica amministrazione, in quanto, soprattutto in riferimento a fattispecie complesse, l'individuazione di prescrizioni condizionanti acquisisce un ruolo di primo piano nel corso dell'istruttoria procedimentale<sup>25</sup>, necessitando che non solamente la pubblica amministrazione, ma anche gli attori privati si possano esprimere in merito. In tal modo si garantisce agli attori privati la possibilità di ampliare la c.d. "cittadinanza amministrativa", da intendersi come facoltà di intervenire nel procedimento amministrativo manifestando il proprio punto di vista e potendo concorrere con i pubblici poteri alla definizione della consistenza e complessità dei pubblici interessi<sup>26</sup>. Ne discende che al fine di assicurare la concretizzazione dei diritti individuali e, contestualmente, garantire adeguata tutela e protezione agli interessi pubblici, è necessaria la concretizzazione di un contraddittorio in cui sia data possibilità sia agli attori privati sia alla pubblica amministrazione di partecipare al procedimento amministrativo in chiave propulsiva e conformativa, al fine di adottare una decisione amministrativa che, mediante i propri condizionamenti, assicuri, per un verso, l'individuazione del corretto bilanciamento tra gli interessi pubblici coinvolti e, per altro verso, il soddisfacimento delle aspettative private causandone il minor sacrificio possibile<sup>27</sup>.

A seguito di questo inquadramento, è possibile affermare che le prescrizioni condizionanti apposte al provvedimento amministrativo introducono una fattispecie che, alla luce degli interessi compresenti e delle situazioni storico-ambientali emerse nel corso dell'istruttoria procedimentale, prescrive un'azione buona in quel determinato contesto per raggiungere uno specifico risultato. Si tratta, dunque, di condizioni che possono essere ricondotte alla categoria degli imperativi ipotetici, in quanto impongono un'azione non buona in

---

<sup>25</sup> In tal senso, si rinvia ad A. Sandulli, *op. cit.*, p. 364.

<sup>26</sup> A. Albanese, *op. cit.*, p. 723.

<sup>27</sup> In merito al tema della partecipazione di carattere propulsivo e conformativo si veda R. Ferrara, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Diritto Amministrativo*, 2017, p. 209 ss.

senso assoluto, ma buona, in quello specifico contesto, se si vuole o si deve raggiungere un obiettivo determinato<sup>28</sup>. La dottrina che si è occupata dello studio delle norme tecniche ha evidenziato come esse, nel settore del diritto<sup>29</sup>, implicino, necessariamente, da parte dell'individuo, il rispetto delle prescrizioni imposte dall'autorità, al fine di usufruire delle conseguenze favorevoli fissate dal dettato normativo. Emerge, dunque, come la conseguenza o il fine raggiunto mediante il rispetto delle prescrizioni imposte non è l'effetto di una causa in senso naturalistico, ma è il risultato che consegue all'aver posto in essere un'azione, considerata dall'ordinamento giuridico lo strumento indispensabile per il raggiungimento di quell'obiettivo<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Gli imperativi ipotetici, quale categoria giuridica, sono stati introdotti da Kant. In materia, il filosofo ha posto in essere una distinzione tra norme tecniche e norme programmatiche. Mentre la prima tipologia di norme introduce un fine possibile o reale, in quanto gli individui possono scegliere di conformarsi o meno ad esso, la seconda categoria di norme mira al raggiungimento di un fine reale inteso come risultato che gli uomini non possono non perseguire. Per chiarire, si consideri quale esempio di norma tecnica il seguente imperativo ipotetico: "Se vuoi imparare il latino, devi fare esercizi di traduzione dall'italiano al latino"; in questo caso il fine è reale perché il singolo può scegliere o meno di perseguire quel particolare risultato. Al contrario, un esempio di norma programmatica è costituita dalla seguente fattispecie: "Se vuoi essere felice, devi dominare le passioni"; in quest'ultimo caso la felicità è configurata da Kant quale fine rispetto a cui la natura umana tende inevitabilmente, poiché tale ricerca è intrinseca nell'uomo. A rigore, si noti come un imperativo programmatico è formulato correttamente se rispetta la formula: "Poiché devi Y, allora X". Per un approfondimento dell'argomento, si veda N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, p. 66 ss.

<sup>29</sup> La dottrina ha studiato il tema delle norme tecniche anche in settori diversi da quello del diritto, giungendo a sostenere come il rapporto sussistente tra causa ed effetto, in relazione a tali norme, è stato oggetto di trasformazione in un legame di mezzo o fine. Si prenda in considerazione questo esempio: "Se vuoi far bollire l'acqua, devi farla scaldare a 100 gradi"; è evidente che questa norma non introduce alcuna forma di imperativo e neppure obblighi, poiché essa traduce, semplicemente, la proposizione descrittiva: "L'acqua bolle a 100 gradi". Pertanto, una volta che il fine a cui il singolo individuo aspira è stato individuato, è necessario e non obbligatorio tenere quella determinata condotta per il raggiungimento dell'obiettivo prefissato. Per una distinzione più approfondita della fattispecie, si rinvia a N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, p. 67 ss.

<sup>30</sup> N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, p. 68.



Da ciò discende che, una volta individuato liberamente il fine, l'azione, che deve essere compiuta per il raggiungimento di quel risultato, è imposta da una regola di condotta connotata dal carattere dell'obbligatorietà poiché diviene la condizione necessaria ed indispensabile per il raggiungimento dell'obiettivo voluto<sup>31</sup>. Ne deriva che ad ogni trasgressione della prescrizione condizionante segue una conseguenza, definita come sanzione negativa e chiamata a concretizzarsi impedendo il raggiungimento del fine che ci si era prefissati ovvero determinando la concretizzazione di un risultato opposto rispetto a quello che ci si proponeva.

In conclusione, si evince da questa descrizione come le disposizioni di carattere condizionale, sebbene riconoscano la possibilità di scelta in capo al singolo operatore privato quanto alla conformazione al loro contenuto, impongono delle regole di condotta riconducibili alla categoria giuridica degli imperativi, in quanto il loro adempimento è necessario per il raggiungimento di uno specifico risultato. Alla luce di questo inquadramento, è possibile, pertanto, affermare che le prescrizioni apposte ai provvedimenti amministrativi non devono essere confuse con la tradizionale qualificazione, di derivazione civilistica, secondo cui la condizione assume la veste di elemento accidentale del provvedimento amministrativo<sup>32</sup>, in quanto, in questo contesto, tali fattispecie condizionanti ricoprono il ruolo di "clausola prescrittiva-condizionale"<sup>33</sup>. Quest'ultima deve essere intesa quale fattispecie che introduce una regola di condotta, il cui adempimento diviene il presupposto necessario ed indispensabile per permettere al privato di raggiungere il fine che si era liberamente prefissato. Contestualmente, la ratio sottesa alla "clausola prescrittiva-condizionale" è volta a garantire il soddisfacimento e ad individuare il corretto bilanciamento tra gli interessi coinvolti al fine di determinare la concretizzazione della c.d. "tutela sistemica", da intendersi quale

<sup>31</sup> In tal senso, si rinvia a N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, p. 68 ss.

<sup>32</sup> A tal proposito si veda A. De Valles, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, 1916, il quale ammette la possibilità di introdurre nel provvedimento amministrativo figure giuridiche in grado di subordinare l'efficacia giuridica del provvedimento amministrativo al verificarsi di fatti futuri ed incerti

<sup>33</sup> In tal senso, si rinvia a E. Frediani, *Decisione condizionale e tutela integrata di interessi sensibili*, in *Diritto Amministrativo*, 2017, p. 447 ss.

complesso di condizionamenti che concorrono in via paritaria alla realizzazione di un assetto ordinato, unitario e paritario degli interessi coinvolti.

*4. Il modello del command and control e studio delle nuove possibili modalità di regolazione*

Dall'analisi condotta nel precedente paragrafo, emerge come, affinché la pubblica amministrazione possa introdurre, nel provvedimento amministrativo, delle prescrizioni di carattere condizionale, deve poter essere titolare di uno *spatium deliberandi*, in cui, pur nel rispetto del minor sacrificio possibile, possa procedere all'individuazione di condizionamenti. Tale considerazione, come già accennato nella parte conclusiva del precedente paragrafo, implica la necessità di analizzare il contenuto dei contributi partecipativi di parte privata, volgendo particolare attenzione alla funzione collaborativa della partecipazione procedimentale<sup>34</sup>. Nel dettaglio, la partecipazione a scopo collaborativo rappresenta il superamento di una logica partecipativa di carattere meramente avversariale e difensiva con l'obiettivo di adottare decisioni amministrative che, sotto un profilo qualitativo<sup>35</sup>, siano frutto di un percorso di determinazione condiviso.

---

<sup>34</sup> Per una lettura in chiave di partecipazione procedimentale di carattere collaborativo, si veda C. E. Gallo, *La partecipazione al procedimento*, in P. Alberti, G. Azzariti, C. E. Gallo, M. A. Quaglia, *Lezioni sul procedimento amministrativo*, Torino, 1994, p. 55 ss.; M. D'Alberti, *La "visione" e la "voce": le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2000, p. 1 ss.; S. Cassese, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, p. 3 ss.; U. Allegretti, *Procedura, procedimento e processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Diritto amministrativo*, 2007, p. 779 ss.; M. Calabrò, *Potere amministrativo e partecipazione procedimentale. Il caso ambiente*, Napoli, 2006, p. 105 ss.; M. Cocconi, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Padova, 2010, p. 95 ss.

<sup>35</sup> Sul punto si veda A. Sandulli, *op. cit.*, p. 359 ss. L'Autore afferma che una decisione può definirsi congrua nella misura in cui venga condotta un'istruttoria volta ad analizzare il carattere "qualitativo" del bilanciamento. Nel dettaglio, l'Autore afferma che, nell'istruttoria procedimentale, occorre verificare se sia

In altri termini, la partecipazione collaborativa alla determinazione delle prescrizioni condizionali mira a garantire, grazie ai “saperi esperti”<sup>36</sup> di cui sono titolari gli attori privati, la conoscibilità dei “fatti complessi”<sup>37</sup>, che si palesano nel corso dell’istruttoria procedimentale. In tal modo, si garantisce alla scienza e alla tecnica di penetrare nel mondo dei provvedimenti amministrativi e di assicurare il corretto bilanciamento e la giusta composizione degli interessi coinvolti, mediante l’apposizione al provvedimento amministrativo di condizionamenti, che determinano una tutela integrata delle fattispecie rilevanti.

Discende da tale inquadramento l’esigenza di analizzare come, attraverso le determinazioni amministrative di carattere condizionale, le tradizionali modalità di adozione delle decisioni, ispirate al rispetto di logiche di tipo verticale, si possano ritenere superate a favore di un’apertura del procedimento decisionale verso il “basso”, al fine di garantire l’emersione dei plurimi e diversi interessi coinvolti ed il loro “assorbimento” in una prospettiva di integrazione e contestuale azione tra i diversi attori delle decisioni amministrative<sup>38</sup>. In particolare, in questa prospettiva, risulta messo in discussione il modello decisionale del *command and control*, da intendersi quale strumento di adozione delle decisioni amministrative, il quale presuppone un primo momento, coincidente con il c.d. *command*, in cui l’amministrazione procede all’imposizione di norme coattive che prescrivono determinati comportamenti che i consociati devono rispettare al fine di fruire, laddove il diritto abbia una funzione

---

possibile giustificare una scelta attraverso parametri di carattere “qualitativo”, i quali possono essere ricondotti alla logica della “plausibilità” o “accettabilità”. Si rinvia, inoltre, a S. Cognetti, “Quantità” e “qualità” della partecipazione. Tutela procedimentale e legittimazione processuale, Milano, 2000, p. 123 ss.

<sup>36</sup> In ordine al tema dei saperi esperti si veda M.C. Tallacchini, *Ambito e fonti del biodiritto*, in *Trattato di biodiritto*, S. Rodotà, P. Zatti (a cura di), Milano, 2010; R. Ferrara, *Etica, ambiente e diritto: il punto di vista di un giurista*, R. Ferrara, M. A. Sandulli (a cura di), in *Trattato di diritto dell’ambiente*, Milano, 2014, p. 14 ss.

<sup>37</sup> F. Levi, *L’attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Torino, 1967.

<sup>38</sup> Si veda L. Torchia, *Diritto amministrativo, potere pubblico e società nel terzo millennio o della “legittimazione inversa”*, in *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, 2008, p. 45 ss.

promozionale, della sanzione c.d. positiva ovvero al fine di evitare, nei sistemi di carattere autoritativo-repressivo, la concretizzazione della sanzione c.d. negativa. Al primo momento del *command*, segue la fase del *control*, in cui, attraverso dei meccanismi di accertamento, funzionali a verificare l'effettivo rispetto delle norme da parte dei consociati, si constata se sussistono i presupposti per l'applicazione della sanzione positiva ovvero di quella negativa<sup>39</sup>. Discende da tale descrizione che i modelli di regolazione basati sulla logica del *command and control* siano riconducibili a due distinti momenti rappresentati da una preliminare fase di comando ispirata ad una logica di tipo verticale in cui il volere dell'autorità esclude qualsiasi apporto collaborativo proveniente dal basso e determina l'adozione di una determinazione di carattere unilaterale<sup>40</sup>, mentre la fase successiva, detta di controllo, implica l'attuazione di sistemi di verifica *ex post* funzionali ad accertare se vi sia stato il rispetto della decisione da parte del destinatario del provvedimento.

Questo modello di decisione presuppone che l'apparato pubblico sia titolare di conoscenze ed informazioni accurate e dettagliate, funzionali all'individuazione di divieti e di obblighi e, conseguentemente, all'imposizione di standard di comportamento volti a garantire la piena tutela agli interessi coinvolti nella fattispecie concreta. In altre parole, tali strumenti di regolazione ammettono che la pubblica amministrazione sia in possesso della pluralità di dati necessari per l'adozione di decisioni adeguate alla situazione fattuale, escludendo, in tal modo, ogni contributo partecipativo di "parte" privata.

Dalla descrizione sin qui condotta risulta riconducibile al modello del *command and control* il carattere della "rigidità", in quanto trattasi di uno schema decisionale in cui aprioristicamente è

---

<sup>39</sup> In tal senso, si rinvia a R. Cellerino, *Comando e controllo*, G. Gamba, G. Martignetti (a cura di), in *Dizionario dell'ambiente*, Torino, 1995, p. 168. In particolare, i sistemi di *command and control* rappresentano una modalità di regolazione estremamente importante in materia ambientale. A tal proposito, si rinvia a M. Cafagno, *op. cit.*, p. 327 ss. ed a L. Giani, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002, p. 27 ss.

<sup>40</sup> In tal senso, si rinvia a M. S. Giannini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1967, p. 94 ss.

stata condotta dalla pubblica amministrazione una valutazione degli interessi e dei diritti coinvolti a livello procedimentale, senza tenere in considerazione l'esigenza di una "gestione adattiva e flessiva" dei diritti, senza analizzare la variabilità delle possibili combinazioni di interessi pubblici ed esigenze private<sup>41</sup> e senza considerare che molto spesso la pubblica amministrazioni non è a conoscenza di quei saperi specialistici che garantiscono l'adozione di soluzioni orientate a tutelare la pluralità di fattispecie coinvolte nella decisione amministrativa<sup>42</sup>. Si manifesta, quindi, la necessità di ripensare i tradizionali schemi di adozione dei provvedimenti amministrativi al fine di sviluppare dei processi decisionali ispirati alla logica della cooperazione, assicurando, attraverso i contributi conoscitivi dei "saperi esperti", l'emersione di tutti gli interessi coinvolti nella determinazione e, conseguentemente, la formazione di decisioni amministrative in cui, grazie agli apporti conoscitivi di tutti gli attori

---

<sup>41</sup> Sul punto, rilevante è il contributo di G. Berti, *Procedimento, procedura e partecipazione*, Aa. Vv. (a cura di), in *Scritti in onore di F. Guicciardi*, Milano, 1975, p. 800 ss., il quale evidenzia che il procedimento in senso sostanziale, in quanto basato sulla partecipazione e sul contraddittorio, determina la possibilità di effettuare, secondo una nuova prospettiva, il confronto tra gli interessi. In particolare modo, gli interessi pubblici non possono essere considerati quale dato predeterminato da parte della legge, ma necessitano di essere individuati di volta in volta attraverso i contributi partecipativi emersi nel corso dell'istruttoria procedimentale. In questa prospettiva, si veda anche G. Berti, *La definitività degli atti amministrativi*, in *Archivio giuridico*, 1965, p. 107 ss. in cui l'Autore afferma che l'interesse pubblico può essere considerato quale fattispecie che prende corpo nel corso del procedimento solamente se si rinunci a considerarlo come "alcunché di legato al soggetto e ad esso rapportabile". Si rinvia, inoltre, G. Pastori, *Interesse pubblico ed interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, II, Milano, 1994, p. 1313 ss., il quale afferma che gli interessi pubblici si costruiscono durante l'esercizio del potere amministrativo. Da ultimo, si veda U. Allegretti, *L'amministrazione dell'attuazione costituzionale alla democrazia partecipativa*, Milano, 2009, p. 152 ss., il quale afferma che l'interesse primario individuabile in ogni specifico atto deve essere degradato ad "interesse specifico" di cui non è assicurata automaticamente la soddisfazione e neppure la misura e la modalità con cui potrà essere soddisfatto. L'Autore evidenzia che per queste ragioni l'interesse in questione difficilmente potrà continuare ad essere qualificato quale interesse primario.

<sup>42</sup> R. Ferrara, *op. cit.*, p. 268 ss.



coinvolti, sia possibile valutare caso per caso il miglior bilanciamento e garantire la concretizzazione di una tutela sistemica<sup>43</sup>. In definitiva, mediante le decisioni amministrative si dovrebbe assicurare, alla luce delle esigenze emerse nel corso dell'istruttoria procedimentale, l'adozione di un provvedimento che, attraverso i condizionamenti, possa individuare la migliore ponderazione e salvaguardia delle esigenze pubbliche causando il minor sacrificio possibile alle aspettative di parte privata.

Da tali considerazioni rileva che le decisioni amministrative adottate secondo lo schema del *command and control* rischiano di essere scarsamente effettive, in quanto non risultano orientate a tutelare in una prospettiva integrata i pubblici interessi coinvolti e le aspettative private<sup>44</sup>. In particolar modo, le determinazioni amministrative, laddove siano state adottate rispettando il meccanismo del *command and control*, rischiano di essere poco rispondenti alle diverse e plurime esigenze della società civile, causando in tal modo la possibilità che tali decisioni siano disattese da parte dei loro stessi destinatari poiché ritenute non adeguate a fornire tutela alla maggior parte degli interessi coinvolti<sup>45</sup>.

Alla luce di queste riflessioni, la logica del *command and control* si rivela antitetica rispetto alla “gestione adattiva e flessibile” del diritto richiesta dalle prescrizioni di carattere condizionale. In altre

---

<sup>43</sup> In relazione al tema della partecipazione di carattere collaborativo, si veda A. Zito, *Il principio del giusto procedimento* in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 509 ss., in cui si afferma che il principio del giusto procedimento si connota come “garanzia di accoglienza nella procedura del sostrato materiale che sarà oggetto di configurazione giuridica”. L'Autore evidenzia che per “materialità” si intendono tutte le “soggettività sociali” che si fanno portatrici di interessi e fatti e che si collocano all'esterno dell'apparato decisionale pubblico.

<sup>44</sup> In relazione al tema dell'effettività delle decisioni, si rinvia a L. Bobbio, *Le arene deliberative*, in *Rivista italiana di politiche pubbliche*, 2002, p. 5 ss.; I.D. *La democrazia deliberativa nella pratica*, in *Stato e mercato*, 2005, p. 3 ss.; M. Cammelli, *Considerazioni minime in tema di arene deliberative*, in *Stato e mercato*, 2005.

<sup>45</sup> Si rinvia, a tal proposito, a M. Raveraira, *I “privati”: nuovi possibili attori nella valutazione delle regole “pubbliche”*. *I plurimi aspetti di un rapporto polimorfico*, Relazione al convegno “Buone” regole, democrazia e sviluppo. La valutazione normativa nella dialettica tra pubblico e privato, Roma, 2005.

parole, se la ratio sottesa all'apposizione di clausole condizionali è la necessità di tutelare in una prospettiva integrata gli interessi pubblici coinvolti in uno specifico procedimento amministrativo, diviene necessario sviluppare un percorso di formazione delle decisioni amministrative basato sul rispetto di logiche cooperative e sussidiarie, in guisa da correggere e superare gli abituali standard decisori ed al fine di rendere le prescrizioni condizionanti confacenti alle peculiarità delle fattispecie coinvolte nei procedimenti decisori<sup>46</sup>.

In tal senso, è possibile prospettare, mediante la partecipazione privata al procedimento di adozione della determinazione amministrativa, un nuovo modello di *governance* orientato ad un sistema reticolare in cui la cooperazione ed il dialogo tra società civile e pubblici poteri divengano gli strumenti indispensabili per raggiungere delle decisioni amministrative<sup>47</sup>. Tale modello decisionale si ispira alla democrazia partecipativa e mira all'instaurazione di un rapporto dialogico volto verso una comunicazione, per così dire, orizzontale in cui, grazie alla possibilità di intervenire nel procedimento amministrativo, si annulla il divario tra pubblica amministrazione e privati e si instaura, attraverso i contributi partecipativi privati, uno schema relazionale di carattere cooperativo che mira alla paritarietà in termini di peso decisionale<sup>48</sup>. Emerge, in definitiva, la necessità che la pubblica amministrazione operi al fine di

---

<sup>46</sup> M. Cafagno, *op. cit.*, p. 339. In questa prospettiva, si tenga in considerazione, inoltre, quanto affermato da parte di L. Giani, *op. cit.*, p. 155 ss., secondo cui la regolazione basata su contributi di carattere partecipativo non deve essere intesa come una frattura rispetto al passato, bensì come una naturale evoluzione del sistema sotto lo specifico profilo dei rapporti tra componente pubblica e società civile, nonché in ordine allo specifico profilo istituzionale.

<sup>47</sup> In questa prospettiva, si rinvia a S. Cassese, *Oltre lo stato*, Roma-Bari, 2006. L'Autore evidenzia come la partecipazione "all'arena internazionale" abbia acquisito nel corso del tempo il carattere di "diritto umano". In questa prospettiva, si pongono, inoltre, le riflessioni di R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2005, p. 226 ss.

<sup>48</sup> Sul punto si veda G. Berti, *op. cit.*, p. 799, il quale afferma che il riconoscimento di una partecipazione di carattere collaborativo significa "sollevare il cittadino da una condizione di pura soggezione" e renderlo un terminale attivo che, in qualità di coamministrante, intervenga nel procedimento di formazione della decisione amministrativa.

garantire l'emersione di logiche di adozione delle decisioni amministrative, che si avvicinino al modello della demarchia benvenutiana, la quale mira a garantire l'instaurazione del "contraddittorio paritario in contestazione", da intendersi quale strumento che, nei procedimenti decisionali, garantisca il coordinamento non gerarchico dei soggetti pubblici e privati al fine di adottare un provvedimento amministrativo condiviso, in cui possano essere, dapprima, individuati e, successivamente, valutati e bilanciati tutti gli interessi coinvolti nel procedimento, con lo scopo di adottare una decisione che, alla luce delle esigenze emerse nel corso dell'istruttoria procedimentale, sia capace di assicurare la miglior soddisfazione possibile sia dell'interesse pubblico sia di quello privato<sup>49</sup>.

Alla luce di questo inquadramento, è possibile affermare che si assiste ad una nuova modalità di svolgimento delle attività decisionali pubbliche, le quali si ispirano ad uno schema riconducibile al modello del *control on command*. Questo schema decisionale prevede che la fase di controllo non sia più relegata ad un momento *ex post*, ma riguardi uno stadio preliminare coincidente con la fase in cui si pervenga alla determinazione del contenuto della decisione finale. In altre parole, poiché si ambisce all'introduzione di un nuovo schema di adozione delle decisioni amministrative, il quale riconosca la possibilità sia agli attori pubblici sia a quelli privati di contribuire alla determinazione del *quomodo* del *command*, si determina, contestualmente, la necessità di anticipare e di ricondurre il momento di "controllo" relativo al contenuto della decisione finale alla fase dell'istruttoria procedimentale. Nel dettaglio, la fase del *control* deve essere orientata a vagliare il contenuto dei condizionamenti che verranno apposti alla decisione pubblica, al fine di verificare quale sia la soluzione che possa garantire un'idonea tutela degli interessi pubblici coinvolti, senza gravare eccessivamente sugli interessi ed aspettative dell'attore privato. Ne discende che tale momento di

---

<sup>49</sup> In questo senso, rilevanti sono i contributi di F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino, tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994; F. Merusi, *Diritti fondamentali e amministrazione (o della "demarchia" secondo Feliciano Benvenuti)*, in *Diritto amministrativo*, 2006, p. 543 ss.

“controllo” deve essere posto in essere da parte della società civile, in quanto è quest’ultima che, alla luce delle conoscenze tecniche e specialistiche di cui dispone, può fornire alla pubblica amministrazione gli strumenti necessari per garantire l’individuazione di tutti gli interessi coinvolti in uno specifico procedimento amministrativo e, successivamente, assicuri l’adozione di una soluzione che tenga conto delle migliori tecniche disponibili<sup>50</sup>.

Discende da questo inquadramento che, mediante il sistema decisionale ispirato al *control on command*, si promuove l’effettività dei provvedimenti amministrativi, in quanto, coinvolgendo la società civile nei procedimenti di determinazione delle decisioni, si garantisce l’adozione di soluzioni che siano accettate dai consociati, perché conseguenti ad un procedimento amministrativo partecipato ed orientato all’adozione di una decisione finale, il cui contenuto sia volto a soddisfare le aspettative private ed a garantire un equilibrio degli interessi coinvolti<sup>51</sup>.

In tale contesto, obiettivo della pubblica amministrazione diviene quello di fornire impulsi in capo al privato con il duplice scopo di stimolarlo ad intervenire nel procedimento di determinazione della decisione amministrativa e, contestualmente, con l’intento di fornire dei parametri di caratteri metodologico attraverso cui la “parte” privata possa partecipare al procedimento di determinazione della decisione finale in chiave collaborativa e propositiva<sup>52</sup>. Concretamente, mediante tale percorso di formazione

---

<sup>50</sup> Sul rapporto tra tecnica e diritto, si veda quanto affermato da R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, p. 268 ss. Rilevante è, inoltre, il contributo di R. Ferrara, *L’incertezza delle regole tra indirizzo politico e “funzione definitoria” della giurisprudenza*, p. 209 ss., in cui l’Autore parla di “saperi esperti”, vale a dire il personale specializzato titolare di conoscenze e competenza specializzate. Si veda, inoltre, S. Grassi, *Procedimenti amministrativi e tutela dell’ambiente*, in M. A. Sandulli (a cura di), *Il codice dell’azione amministrativa*, Milano, 2010, p. 1284 ss.

<sup>51</sup> Contestualmente, il sistema del *control on command* determina un incentivo all’individuazione di modalità di svolgimento delle attività private che siano funzionali ad abbassare i limiti introdotti, garantendo il massimo soddisfacimento delle esigenze rilevanti in ordine alla fattispecie concreta.

<sup>52</sup> A tal proposito, si rinvia a di H. Simon, *Il comportamento amministrativo*, Milano, 2004, p. 199 ss. L’Autore evidenzia come l’individuazione di una modalità di regolazione basata sullo sviluppo di un rapporto di tipo reticolare in cui

degli schemi mentali dei soggetti privati attraverso cui sia loro riconosciuta la possibilità di intervenire nel momento decisionale, si conduce, contestualmente, un procedimento di addestramento della componente pubblica, in quanto, a seguito dell'intervento partecipativo privato, si accrescono le informazioni e le conoscenze di cui dispone la pubblica amministrazione e sulla base delle quali la decisione dovrà essere adottata<sup>53</sup>.

---

sussistono delle relazioni dialogiche e comunicative tra gli attori pubblici e privati implica l'instaurazione di un procedimento, mediante cui la componente pubblica possa stimolare ed influenzare il soggetto privato, con lo scopo di sollecitarne una risposta funzionale a garantire la sua partecipazione al procedimento di determinazione del contenuto della decisione. Il modello comunicativo così delineato manifesta chiaramente la propria attitudine a concretizzarsi quale momento di addestramento del privato, da intendersi quale mezzo attraverso cui poter sopperire ai difetti derivanti da un tipo di regolazione di carattere autoritativo al fine di determinare un contributo partecipativo, da parte dell'attore non statale, orientato e, contestualmente, idoneo a garantire l'emersione della pluralità di interessi rilevanti. Tali considerazioni ci permettono di affermare che, mediante il modello dell'addestramento, la pubblica amministrazione deve avere la capacità di spronare il soggetto privato al fine di fornirgli un impulso a partecipare al procedimento decisionale; inoltre, mediante la partecipazione privata devono emergere quegli elementi conoscitivi estranei alla componente pubblica, ma indispensabili, al fine di adottare una determinazione amministrativa che ponga in essere un bilanciamento equilibrato e ragionevole quanto alla pluralità di interessi emersi. In questa prospettiva, si veda anche R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, p. 139 ss., il quale afferma che la decisione sarà "tanto più razionale quanto più razionale ne sia stato il percorso formativo". Ciò significa che il carattere di razionalità attribuibile ad una decisione è strettamente connesso alla completezza delle informazioni acquisite nell'iter procedurale; pertanto, solamente nell'ipotesi in cui l'istruttoria sia razionale, in quanto orientata ad acquisire tutti i fatti semplici e complessi costitutivi delle vicende procedurali, la decisione adottata potrà definirsi razionale. Rilevanti, sul tema, sono inoltre, gli studi condotti in F. Levi, *op. cit.*, p. 25 ss., ID., *Partecipazione e organizzazione in Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1977, p. 1625.

<sup>53</sup> In tal modo si garantisce anche il superamento delle asimmetrie informative della pubblica amministrazione. In altre parole, attraverso i contributi partecipativi privati si accrescono i saperi esperti e specialistici e si permette alla pubblica amministrazione di superare i deficit cognitivi in cui può incorrere. In tal senso, si rinvia a M. Simoncini, *op. cit.*, p. 219 ss.



In conclusione, le riflessioni condotte in questa sede mostrano l'esigenza di sviluppare una nuova modalità di adozione delle decisioni amministrative, orientata all'attuazione di un sistema reticolare basato sullo sviluppo di relazioni dialogiche e comunicative tra componente pubblica e privata attraverso cui garantire un'equilibrata ponderazione tra la pluralità di interessi coinvolti. Il modello scaturente da tale analisi permette di affermare che, coinvolgendo i consociati nel procedimento di definizione delle determinazioni di carattere pubblicistico, si ammette una "legittimazione attraverso la procedura", la quale rinvia, da parte dei destinatari, all'accettazione ed osservazione del contenuto delle decisioni finali, in quanto scaturenti da un procedimento partecipato. Ciò significa che le decisioni vengono considerate, da parte dei privati, legittime nella misura in cui si sia, dapprima, istituzionalizzato un processo di apprendimento, da intendersi quale momento in cui vi sia una "ristrutturazione delle aspettative tramite un processo effettivo di comunicazione che si svolge secondo regole giuridiche"<sup>54</sup> e, successivamente, sia stato riconosciuto un potere di scelta in capo al privato circa la possibilità di recepire gli stimoli forniti dalla pubblica amministrazione e, conseguentemente, di partecipare al procedimento di determinazione della decisione amministrativa.

Da tale inquadramento, discende che i fondamenti delle decisioni amministrative di carattere condizionato non devono più essere ricercati in norme superiori, autoritative e statiche espressione della rigidità e del "centralismo", inteso quale forma di accentramento del potere decisionale, ma, al contrario, è nella variabilità delle decisioni amministrative, adottate conseguentemente all'instaurazione di un rapporto dialogico tra pubblica amministrazione e privati, che è possibile rinvenirne la loro validità.

---

<sup>54</sup> In ordine alle riflessioni qui svolte in materia di partecipazione privata alla determinazione delle decisioni di carattere pubblicistico, quale momento mediante cui ristrutturare le aspettative dei consociati si rinvia a N. Luhmann, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Milano, 1995, p. 34 ss. e p. 207 ss.

5. *L'uso del diritto condizionale al di fuori dei confini nazionali: apertura verso un modello reticolare*

La conclusione cui si è pervenuti nel paragrafo precedente evidenzia l'importanza dei contributi partecipativi privati quanto alla determinazione delle clausole prescrittive-condizionali apposte ai provvedimenti amministrativi. A questo punto, è importante verificare se sia possibile configurare, non solamente su di un piano di teoria generale del diritto, ma anche sotto un profilo di carattere pratico-operativo, la partecipazione privata al procedimento amministrativo quale strumento funzionale all'individuazione dei pubblici interessi coinvolti nel processo decisionale. Contestualmente, sarà necessario interrogarsi sui caratteri della cooperazione e collaborazione tra pubblica amministrazione e privati quanto alla determinazione della decisioni pubbliche e delle condizioni apposte ai provvedimenti amministrativi.

A tal proposito, è bene ricordare come la partecipazione procedimentale, nell'ordinamento europeo, sia stata da sempre considerata espressione del più ampio principio di "buona amministrazione procedurale"<sup>55</sup>. In tale contesto, la partecipazione al procedimento amministrativo, da intendersi come diritto di accedere al fascicolo ed ai documenti e come diritto di essere ascoltati prima della formale adozione del provvedimento pregiudizievole, ex art. 41 della Carta di Nizza, è qualificata da parte delle Istituzioni dell'Unione Europea e dalla Corte di Lussemburgo quale espressione del diritto di difesa<sup>56</sup>. Si precisa che, poiché l'articolo 41 della Carta dei diritti dell'Unione Europea è rubricato "diritto ad una buona amministrazione", è possibile ricondurre i diritti in esso descritti non solo al diritto di difesa, ma anche alla concretizzazione dell'istituto della buona amministrazione e, più genericamente, del principio del

---

<sup>55</sup> Per una lettura in materia di diritto ad una buona amministrazione, si veda F. Trimarchi Banfi, *Il diritto a una buona amministrazione*, in M. P. Chiti, G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, p. 49 ss.

<sup>56</sup> In tal senso, si rinvia ad A. Simonati, *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato nell'analisi giurisprudenziale*, Milano, 2009, p. 31 ss., A. Scognamiglio, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano 2004.

giusto procedimento, ex art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo<sup>57</sup>. Concretamente, ciò implica che il diritto al contraddittorio procedimentale dovrebbe cessare di essere considerato come mero strumento di difesa del singolo, acquisendo il carattere di mezzo volto a favorire la collaborazione tra i privati e l'amministrazione al fine di giungere ad una determinazione amministrativa espressione di un percorso procedimentale condiviso<sup>58</sup>. A tal proposito, è evidente che, nell'ipotesi in cui il contraddittorio procedimentale superi la semplice accezione di strumento di difesa, i contributi partecipativi di parte privata divengono fattispecie volte non solo a giustificare ed a fornire spiegazioni quanto ai comportamenti tenuti, ma anche ad incrementare il materiale conoscitivo ed istruttorio sulla base del quale la decisione amministrativa necessita di essere assunta. Tale qualificazione della partecipazione procedimentale implica che il privato cessa di essere un mero terminale passivo delle decisioni amministrative, divenendo un soggetto che partecipa attivamente all'adozione della determinazione amministrativa, in quanto ha il potere di fornire un apporto conoscitivo che la pubblica amministrazione dovrà valutare e tenere in considerazione in sede di adozione del provvedimento finale<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> Sull'applicabilità dell'art. 6 CEDU al procedimento amministrativo, si rinvia a Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sentenza 27 settembre 2011, *A. Menarini Diagnostics Srl c. Italia*, in *Giustizia.it*. Si veda, inoltre, A. Scognamiglio, *op. cit.*, p. 199 ss.

<sup>58</sup> E' stato evidenziato, a tal proposito, da G. Della Cananea, C. Franchini, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010, 86 ss., come il principio del *due process of law*, riconosciuto dai giudici dell'Unione Europea, non debba trovare applicazione esclusivamente in relazione ai procedimenti che si svolgono dinanzi alle istituzioni comunitarie, ma, in qualità di principio generale, debba avere riconoscimento in tutti gli ordinamenti degli stati membri. In tal senso, si evidenzia come la disciplina dei procedimenti amministrativi dovrebbe focalizzarsi sull'individuazione di norme generali di *rule-making*, tralasciando di analizzare esclusivamente le procedure di *adjudication*.

<sup>59</sup> Sul punto, si rinvia a A. Zito, *Il «diritto ad una buona amministrazione» nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2002, p. 425 ss., il quale evidenzia che la Carta dei diritti dell'Unione Europea disciplina il rapporto tra amministrazione e privati in modo

Nello specifico, tuttavia, le esperienze dell'ordinamento dell'Unione Europea propendono, attualmente, per l'individuazione di uno schema decisionale ispirato a logiche di tipo verticale, in cui la pubblica amministrazione adotta la decisione amministrativa unilateralmente ed il privato riduce la propria partecipazione al procedimento ad uno strumento di difesa rispetto al provvedimento impositivo proveniente dalla "parte" pubblica. In tale contesto, la partecipazione procedimentale di carattere cooperativo e collaborativo ha sino ad ora ricoperto un ruolo marginale, impedendo ad un sistema di carattere reticolare di concretizzarsi ed articolarsi<sup>60</sup>. Il modello reticolare, laddove riuscisse ad emergere, permetterebbe la configurazione di un'interazione di carattere dialogico e comunicativo tra i singoli nodi, coincidenti con la pluralità di attori pubblici e privati coinvolti, in virtù della quale ognuno potrebbe valorizzare e porre al servizio della collettività le proprie risorse, conoscenze scientifiche e ogni altro elemento di cui il singolo nodo sia portatore. In tale contesto, sarebbe ammissibile la configurazione di un sistema di cooperazione e collaborazione reciproca di carattere orizzontale, in cui attori pubblici e privati collaborino paritariamente per garantire l'emersione della pluralità degli interessi rilevanti e toccati dalla

---

tale da non renderlo mai svantaggioso per gli amministrati. Nel dettaglio, l'Autore afferma che una decisione potrà essere considerata equa solamente nell'ipotesi in cui l'azione amministrativa sia scesa sul terreno "della parità, del dialogo con il privato, del consenso e dell'accordo di natura privatistica". In tema di partecipazione eventuale al procedimento amministrativo, si rinvia, inoltre, a F. Benvenuti, *Disegno dell'amministrazione italiana, Linee positive e prospettive*, Padova, 1996, p. 241 ss.

<sup>60</sup> Sul modello della "rete" in chiave sovranazionale si rinvia ai contributi di T. A. Börzel, *Le reti di attori pubblici e privati nella regolazione europea*, in *Stato e Mercato*, 1998; P. Carrozza, *Il "Multilevel Constitutionalism" e il sistema delle fonti del diritto*, in *Civitas*, 2006; S. Cassese, *La rete come figura organizzativa della collaborazione*, in A. Predieri, M. Morisi (a cura di), *L'Europa delle reti*, Torino, 2001; D. J. Elazar, *Exploring Federalism*, The University of Alabama Press, 1987; F. Ost, M. Van De Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002; A. Pizzorusso, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, Torino, 2008; da ultimo E. Frediani, *La produzione normativa nella sovranità "orizzontale"*, Pisa, 2010.

decisione amministrativa al fine di assicurare l'adozione di una decisione che sia la conseguenza di un progetto condiviso<sup>61</sup>.

A questo punto dell'analisi, ci si può domandare se possano essere individuate delle forme di cooperazione e di determinazione congiunta tra la pubblica amministrazione e gli attori privati al fine di adottare, in un'ottica collaborativa, le prescrizioni di carattere condizionale apposte alla decisione pubblica. In tale prospettiva assume un ruolo di primo piano il diritto ambientale, il quale sta svolgendo il compito di apripista imponendo una nuova modalità decisionale ispirata ad un approccio cooperativo e collaborativo che coinvolge tanto la componente pubblica quanto quella privata nel procedimento di determinazione dei condizionamenti apposti alla decisione pubblica. Tale modello di determinazione congiunta dei provvedimenti di carattere prescrittivo mira ad espandersi anche in altri settori del diritto con lo scopo di determinare l'erompere di un

---

<sup>61</sup> Sulla necessità di un governo della complessità in chiave europea si rinvia a G. Martinico, *Complexity and cultural sources of law in the EU context: from the multilevel constitutionalism to the constitutional synallagma*, in *German law journal*, 2007. In questa prospettiva, è possibile ricostruire il fenomeno delle reti di autorità amministrative indipendenti sulla base di due distinti modelli: nel primo caso, è possibile individuare un'istituzionalizzazione della cooperazione tra autorità amministrative, ex ante, tramite l'utilizzazione della legge. Nella seconda ipotesi, vi è un eventuale riconoscimento legislativo della consolidata prassi di cooperazione e coordinamento tra singoli organi titolari del potere amministrativo, da intendersi quale recepimento di un *modus operandi* già esistente e funzionante, indipendentemente dal suo riconoscimento da parte del potere pubblico. In tal senso, sebbene in un contesto che eccede l'ambito europeo, si può richiamare a titolo esemplificativo l'esperienza canadese, in cui si sono sviluppate forme di federalismo cooperativo, caratterizzate dalla nascita di intese negoziate "nell'ambito di istituzioni non formalizzate". In questa ipotesi, non si assiste al riconoscimento tramite provvedimento normativo dell'avvenuta creazione del sistema reticolare tra i vertici della federazione e delle province, in quanto il sistema di intese e di conferenze intergovernative nasce a livello di prassi e garantisce al sistema politico canadese una straordinaria flessibilità, riuscendo ad incidere sulla "rigidità formale della struttura costituzionale" canadese. Rilevante in materia è il contributo di T. Groppi, *Canada*, Bologna, 2006, p. 47 ss.



nuovo paradigma attraverso cui possano essere adottate le decisioni amministrative<sup>62</sup>.

A tal proposito, l'attenzione può essere rivolta, a titolo esemplificativo, alla disciplina francese di partecipazione al procedimento ambientale, volta, a seguito dell'introduzione delle due leggi quadro, *les lois Grenelle de l'environnement*<sup>63</sup>, ad estendere quanto più possibile la partecipazione procedimentale dei cittadini al fine di adottare, secondo una logica spiccatamente democratico-partecipativa, una determinazione amministrativa congiunta. Lo scopo della riforma è volto ad introdurre un modello di partecipazione del pubblico molto ampio a prescindere dalla titolarità di situazioni giuridiche soggettive direttamente rilevanti rispetto all'adozione della decisione finale. Tuttavia, il legislatore, originariamente, si era limitato a riconoscere omnnicomprensivamente la possibilità di esercitare il diritto d'accesso e di informazione, ma non aveva, contestualmente, riconosciuto la possibilità di partecipare al procedimento amministrativo in maniera indistinta. Oltre a ciò, era ravvisabile, nella disciplina originaria, un'ulteriore criticità in quanto il sistema di partecipazione procedimentale era ritenuto applicabile solamente agli atti regolamentari che avevano un impatto diretto e significativo sull'ambiente. Pertanto, a seguito di alcune pronunce con le quali il Conseil Constitutionnel ha denunciato i profondi limiti del sistema normativo<sup>64</sup>, è stata introdotta la legge n. 1460 del 2012, con la quale si è garantito omnnicomprensivamente il diritto di partecipazione alla definizione del contenuto di diversi provvedimenti amministrativi in materia ambientale quali, per esempio, le autorizzazioni e le decisioni di carattere regolamentare. Inoltre, è stata assicurata l'effettiva valutazione dei contributi partecipativi privati in quanto, mediante la legge 1460, si è imposto, oltre al dovere di adozione del provvedimento non prima di quattro giorni dalla chiusura della

---

<sup>62</sup> In materia, rilevante è il contributo fornito da parte di F. De Leonardis, *La governance ambientale: alla ricerca di un equilibrio instabile*, in *apertacontrada*, 2010.

<sup>63</sup> La legge Grenelle I è la n. 967/2009, mentre la legge Grenelle II è la n. 788/2010

<sup>64</sup> Conseil Constitutionnel, sentenza 183-184/2011, in [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr) e Conseil Constitutionnel, sentenza 262/2012, in [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr)

consultazione, l'obbligo di pubblicazione delle sintesi delle osservazioni del pubblico. Tali caratteri assicurano un procedimento di adozione della decisioni amministrative ispirato al rispetto di una logica non solamente verticale, ma al contrario orizzontale e cooperativa, mediante la quale si assicura l'emersione della pluralità di interessi pubblici e privati sottesi alla decisione amministrativa. E' evidente, inoltre, che la configurazione di un modello mediante cui si garantisce agli attori privati la possibilità di partecipare all'adozione della decisione amministrativa assicura non solo l'individuazione degli interessi pubblici, ma anche la determinazione di prescrizioni condizionanti idonee a tutelare la pluralità di interessi coinvolti a livello endoprocedimentale. In tal senso, la partecipazione al procedimento supera la qualificazione di mero strumento di difesa e di garanzia del contraddittorio tra pubblica amministrazione e privati, divenendo un mezzo che acquisisce funzione collaborativa e propositiva, al fine di favorire, in primo luogo, l'emersione della pluralità di interessi e fattispecie coinvolte nella determinazione amministrativa e, successivamente, al fine di adottare una decisione amministrativa in cui, attraverso i contributi privati frutto delle conoscenze tecnico scientifiche, sia garantita l'individuazione di clausole condizionanti, idonee a tutelare la pluralità di interessi sottesi alla decisione amministrativa. In altri termini, attraverso la qualificazione della partecipazione procedimentale in chiave collaborativa tra attori pubblici e privati, si adottano dei provvedimenti amministrativi in cui può essere garantito, in aggiunta alla concretizzazione della causa principale del provvedimento, anche l'individuazione di prescrizioni condizionanti volte a tutelare la pluralità di interessi coinvolti nel procedimento decisionale<sup>65</sup>.

Oltre all'esperienza francese ed analizzando il contesto sovraeuropeo, è interessante analizzare la normativa ambientale canadese, la quale prevede una partecipazione della componente privata nella fase di determinazione ed esecuzione dei provvedimenti. In particolare il *Canadian Environment Assessment Act* del 1992 e il

---

<sup>65</sup> In ordine al tema della democrazia partecipativa in Francia, si veda M. Zinzi, *La democrazia partecipativa in Francia alla luce delle recenti riforme legislative*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2014, p. 822 ss.

*Canadian Environment Protection Act* del 1999 introducono delle procedure volte ad assicurare la possibilità sia ai cittadini sia alle associazioni ambientaliste di partecipare alla determinazione del contenuto dei provvedimenti normativi ed esecutivi indipendentemente dalla titolarità di un interesse specifico<sup>66</sup>. Si tratta, anche per l'esperienza canadese, della configurazione di una partecipazione procedimentale in chiave collaborativa, la quale è volta, dapprima, ad assicurare l'emersione della pluralità di interessi coinvolti nel procedimento e, successivamente, l'individuazione, grazie alla cooperazione tra pubblica amministrazione e privati, di prescrizioni condizionanti il cui obiettivo sia garantire una tutela "sistemica" della pluralità di fattispecie sottese alla decisione amministrativa.

Un ulteriore esempio di democrazia partecipativa quanto all'adozione dei provvedimenti prescrittivi è costituito dal modello statunitense dell'EPA Project XL (eXcellence and Leadership). Questo progetto, che rimase attivo tra il 1995 e il 2002, permetteva ai soggetti regolati di concludere con la pubblica amministrazione degli accordi ambientali finalizzati a garantire, attraverso i contributi conoscitivi dei privati, la tutela dei pubblici interessi in cambio della mancata applicazione delle previsioni generali normative in capo agli operatori privati. La pubblica amministrazione, sulla base della presunzione secondo cui gli attori privati sono titolari di più ampie conoscenze tecnico-scientifiche rispetto agli operatori pubblici, incentivava i destinatari dei provvedimenti alla conclusione di accordi

---

<sup>66</sup> A tal proposito, è stato creato il *Canadian Environment Assessment registry*, che attraverso una specifica piattaforma web fornisce informazioni sul procedimento amministrativo in corso. La medesima logica è ravvisabile nel *Canadian Environment Protection Act* in cui è riconosciuto ai cittadini la possibilità di presentare al ministero dell'ambiente segnalazioni sui rischi e danni ambientali attraverso la compilazione di una banca dati on-line. Sull'esperienza partecipativa canadese alla determinazione delle decisioni amministrative, si rinvia a P. L. Petrillo, *Le suggestioni canadesi sulla governance ambientale italiana: dalla legislazione partecipata al "bollino verde" per le leggi*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009, p. 388 ss. e P. L. Petrillo, *La governance ambientale in Canada*, in G. Carpani, M. Carli, M. Cecchetti, T. Groppi, A. Siniscalchi (a cura di), *Governance ambientale e politiche normative*, Bologna, 2008, p. 543 ss.

al fine di garantire la soddisfazione di standard di tutela ambientale più elevati. Contestualmente, mediante tali accordi si mirava ad assicurare il soddisfacimento delle pretese private<sup>67</sup>, attraverso le soluzioni presentate dagli attori privati, le quali si dovevano caratterizzare per l'innovazione e per l'efficacia e che necessitavano, per poter essere approvate, di un'attenta valutazione da parte della pubblica amministrazione, la quale, eventualmente, poteva anche coinvolgere soggetti terzi. Attraverso tale *modus operandi* si permetteva alla pubblica amministrazione di individuare, mediante degli accordi conclusi a seguito di un procedimento a cui le parti pubbliche e private partecipavano in condizione di equiordinazione, soluzioni che caso per caso fornivano la garanzia di attuare standard ulteriori rispetto a quelli minimi fissati dalla legge e, contestualmente, la possibilità di derogare rispetto alla soglia minima di tutela in caso di specialità al fine di assicurare il corretto bilanciamento degli interessi coinvolti nella fattispecie concreta<sup>68</sup>.

Dall'inquadramento di queste esperienze, discende l'individuazione di una parziale apertura dei meccanismi di adozione delle decisioni amministrative agli attori privati al fine di avviare un procedimento volto alla concretizzazione di una decisione il cui scopo

---

<sup>67</sup> Si rileva che la forte crescita di tutela degli interessi privati rischia di causare "l'ossificazione" dell'analisi relativa agli interessi in gioco. Il sistema amministrativo americano tenta di porre rimedio a tale problema attraverso sistemi di deregolazione o soluzioni basate sull'autoregolazione, i quali si allontanano dal modello imperativo ed autoritativo dell'agire pubblico. In tal senso, R. B. Stewart, *Il diritto amministrativo del XXI secolo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2004, p. 13 ss.

<sup>68</sup> A tal proposito, si veda quanto analizzato da M. Simoncini, *op. cit.*, p. 258 ss. A ben vedere, l'ordinamento statunitense utilizza largamente gli strumenti negoziali. A tal proposito, si può ricordare il modello della *regulatory negotiations*, che permette ai privati di contrattare anticipatamente con la pubblica amministrazione il contenuto della regolazione. Si tratta di un procedimento in cui la pubblica amministrazione e i privati negoziano le condizioni da apporre al regolamento amministrativo in posizione di parità. Si tratta di un procedimento in cui il privato ha la possibilità di far emergere maggiormente nel procedimento decisionale gli interessi di cui è titolare, mentre la pubblica amministrazione è titolare di un potere discrezionale, sebbene subordinato al consenso a pena di nullità.

sia fornire una tutela adeguata ed effettiva dell'interesse ambientale. La rilevanza del modello collaborativo è riconducibile all'instaurazione di un momento di contraddittorio, basato sul confronto e sul dialogo tra attori pubblici e privati, in cui, oltre ad assicurare la corretta emersione e composizione degli interessi coinvolti nel procedimento decisionale, si garantisca un percorso condiviso di formazione delle clausole prescrittive condizionanti apposte al provvedimento amministrativo, al fine di individuare il corretto bilanciamento tra i valori in conflitto<sup>69</sup>. Si tratta, in definitiva, di adottare un provvedimento amministrativo che non miri esclusivamente a garantire tutela ad un interesse pubblico predeterminato, in quanto si intende promuovere un procedimento partecipativo di carattere cooperativo, finalizzato all'individuazione di clausole condizionanti indirizzate a fornire tutela e protezione alle diverse situazioni ed interessi coinvolti in quella determinata fattispecie concreta. La garanzia della partecipazione procedimentale privata nella determinazione del contenuto del provvedimento amministrativo e, segnatamente, nella definizione delle clausole prescrittive condizionali necessita, tuttavia, di essere intesa non solamente come "momento stipulativo"<sup>70</sup> tra pubblica amministrazione ed attori privati destinatari diretti della decisione amministrativa, ma quale mezzo volto a garantire collaborazione tra i singoli "nodi" della rete. A tal proposito, il contraddittorio procedimentale potrà garantire una funzione di carattere cooperativo solamente qualora sia il risultato di un procedimento dialogico e comunicativo tra i diversi "nodi" della stessa rete, i quali possono ritenersi legittimati ad intervenire nel procedimento amministrativo, per il semplice fatto che interessi genericamente riconducibili alla collettività siano sottesi alla

---

<sup>69</sup> Il tema della co-determinazione collaborativa degli interessi coinvolti al fine di assicurare un'adeguata armonizzazione del conflitto endoprocedimentale è stato affrontato in dottrina da M. Calabrò, *Potere amministrativo e partecipazione procedimentale*, p. 105 ss.

<sup>70</sup> P. Carrozza, *Il sistema delle autonomie*, Relazione tenuta al Convegno italo-spagnolo di diritto costituzionale sul tema "La tutela costituzionale delle autonomie territoriali", svoltosi il 4 e 5 giugno 2004 presso la Certosa di Pontigiano a Siena.



determinazione amministrativa<sup>71</sup>. In tal senso, solamente laddove si garantisca un “contraddittorio paritario in contestazione”<sup>72</sup> tra la pluralità di “nodi” della rete, potranno scaturire delle decisioni amministrative di carattere condizionato che assicurino una tutela adeguata alle “esigenze funzionali degli interessi economici e sociali” coinvolti nella determinazione amministrativa<sup>73</sup>.

Tale approccio cooperativo e collaborativo, ravvisabile, attualmente, nell’ordinamento francese e canadese, rappresenta, tuttavia, un fenomeno isolato che non è ancora rintracciabile su larga scala, in quanto è evidente che la possibilità di partecipare all’adozione del provvedimento amministrativo ed alle condizioni ad esso apposte, in molti ordinamenti, è riconducibile all’esigenza di ricoprire il ruolo di parte nel procedimento amministrativo<sup>74</sup>. Discende, pertanto, da questo inquadramento come, attualmente, non sia ancora configurabile, su larga scala, un diritto di partecipazione procedimentale alla formazione della decisione amministrativa riconducibile all’adozione di un provvedimento amministrativo che,

---

<sup>71</sup> Rilevante sul punto è la distinzione introdotta da G. Berti, *op. cit.*, p. 800 ss., il quale afferma che laddove venga riconosciuta la possibilità di partecipare all’istruttoria procedimentale al singolo soggetto, colpito direttamente ed individualmente dall’emanazione dell’atto, si dovrebbe parlare di una procedura democratica. Al contrario, laddove si individuino un’istruttoria procedimentale a cui siano legittimati a partecipare sia i gruppi sia i singoli, ma in qualità di portatori di interessi diffusi, occorrerebbe definire il procedimento amministrativo quale espressione di una partecipazione di carattere democratico.

<sup>72</sup> F. Merusi, *Diritti fondamentali e amministrazione (o della “demarchia” secondo Feliciano Benvenuti)*, p. 543. In dottrina, per l’analisi del contraddittorio procedimentale in relazione ai procedimenti “misti” o “composti”, si rinvia a S. Antoniazzi, *op. cit.*, p. 693 ss.

<sup>73</sup> M. Raveraira, *I privati attori di nuove regole pubbliche “migliori”*, in M. Raveraira (a cura di), *Buone regole e democrazia*, 2007, p. 27.

<sup>74</sup> In tal senso, si consideri la sentenza 20 dicembre 2017, C- 664/15, *Protect Natur-,Arten- und Landschaftsschutz Umweltorganisation*, in cui la Corte di Giustizia dell’Unione Europea afferma che deve essere riconosciuto, nei procedimenti autorizzatori in materia ambientale, alle organizzazioni per la tutela dell’ambiente “il diritto di partecipazione, in quanto parte del procedimento”, limitando “il diritto di ricorso per impugnare decisioni adottate in esito a tale procedimento alle sole persone aventi tale qualità”.

mediante le proprie prescrizioni, vada ad incidere su interessi la cui titolarità sia generalmente riconducibile alla collettività degli individui.

#### 6. *Riflessioni conclusive*

Al termine di questa analisi, è possibile evidenziare come, attualmente, i tradizionali schemi di adozione delle decisioni amministrative di carattere tipicamente unilaterale, i quali sono riconducibili alla logica del *command and control*, sono stati affiancati da nuove logiche decisionali di carattere orizzontale, le quali sono volte ad incentivare la cooperazione e la collaborazione tra i singoli soggetti ed autorità coinvolte nel procedimento decisionale al fine di determinare congiuntamente il contenuto del provvedimento amministrativo e dei condizionamenti ad esso apposti.

A tal proposito, è bene precisare che, sebbene il potere di adottare il provvedimento amministrativo spetti in ultima istanza alla pubblica amministrazione, il modello decisionale descritto, il quale configura la categoria dei provvedimenti amministrativi condizionati, assicura sia agli attori pubblici sia a quelli privati di partecipare all'istruttoria procedimentale in una prospettiva propositiva e collaborativa al fine di definire congiuntamente contenuto della decisione amministrativa. In particolare, analizzando le modalità di adozione dei provvedimenti amministrativi condizionati, è possibile evidenziare come l'istruttoria procedimentale possa essere ricondotta a luogo in cui, dapprima, attori pubblici e privati assicurino l'emersione e l'individuazione di tutti i diritti ed interessi coinvolti dalla determinazione amministrativa<sup>75</sup> e, contestualmente, grazie ai

---

<sup>75</sup> In tal senso, si precisa che all'istruttoria procedimentale non può più essere riconosciuto il ruolo di strumento funzionale a garantire la tutela di interessi prioritariamente individuati da parte della legge, in quanto trattasi di luogo di emersione degli interessi pubblici. Ne discende che l'interesse pubblico non può essere qualificato quale fattispecie statica, bensì necessita di essere considerato quale elemento che viene individuato nel corso dell'istruttoria procedimentale. Sul punto, si rinvia a F. Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Rivista*

saperi tecnici e specialistici di cui la parte privata dispone, i quali, come già ricordato, sono spesso molto più ampi di quelli a disposizione della pubblica amministrazione, sia possibile individuare il corretto bilanciamento tra gli interessi coinvolti. Nel dettaglio, questo nuovo modello di adozione delle decisioni amministrative prevede che gli operatori privati abbiano la facoltà di intervenire nell'istruttoria procedimentale con contributi partecipativi di carattere conformativo, attraverso cui sia possibile configurare delle prescrizioni funzionali a garantire il corretto bilanciamento e, conseguentemente, a garantire una tutela di carattere sistemico agli interessi emersi. Il modello condizionale di adozione delle decisioni amministrative, riconosce, inoltre, agli attori privati il potere di esercitare, per il tramite della partecipazione procedimentale, un controllo sul contenuto del *quomodo* della decisione amministrativa al fine di evitare che i condizionamenti introdotti producano eccessivi pesi sull'esercizio delle attività private. Nel dettaglio, la garanzia di un coinvolgimento degli attori privati nell'elaborazione e determinazione del contenuto delle decisioni amministrative garantisce il superamento di una *thin participation* a favore dell'emersione di una *thick participation*, volta ad assicurare il consenso della pluralità di attori pubblici e privati coinvolti sul contenuto decisionale<sup>76</sup>. Ne discende che la discrezionalità amministrativa di cui è titolare la pubblica amministrazione subisce una profonda modificazione in quanto trattasi di uno *spatium deliberandi* in cui gli specifici condizionamenti che necessitano di essere apposti al provvedimento amministrativo non possono essere aprioristicamente individuati dal decisore pubblico, ma risultano essere la conseguenza del contraddittorio procedimentale<sup>77</sup>. Le prescrizioni di carattere condizionale così individuate divengono il risultato di un procedimento partecipativo volto a garantire la corretta individuazione degli interessi coinvolti nella fattispecie concreta al fine di fornire, in una prospettiva

---

*trimestrale di diritto pubblico*, 1952, p. 126; G. Pastori, *op. cit.*, p. 1310 ss.; G. Berti, *Procedimento, procedura e partecipazione*, p. 800 ss.

<sup>76</sup> J. Black, *Proceduralizing regulation*, in *Oxford journal of legal studies*, 2000, p. 297.

<sup>77</sup> In merito al mutamento del senso della discrezionalità amministrativa, si veda G. Berti, *Procedimento, procedura e partecipazione*, p. 793 ss.

integrata, tutela e protezione alla pluralità di interessi coinvolti. Parallelamente, la pubblica amministrazione ha il compito di verificare che gli attori privati non adottino delle condotte opportunistiche sfruttando le asimmetrie informative in cui verte la pubblica amministrazione ed introducendo, in tal modo, delle soluzioni che non siano praticabili, efficaci ed eque<sup>78</sup>. Per ovviare a tale inconveniente, dovere della pubblica amministrazione diviene fornire un'adeguata formazione agli attori privati mirando a "far entrare qualcosa nella mente" e, soprattutto, "nelle azioni di chi riceve"<sup>79</sup>, al fine di garantire la possibilità da parte del privato di partecipare al procedimento amministrativo attraverso contributi che siano orientati ad introdurre soluzioni innovative ed adeguate a fornire tutela agli interessi coinvolti, senza gravare eccessivamente sulle posizioni giuridiche di titolarità degli attori privati<sup>80</sup>. Ulteriore strumento mediante cui la pubblica amministrazione possa assicurare l'individuazione di soluzioni efficaci consiste nell'apertura del procedimento amministrativo a soggetti terzi, i quali permettano alla pubblica amministrazione mediante i propri contributi partecipativi di colmare le asimmetrie informative del decisore pubblico, in maniera tale da rafforzare il potere di collaborare con gli attori privati alla definizione del contenuto delle prescrizioni introdotte. L'immagine evocata rinvia alla figura della rete, la quale richiama una struttura complessa composta da una pluralità di nodi collegati per mezzo di segmenti aventi una natura di connessione o "composizione", al fine di collegare reciprocamente i poteri pubblici e gli attori non statuali attraverso lo scambio e la condivisione di risorse e di informazioni. In altre parole, il modello così descritto prevede un sistema dialogico e

---

<sup>78</sup> Sul punto si veda C. R. Sunstein, *Risk and Reason. Safety, Law, and the Environment*, New York, 2002, 284 ss.

<sup>79</sup> H. Simon, *op. cit.*, 252 ss.

<sup>80</sup> In ordine allo specifico profilo della comunicazione derivante dall'instaurazione di un rapporto tra la componente pubblica e privata, si rinvia a G. Arena, *Introduzione all'amministrazione condivisa* in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, Padova, 1998, p. 158 ss., B. G. Mattarella, *Informazione e comunicazione amministrativa* in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2005, p. 3 ss., P. Marsocci, *Poteri e pubblicità. Per una teoria giuridica della comunicazione istituzionale*, Padova, 2002, p. 64 ss., P. Mancini, *Manuale di comunicazione pubblica*, Bari, 2004, p. 111 ss.

comunicativo in cui i singoli nodi rappresentano forze contrapposte portatrici di interessi diversi, ma orientate alla concretizzazione di un assetto di tipo relazionale fondato sul dialogo e sull'integrazione reciproca di conoscenze ed informazioni<sup>81</sup>. Si tratta, in altre parole, della nascita di un pluralismo di attori concorrenti, i quali costituiscono i nodi di una rete che favorisce lo scambio di informazioni tra i singoli soggetti coinvolti, causando una recessione delle categorie di direzione ed orientamento delle condotte, compatibili con una struttura verticale di adozione delle decisioni amministrative, al fine di individuare delle prescrizioni condizionanti, le quali soddisfino, *case by case*, la pluralità di interessi pubblici e privati coinvolti.

In conclusione, emerge, da questa analisi, che gli interessi pubblici sottesi ad una determinata decisione amministrativa non possono essere predeterminati da parte del legislatore, ma necessitano di essere individuati a seconda delle specificità delle singole fattispecie oggetto della decisione amministrativa. Ne discende che le prescrizioni condizionanti apposte al provvedimento amministrativo divengono lo strumento giuridico necessario per fornire la migliore tutela possibile agli interessi pubblici coinvolti e, contestualmente, riconoscere e non onerare eccessivamente le posizioni giuridiche soggettive di titolarità privata. Per tale motivo, alle prescrizioni conformative introdotte nel provvedimento amministrativo non può essere riconosciuto il ruolo di elemento accidentale, bensì tali condizionamenti devono essere qualificati quali fattispecie introduttive di un contenuto essenziale, in quanto solamente per il loro tramite viene assicurata una tutela agli interessi pubblici coinvolti<sup>82</sup>. Inoltre, al fine di individuare condizionamenti che assicurino la miglior tutela possibile sia agli interessi pubblici sia a quelli privati, si necessita di configurare un sistema di carattere

---

<sup>81</sup> Quanto alla figura della rete quale modello di organizzazione basato sul "coordinamento autonomo non gerarchico" in contrapposizione ad un sistema di "coordinamento gerarchico centrato" si rinvia a S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Bari-Roma, 2003, 21 e ss. e a T. Börzel, *op. cit.*, 393 e ss.

<sup>82</sup> Per una lettura in tal senso e, specificatamente, in relazione ai provvedimenti autorizzatori, si rinvia a M. Simoncini, *op. cit.*, 224 ss. ed a F. Frediani, *op. cit.*, 447 ss.



reticolare basato sulla cooperazione e collaborazione tra i singoli nodi della rete al fine di determinare, in una prospettiva interattiva, lo scambio reciproco di saperi ed informazioni.

**Abstract:** The paper aims to develop and deepen the model of conditioned administrative decisions. This model is characterized by the conformation of the behavior of an individual to the specific prescriptions added to the administrative decision with the aim of protecting public interests involved in the administrative decision-making procedure. The idea I want to elaborate in this paper is that the conditional clause guarantees a systemic and integrated balance between different interests involved in the decision-making procedure. In addition, the focus is on examining the participation techniques to the definition of the conditional clauses in order to explain how the participation is the affirmation of a cooperative and dialogic approach in defining the contents of the conditional clauses added to the administrative decision.

**Keywords:** conditional clauses - systemic protection - control on command - participation in decision-making procedures - network model

**Elena Belliaro** – Dottoressa in Giurisprudenza, Università degli studi di Torino (elena.belliardo@tiscali.it)