

anno 7 numero 5 settembre ottobre 2017

ISSN 2239-8015

PATRIMONIO PUBBLICO

*demanio, patrimonio
e beni pubblici*

notiziario bimestrale
di giurisprudenza

EXEO³edizioni

professionisti
pubblica amministrazione

PATRIMONIO PUBBLICO

demanio, patrimonio e beni pubblici

**notiziario bimestrale
di giurisprudenza**

anno 7 numero 5
settembre ottobre 2017





info@exeo.it

La presente pubblicazione è composta da una selezione delle notizie più lette - derivanti dalla giurisprudenza in materia di demanio, patrimonio e beni pubblici - pubblicate nel bimestre di riferimento dalla rivista telematica www.patrimoniopubblico.it. Alle massime/sintesi sono associati i brani pertinenti originali delle sentenze a cui si riferiscono.

Copyright © 2017 Exeo S.r.l. Tutti i diritti riservati. Le massime/sintesi, quando costituiscono una rielaborazione delle pronunce da cui sono tratte, sono opera protetta dal diritto di autore e possono essere utilizzate solo citando la fonte e per fini non commerciali. La classificazione delle stesse e il titolo della notizia costituiscono parimenti opera protetta dal diritto di autore, di cui nessun uso è consentito senza l'autorizzazione di Exeo srl. Quanto alla riproduzione delle sintesi/massime, sono consentite esclusivamente citazioni in virgolettato a titolo di cronaca, studio, critica, recensione, attività della pubblica amministrazione o professionale, accompagnate dall'indicazione della fonte. Ogni altra riproduzione anche parziale e con qualsiasi mezzo è vietata senza l'autorizzazione scritta dell'editore. È consentita la stampa e l'utilizzo in più dispositivi ad esclusivo uso personale della persona fisica acquirente, o del singolo destinatario del prodotto in caso di soggetto acquirente diverso da persona fisica: ogni diversa utilizzazione e diffusione, con qualsiasi mezzo, con qualsiasi scopo e nei confronti di chiunque altro, è vietata. Sarà perseguita nelle sedi opportune ogni violazione dei diritti d'autore e di editore. Alle violazioni si applicano le sanzioni previste dagli art. 171, 171-bis, 171-ter, 174-bis e 174-ter della legge 633/1941.

Disclaimer: pur compiendo ogni ragionevole sforzo per assicurare che le massime/sintesi siano elaborate con la cura necessaria, si avverte che errori, inesattezze, ambiguità od omissioni sono sempre possibili, anche a causa dell'intrinseca complessità della materia e dell'incessante susseguirsi di svariati orientamenti giurisprudenziali di cui può essere dato conto solo parzialmente. Con riguardo a ciò, l'editore, il curatore e gli autori si esimono da ogni responsabilità, invitando l'utente a verificare in ogni caso la massima di interesse con il contenuto della relativa sentenza nel suo testo originale.

Numero finito di elaborare il giorno 6 novembre 2017 | Materia: beni pubblici | Tipologia: notiziario | Formato: digitale, pdf | ISSN 2239-8015 | Prezzo: € 20,00 IVA compresa singolo numero | Collana: osservatorio di giurisprudenza, diretta da Paolo Loro | Nic: 294 | codice: PAT41 | Acquisto, pagamento e consegna del prodotto avvengono esclusivamente via internet tramite il sito www.exeo.it. | Editore: Exeo srl CF PI RI 03790770287 REA 337549 ROC 15200/2007 c. s. i. v. € 10.000,00, sede legale piazzetta Modin 12 35129 Padova – sede operativa: via Buzzacarina 20 35020 BRUGINE PD Luogo di elaborazione presso la sede operativa. L'editore ringrazia per ogni segnalazione o suggerimento inviato a info@exeo.it.



professionisti

pubblica amministrazione

www.patrimoniopubblico.it - www.territorio.it - www.exeo.it

PROCEDURA --> CONTRADDITTORIO, GIUSTO PROCEDIMENTO --> CONCESSIONE DEMANIALE --> DECADENZA

Sintesi: Al ricorrere delle ipotesi decadenziali disciplinate dall'art. 47 del codice della navigazione l'Amministrazione concedente esercita una discrezionalità di tipo tecnico, dovendosi essa cioè limitare al riscontro dei relativi presupposti fattuali: ciò comporta sul piano sostanziale che - una volta appunto accertata la sussistenza di detti presupposti - il provvedimento di decadenza ha natura sostanzialmente vincolata, con conseguente esclusione di ogni possibile bilanciamento tra l'interesse pubblico e le esigenze del privato concessionario.

Estratto: «A prescindere dalle censure meramente formali - come la dedotta (con il primo motivo) non corretta menzione nel provvedimento di decadenza della lett. e) dell'art. 47 Cod. Nav. (invece, più correttamente, l'Amministrazione nella relazione versata in atti richiama la precedente lett. c) - il punto cruciale della controversia (evidenziato nel secondo motivo) è stabilire la correttezza o meno del primo “considerato” del provvedimento che richiama il sopralluogo del 18.6.2014 in base al quale lo specchio acqueo antistante la struttura in concessione risultava delimitato da boe galleggianti ed adibito alla balneazione dei fruitori della struttura. Come chiarito dalla prevalente giurisprudenza, con indirizzo da cui non vi è qui motivo di discostarsi, “al ricorrere delle ipotesi decadenziali disciplinate dall'art. 47 del codice della navigazione l'Amministrazione concedente esercita una discrezionalità di tipo tecnico, dovendosi essa cioè limitare al riscontro dei relativi presupposti fattuali (cfr. C.G.A. n. 905 del 2007). Ciò comporta sul piano sostanziale che - una volta appunto accertata la sussistenza di detti presupposti - il provvedimento di decadenza ha natura sostanzialmente vincolata, con conseguente esclusione di ogni possibile bilanciamento tra l'interesse pubblico e le esigenze del privato concessionario (cfr. VI Sez. n. 2253 del 2011; C.G.A. R.S. 12 giugno 2012, n. 550)” (Cons. Stato Sez. VI, Sent., 17/06/2014, n. 3044).»

PUGLIA: IL P.R.C. INDIVIDUA LE AREE NELLE QUALI SONO ESCLUSE LE CONCESSIONI DEMANIALI MARITTIME MA NON IMPONE AI COMUNI IL RILASCIO IN ALTRE ZONE

TAR PUGLIA, SEZIONE I LECCE n.756 del 12/05/2017 Relatore: Patrizia Moro -
Presidente: Antonio Pasca

DEMANIO E PATRIMONIO --> CONCESSIONE E AUTORIZZAZIONE --> CONCESSIONE DEMANIALE MARITTIMA --> REGIONI/PROVINCE --> PUGLIA

Sintesi: Posto che è sempre consentito all'Amministrazione provvedere alla cura degli interessi pubblici ad essa affidati mediante emanazione di atti generali e astratti, di autovincolo a monte della propria discrezionalità, è legittimo il diniego di concessione demaniale marittima motivato mediante rinvio per relationem alle determinazioni del Piano Comunale delle Coste, rispetto alle quali la circostanza dell'essere quest'ultimo soltanto adottato, e non ancora definitivamente approvato, è elemento del tutto neutro ai fini del rilascio o del diniego di c.d.m.

Sintesi: Se il PRC ex L.R. Puglia n.17/2015 individua le aree nelle quali è escluso il rilascio di concessioni demaniali marittime, purtuttavia, lo stesso non impone alle Amministrazioni comunali il rilascio di concessioni demaniali nelle altre zone atteso che, invece, nell'esigenza della integrazione delle azioni di

governo con la gestione del territorio, il Piano Comunale delle Coste fissa i principi e gli indirizzi generali e detta norme specifiche, in materia di tutela e uso del demanio marittimo.

Estratto: «Il ricorrente deduce l'illegittimità dell'atto impugnato, in quanto motivato mediante riferimento ad uno strumento pianificatorio – il Piano Comunale delle Coste – soltanto adottato, e non ancora approvato, con conseguente necessità, nelle more, di far riferimento, per l'intanto, unicamente alle previsioni del PRC, le quali non escluderebbero il rilascio di concessioni del tipo di quella richiesta nella fattispecie in esame. Con riferimento a tale aspetto la Sezione ha già affermato, con principi riportabili in questa sede (sent.1701/2016 e sentenza n. 1356/15), che l'adottato PCC si pone quale atto generale che sintetizza – nelle more della sua approvazione – i criteri generali da adottare nell'esercizio dell'attività di rilascio di nuove concessioni demaniali marittime (c.d.m.). In sostanza, l'Amministrazione, in luogo di valutare volta per volta l'assentibilità di domande di rilascio di c.d.m, ha emanato indirizzi di carattere generale, al quale conformare poi i singoli provvedimenti amministrativi. In ciò non vi è alcun profilo di illegittimità, venendo piuttosto in rilievo un tipico modo di esercizio della discrezionalità amministrativa, che in luogo di essere esercitata de die in die, con riferimento cioè a singoli casi concreti, si svolge invece sulla base di indirizzi di carattere generale previamente adottati dall'Amministrazione. Orbene, l'adottato PCC non prevede nell'area in esame la localizzazione di una spiaggia libera con servizi. Tale scelta, in quanto sganciata dalla logica del caso concreto, e in quanto valevole per ogni ipotesi di domanda concessoria riferita alla medesima area, non può in alcun modo ritenersi arbitraria, irrazionale o irragionevole, apparendo invece frutto di legittimo esercizio della discrezionalità amministrativa. Rispetto a tale scelta, sarebbe pertanto del tutto superfluo – e frutto di evidente aggravio di tempo e risorse amministrative – provvedere all'emanazione di singoli provvedimenti di rigetto motivati sulla volontà di non assentire in concessione il tratto di costa considerato, ben potendo il Comune pervenire al medesimo risultato – una volta e per tutte durante il regime transitorio – mediante un atto di indirizzo generale a monte, cui far riferimento per i futuri atti applicativi. E tale atto di indirizzo generale ben può individuarsi nel PCC, non rilevando, a tali limitati fini, il fatto che esso sia stato ancora soltanto adottato, e non ancora approvato. 2.3. In definitiva, posto che è sempre consentito all'Amministrazione provvedere alla cura degli interessi pubblici ad essa affidati mediante emanazione di atti generali e astratti, di autovincolo a monte della propria discrezionalità, nel caso di specie si è appunto in presenza di una siffatta tecnica di amministrazione, la cui caratteristica risiede in ciò che l'Amministrazione ha motivato il proprio diniego mediante rinvio per relationem alle determinazioni del PCC (le quali, si ribadisce, non prevedono sull'area in esame il rilascio di c.d.m. del tipo di quella richiesta dalla ricorrente), rispetto alle quali la circostanza dell'essere quest'ultimo soltanto adottato, e non ancora definitivamente approvato, è elemento del tutto neutro ai fini del rilascio o del diniego di c.d.m. 2.4. Inoltre, quanto al termine di validità del PCC e alla conseguente approvazione regionale, alla luce di tali considerazioni, il primo motivo di ricorso è infondato, e deve pertanto essere rigettato. 3. Infine, del tutto irrilevante, è l'assunto circa la conformità del progetto al PRC e alle previsioni del PCC, atteso che se il PRC individua le aree nelle quali è escluso il rilascio di concessioni demaniali, purtuttavia, lo stesso non impone alle Amministrazioni comunali il rilascio di concessioni demaniali nelle altre zone atteso che, invece, nell'esigenza della integrazione delle azioni di governo con la gestione del territorio, il PCC fissa i principi e gli indirizzi generali e detta norme specifiche, in materia di tutela e uso del demanio marittimo.»

PER STABILIRE L'USO PUBBLICO DI UNA STRADA LE RISULTANZE CATASTALI SONO SOLO SUSSIDIARIE RISPETTO A QUANTO DESUMIBILE DAGLI ATTI TRASLATIVI DELLA PROPRIETÀ

TAR MOLISE n.180 del 15/05/2017 Relatore: Domenico De Falco - Presidente: Silvio Ignazio Silvestri

DEMANIO E PATRIMONIO --> STRADE --> STRADA DEMANIALE E DI USO PUBBLICO -
-> STRADA DI USO PUBBLICO --> REQUISITI --> USO PUBBLICO

Sintesi: La natura e l'uso pubblico di una strada dipendono dalla esistenza di tre concorrenti elementi, che sono: a) che vi si eserciti il passaggio ed il transito iuris servitutis publicae da una moltitudine indistinta di persone qualificate dall'appartenenza ad un ambito territoriale ; b) la concreta idoneità della strada a soddisfare, anche per il collegamento con la via pubblica, le esigenze di carattere generale e pubblico; c) titolo valido a sorreggere l'affermazione del diritto di uso pubblico, il quale può identificarsi nella protrazione dell'uso da tempo immemorabile ovvero in base al comportamento della collettività contrassegnato dalla convinzione di esercitare il diritto d'uso della strada.

DEMANIO E PATRIMONIO --> STRADE --> STRADA DEMANIALE E DI USO PUBBLICO -
-> STRADA DI USO PUBBLICO --> REQUISITI --> RISULTANZE CATASTALI, ELENCO
STRADE PUBBLICHE

Sintesi: Per stabilire la natura e l'uso pubblico di una strada, alle risultanze catastali non può essere riconosciuto un definitivo valore probatorio, bensì una valenza meramente sussidiaria rispetto a quanto desumibile dagli atti traslativi della proprietà, in quanto contenenti utili indicazioni in ordine all'estensione dei fondi confinanti.

Estratto: «Con il primo motivo di ricorso parte ricorrente si duole che il provvedimento di diniego si fonda su di una pretesa violazione delle disposizioni sulle distanze che tuttavia non sarebbe ravvisabile nel caso di specie, in quanto tale violazione è stata invocata sulla base di risultanze catastali non più allineate con la situazione fattuale del fondo, il quale risulta confinante solo con la strada pubblica come messo in evidenza dal ricorrente nelle osservazioni formulate ai sensi dell'art. 10bis della l. n. 241/1990 e non considerate dall'Amministrazione. Il rilievo è fondato sia pure alla stregua delle considerazioni di seguito esposte. Occorre rammentare in punto di fatto che il Comune di Campobasso ha comunicato al sig. Brunetti con raccomandata del 12 marzo 2015 (prot. n. 7477) il preavviso di rigetto ai sensi dell'art. 10bis della l. n. 241/1990 dell'istanza di rilascio del permesso di costruire richiamando il parere negativo della Commissione Edilizia secondo cui il fabbricato proposto sarebbe realizzato ad una distanza inferiore rispetto a quella prescritta dal confine delle proprietà limitrofe di cui alle particelle 92 e 157 appartenenti ad altra ditta. A fronte di tale rilievo il ricorrente proponeva le proprie osservazioni con nota datata 20 marzo 2017 producendo rilievi fotografici da cui risultava che il terreno in questione confina con la via pubblica (via Martiri Molisani della Resistenza) e non quindi con proprietà altrui, indicando altresì gli atti notarili che attestavano che le particelle in questione costituirebbero in realtà una strada comune tra i coeredi Brunetti che, con il tempo, sarebbe stata oggetto di uso pubblico, per la quale non applicherebbero quindi le norme sulle distanze. Rileva il Collegio che secondo la giurisprudenza, la natura e l'uso pubblico di una strada dipendono dalla esistenza di tre concorrenti elementi, che sono: a) che vi si eserciti il passaggio ed il transito iuris servitutis publicae da una moltitudine indistinta di persone qualificate dall'appartenenza ad un ambito territoriale ; b) la concreta idoneità della strada a soddisfare, anche per il collegamento con la via pubblica, le esigenze di carattere generale e pubblico; c) titolo valido a sorreggere l'affermazione del diritto di uso pubblico, il quale può identificarsi nella protrazione dell'uso

da tempo immemorabile ovvero in base al comportamento della collettività contrassegnato dalla convinzione di esercitare il diritto d'uso della strada (Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 2016, n. 2708). Su tali profili l'Amministrazione, a fronte dei puntuali rilievi di parte ricorrente si è limitata ad invocare le risultanze catastali, alle quali, tuttavia, secondo la giurisprudenza, non può essere riconosciuto un definitivo valore probatorio, bensì una valenza meramente sussidiaria rispetto a quanto desumibile dagli atti traslativi in quanto contenenti utili indicazioni in ordine all'estensione dei fondi confinanti (sul punto ex plurimis Cass. civ., sez. II, 23 dicembre 2004, n. 23933; Cons. Stato, sez. VI, 5 gennaio 2015, n. 5). In considerazione del rilievo non assoluto delle risultanze catastali, il Comune di Campobasso avrebbe dovuto quanto meno prendere in considerazione le osservazioni fondate su rilievi fotografici e documentali proposte da parte ricorrente.»

GLI ACCORDI EX ART. 11 L. 241/90 NON SONO STRUMENTI CIVILISTICI

CONSIGLIO DI STATO, SEZIONE IV n.2258 del 15/05/2017 Relatore: Oberdan Forlenza
- Presidente: Antonino Anastasi

PROCEDURA --> CONTRATTI AD OGGETTO PUBBLICO

Sintesi: È solo in ragione di una analisi dettagliata e specifica, che può concludersi per la applicabilità (o meno) di norme ed istituti del codice civile ai contratti della pubblica amministrazione (anche in attuazione di quanto previsto dall'art. 1323 cod. civ.), in tutti quei casi (segnatamente per i contratti ad oggetto pubblico, aventi oggettiva finalità di pubblico interesse perseguita per il tramite del contratto e del suo adempimento) in cui il contratto, dotato di "tipicità" propria conferita da norme di diritto pubblico, non risulta, fin dal suo momento genetico, meramente regolato dal diritto privato, ma anzi presenta elementi, anche essenziali (causa, oggetto), particolari rispetto agli ordinari contratti, in quanto diversamente conformati.

PROCEDURE ATIPICHE O ALTERNATIVE --> ACCORDI EX ART. 11 L. 241/90 --> NATURA

Sintesi: Gli accordi ex art. 11 l. n. 241/1990 non sono strumenti di matrice civilistica, con conseguente riconduzione della "penale" dagli stessi prevista per casi di inadempimento alla "clausola penale", di cui all'art. 1382 c.c..

PROCEDURE ATIPICHE O ALTERNATIVE --> ACCORDI EX ART. 11 L. 241/90

Sintesi: Sotto la comune dizione di "accordi", sono richiamati sia moduli più propriamente procedimentali, cioè attinenti alla definizione dell'oggetto dell'esercizio del potere provvedimentoale, sia accordi con contenuto più propriamente contrattuale, veri e propri contratti ad oggetto pubblico - secondo una definizione comunemente invalsa - in quanto disciplinanti aspetti patrimoniali connessi all'esercizio di potestà.

PROCEDURE ATIPICHE O ALTERNATIVE --> ACCORDI EX ART. 11 L. 241/90 --> CARATTERI GENERALI

Sintesi: Per un verso, la generale disciplina dell'art. 11 trova applicazione (anche) nel caso di "convenzioni" con contenuto patrimoniale, afferenti tuttavia al previo esercizio di potestà (quegli atti bilaterali che sono ordinariamente ricondotti alla categoria definita come "contratti di diritto pubblico" o

“a oggetto pubblico”); per altro verso, essa deve applicarsi anche ad ipotesi in cui, difettando ogni “substrato patrimoniale”, il richiamo – ad esempio – alla applicabilità dei principi del codice civile in tema di obbligazioni e contratti, risulta avere un ambito di applicazione se non nullo, certamente più ristretto.

Sintesi: Nell’ambito degli accordi privi di contenuto patrimoniale, occorre ulteriormente distinguere tra “accordi integrativi del provvedimento”, la cui funzione è quella di “determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale”, ed “accordi sostitutivi del provvedimento”, che, appunto, a quest’ultimo si sostituiscono. Nel primo caso, l’accordo rappresenta solo una modalità della fase decisionale, nella quale la definizione del contenuto concreto dell’esercizio della potestà non avviene unilateralmente, bensì attraverso la partecipazione attiva dell’interessato all’emanazione del provvedimento finale. L’accordo sostitutivo di provvedimento, invece, costituisce, in senso stretto, un atto – bilaterale e non unilaterale – di conclusione del procedimento amministrativo, con il quale, all’esercizio unilaterale del potere discrezionale, si sostituisce la definizione consensuale del caso concreto, di modo che gli effetti giuridici che sarebbe derivati dal provvedimento amministrativo, conseguono ora all’accordo delle parti.

PROCEDURE ATIPICHE O ALTERNATIVE --> ACCORDI EX ART. 11 L. 241/90 --> NATURA

Sintesi: Fermi i casi di contratti di diritto privato (per i quali trovano certamente applicazione le disposizioni del codice civile), nei casi invece di contratto ad oggetto pubblico l’amministrazione mantiene comunque la sua tradizionale posizione di supremazia; tali contratti non sono disciplinati dalle regole proprie del diritto privato, ma meramente dai “principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti”, sempre “in quanto compatibili” e salvo che “non diversamente previsto”. Ciò, ovviamente, non esclude – sussistendone i presupposti ora delineati – che il giudice possa fare applicazione anche della disciplina dell’inadempimento del contratto, allorché una parte del rapporto contesti alla controparte un inadempimento degli obblighi di fare.

Estratto: «7.2. La ricostruzione degli accordi ex art. 11 l. n. 241/1990 come “strumenti di matrice civilistica”, e la conseguente riconduzione della “penale” dagli stessi prevista per casi di inadempimento alla “clausola penale”, di cui all’art. 1382 c.c., non è condivisa dalla recente giurisprudenza della Sezione (si vedano, tra le altre, Cons. Stato, sez. IV, 19 agosto 2016 n. 3653 e 3 dicembre 2015 n. 5510), con considerazioni che si intendono ribadire e precisare nella presente sede. Come è noto, la legge 7 agosto 1990 n. 241 disciplina nell’art. 11, in via generale, gli “accordi” tra privati e pubblica amministrazione; e ciò ancora oggi, pur dopo che il legislatore, con la modifica introdotta dalla legge n. 15/2005, ha sostituito alla precedente rubrica, quella, di ambito più ristretto, recante “accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento”. Nell’ambito della predetta disposizione, risultano convivere (ed essere unitariamente disciplinate) figure affatto diverse, per le quali le norme del medesimo articolo non possono trovare applicazione uniforme (o non sempre possono trovare applicazione), poiché non omogenea è la figura di accordo concretamente considerata. Come segnalato da subito dall’Adunanza Generale del Consiglio di Stato (parere 17 febbraio 1987 n. 7/1987), sotto la comune dizione di “accordi”, sono richiamati (e succintamente disciplinati) sia moduli più propriamente procedimentali, cioè attinenti alla definizione dell’oggetto dell’esercizio del potere provvedimentale, sia accordi con contenuto più propriamente contrattuale, veri e propri contratti ad oggetto pubblico – secondo una definizione comunemente invalsa - in quanto disciplinanti aspetti patrimoniali connessi all’esercizio di potestà. La presenza contemporanea delle due figure rende distinta e, per così dire, “asimmetrica” l’applicazione delle stesse norme desumibili dall’art. 11, quali, in particolare, il comma 2, relativo all’applicabilità dei principi del codice civile in tema di obbligazioni e contratti, ovvero il comma 4, concernente la possibilità offerta alla P.A. di recesso dall’accordo. Per un verso, dunque, la generale disciplina dell’art. 11 trova applicazione (anche) nel caso di “convenzioni” con contenuto patrimoniale, afferenti tuttavia al previo esercizio di potestà (quegli atti bilaterali che sono ordinariamente ricondotti alla categoria definita come “contratti di diritto pubblico” o “a oggetto pubblico”); per altro verso, essa deve applicarsi anche ad ipotesi in cui, difettando ogni “substrato patrimoniale”, il richiamo – ad esempio – alla applicabilità dei principi del codice civile in tema

di obbligazioni e contratti, risulta avere un ambito di applicazione se non nullo, certamente più ristretto.

7.3. In particolare, nell'ambito degli accordi privi di contenuto patrimoniale, occorre ulteriormente distinguere tra "accordi integrativi del provvedimento", la cui funzione è quella di "determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale", ed "accordi sostitutivi del provvedimento", che, appunto, a quest'ultimo si sostituiscono. Nel primo caso, l'accordo rappresenta solo una modalità della fase decisionale, nella quale la definizione del contenuto concreto dell'esercizio della potestà non avviene unilateralmente, bensì attraverso la partecipazione attiva dell'interessato all'emanazione del provvedimento finale. In questa ipotesi, anzi, può affermarsi che il più rilevante momento partecipativo offerto dalla l. n. 241/1990 al privato è costituito proprio dal suo possibile coinvolgimento nella fase decisionale. Infatti, come è evidente, l'accordo costituisce solo un modulo interno al procedimento, privo di rilevanza esterna, poiché il procedimento è destinato comunque a concludersi con l'emanazione del provvedimento finale, ed allo stesso risultano poco applicabili – proprio perché "non compatibili" – i principi del codice civile in tema di obbligazioni e contratti. Né tale accordo può, ovviamente, incidere sull'ambito e limiti dell'esercizio legittimo del potere discrezionale. Se, infatti, ciò che costituisce l'oggetto dell'accordo è "il contenuto discrezionale del provvedimento", deve necessariamente escludersi che – con riferimento ad un caso concreto – possano rappresentarsi (come mera conseguenza di due differenti modalità procedimentali) due distinti modi, ambedue legittimi, di esercizio del potere discrezionale, e ciò come conseguenza del fatto che la definizione del "contenuto" avvenga unilateralmente o per il tramite di accordo. Ciò che si realizza nel caso di specie, come si è già affermato, è solo la partecipazione attiva dell'interessato alla fase decisionale, in modo che, attraverso la diretta rappresentazione (anche in questa fase) della propria posizione di interesse legittimo, quest'ultimo riesca ad ottenere una tutela maggiore ed una migliore "parametrazione" della discrezionalità, derivante proprio dal confronto rispetto ad una valutazione e scelta unilateralmente assunti. Allo stesso tempo, appare evidente come gli elementi essenziali del contratto (ex art. 1325 c.c.), ed in particolare, la causa, non risultano coerenti con tale tipo di accordo, proprio perché non sussiste alcun contenuto patrimoniale riconducibile allo stesso. In definitiva, la partecipazione procedimentale disciplinata dal Capo III della l. n. 241/1990, vista come una migliore forma di tutela della posizione sostanziale fin dal procedimento amministrativo (e, dunque, prima del momento epifanico di esercizio del potere), raggiunge il suo momento più pieno, superando il limite della fase istruttoria (cui sono dedicati gli artt. 7 - 10 l. n. 241/1990), per proporsi anche (sempre che l'amministrazione lo consenta, ai sensi del comma 4-bis dell'art. 11) nella fase decisionale. Il "vantaggio" di tale accordo per l'amministrazione – che ben potrebbe procedere unilateralmente – consiste nella migliore comparazione degli interessi (pubblico e privato) coinvolti, con un esercizio del potere discrezionale tendenzialmente più adeguato al caso concreto, e con il risultato della inoppugnabilità dell'atto emanato da parte del diretto interessato, che, sottoscrivendo l'accordo, vi ha prestato acquiescenza.

7.4. L'accordo sostitutivo di provvedimento, invece, costituisce, in senso stretto, un atto – bilaterale e non unilaterale – di conclusione del procedimento amministrativo, con il quale, all'esercizio unilaterale del potere discrezionale, si sostituisce la definizione consensuale del caso concreto, di modo che gli effetti giuridici che sarebbe derivati dal provvedimento amministrativo, conseguono ora all'accordo delle parti. Questa figura "più ristretta" di accordo sostitutivo si accompagna ad altre figure – ad essa affini ma non identiche – rappresentate da quegli accordi cd. ausiliari e/o accessivi al provvedimento (si pensi al caso delle cd. concessioni-contratto) ovvero ad accordi sostitutivi di procedimento (dove il modulo bilaterale è sostitutivo non solo del provvedimento finale, ma anche dell'intero procedimento o di parte di esso, come nel caso delle convenzioni di lottizzazione e, in genere, delle convenzioni urbanistiche). In queste ipotesi, l'accordo regola aspetti patrimoniali dell'esercizio della potestà e, dunque, è riconducibile alla figura del cd. "contratto ad oggetto pubblico".

7.5. In tale variegato contesto, sia la imperatività del provvedimento amministrativo, sia la applicazione dei principi in tema di obbligazioni e contratti agli accordi dell'amministrazione (riconducibili o meno alla generale figura del contratto), incontrano limiti conseguenti alla tipologia di accordo cui gli stessi devono essere applicati. In linea generale, non appare possibile affermare che gli accordi tra privati e pubblica amministrazione sono accordi che ricadono sotto la (diretta) disciplina del diritto privato. Ed infatti: - sul piano normativo, l'art. 1, co. 1, l. n. 241/1990, nel disciplinare in via generale l'azione della Pubblica Amministrazione, prevede che questa agisca "secondo le norme di diritto privato" nei soli casi di atti di natura non autoritativa, e

salvo che, anche in tali specifiche ipotesi, “la legge disponga diversamente”. Ciò, per un verso, fa comprendere come l’applicazione delle norme di diritto privato all’attività amministrativa costituisca eccezione e non regola; per altro verso, rende necessario comprendere se gli accordi sostitutivi (o taluni di essi) possano effettivamente essere considerati privi di natura autoritativa, posto che basta rilevare, in senso favorevole alla persistenza dell’autoritatività, la loro idoneità a produrre effetti anche nella sfera giuridica di terzi, come è invece impossibile che avvenga per gli ordinari contratti, alla luce dell’art. 1372 c.c.;- sempre sul piano normativo, il co. 4-bis del medesimo art. 11 richiede la previa adozione di una determinazione, onde chiarire le ragioni per le quali l’amministrazione addiviene all’accordo, e ciò “a garanzia dell’imparzialità e del buon andamento dell’azione amministrativa”, così come, in modo concorrente e coerente, il co. 2 prevede che gli accordi “devono essere motivati ai sensi dell’art. 3”. In sostanza, per il tramite della determinazione precedente e/o della motivazione che “funge da preambolo” all’accordo medesimo, il legislatore indica che l’abbandono dell’esercizio unilaterale della potestà non deve comportare la perdita delle ragioni che hanno determinato l’amministrazione all’accordo (in luogo del provvedimento) e delle finalità di interesse pubblico che essa intende perseguire (e meglio) con l’accordo;- sul piano ontologico, l’applicazione dei principi in tema di obbligazioni e contratti trova in ogni caso un limite, e dunque una conseguente necessità di adattamento, nella immanente presenza dell’esercizio di potestà pubbliche, e nelle finalità di pubblico interesse cui le stesse sono teleologicamente orientate;- la predetta “immanenza” dell’esercizio delle potestà pubbliche (e dunque, delle finalità di pubblico interesse perseguite anche dall’accordo: art. 1, co. 1-bis, art. 11, co. 3 e 4-bis l. n. 241/1990 cit.) giustifica anche la persistenza della imperatività (ovvero autoritarità, come altrimenti definita), propria del provvedimento amministrativo, anche nelle ipotesi in cui questo venga sostituito da accordo. Ciò appare evidente nel caso di accordo sostitutivo “in senso stretto”, mentre risulta un elemento esterno e “collegato” al tema degli accordi a contenuto patrimoniale, dove il principio di imperatività permane nel provvedimento di cui l’accordo è ausiliario e costituisce anche, come di seguito esposto, una riprova della differente “causa” dei contratti ad oggetto pubblico (o di diritto pubblico, come anche definiti).Diversamente argomentando, risulta difficile attribuire all’accordo (cui pure si vuole riconoscere natura e disciplina privatistica), la caratteristica principale del provvedimento amministrativo, e cioè la suscettività del medesimo di produrre effetti anche nella sfera giuridica dei terzi, riconducibile al principio di imperatività.Né è sufficiente affermare, a tal fine, che i terzi sono tenuti ad una situazione di rispetto delle posizioni giuridiche e delle obbligazioni emergenti dal contratto, così come normalmente avviene per i contratti e rapporti di diritto privato, fino al punto da essersi individuata una “opponibilità erga omnes” del contratto.Nel caso di specie, infatti, per un verso, i “terzi” non sono soggetti estranei al rapporto, quanto soggetti cui la stessa legge n. 241/1990 (art. 7) attribuisce la posizione di controinteressati (e, dunque, di titolari di posizioni giuridiche tutelabili nel procedimento tanto quanto quella del soggetto istante); per altro verso, la situazione che si richiede al “terzo” non è di mera inerzia (il “non fare” nulla che incida sui rapporti contrattuali), quanto piuttosto quella del “pati”, del “soggiacere”, tipica di coloro che vedono ineluttabilmente incisa la propria sfera giuridica da un potere cui l’ordinamento riconosce tale (lecita) possibilità.Infine, la diversa, innanzi rappresentata, natura degli accordi tra privati e pubblica amministrazione si riverbera anche sulla natura stessa delle posizioni giuridiche nascenti dall’accordo, le quali non possono essere immediatamente ricondotte alla posizione del diritto soggettivo.Non a caso, d’altra parte, fin dalla sua prima formulazione, l’art. 11 l. n. 241/1990 (co. 5) ed ora l’art. 133, co. 1, lett. a) n. 2 Cpa ha riconosciuto in materia di accordi la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.Ne consegue che, nel caso di accordi integrativi ovvero di accordi sostitutivi, innanzi definiti “in senso stretto” ovvero privi di contenuto patrimoniale, la posizione del privato resta una posizione di interesse legittimo, consolidata nel primo caso dalla aspettativa all’emanazione di un provvedimento conforme, nel contenuto, a quanto risultante dall’accordo.Nel caso di accordi sostitutivi cui può essere ricondotta anche la categoria delle “convenzioni” ovvero dei contratti di diritto o ad oggetto pubblico, appare evidente la tradizionale “compresenza” di posizioni di interesse legittimo e di diritto soggettivo, che tuttavia non esclude la giurisdizione del giudice amministrativo, stante l’attribuzione allo stesso di giurisdizione esclusiva, effettuata, oltre che dalle norme già citate, anche dall’art. 133, co. 1, lett. b) e c).7.6. Alla luce delle precisazioni ora effettuate, il tema (non già dell’applicazione del diritto privato in generale, ma) dell’applicazione dei principi in tema di obbligazioni