



L'atto lecito dannoso: un comune illecito aquiliano o una speciale forma di responsabilità?

Guido Belli

Dottorando di ricerca in Diritto civile

SINTESI

a) Atto lecito dannoso e responsabilità civile

Il fondamento della categoria degli atti leciti dannosi va rinvenuto nella necessità di far convivere più diritti o interessi inconciliabili, ma comunque degni di contemporanea tutela.

Un equilibrio difficile che si raggiunge, ragionevolmente, consentendo, da un lato l'atto e, dall'altro, la riparazione dell'interesse sacrificato. Sebbene sia ancora discussa la natura della responsabilità in esame, tra le diverse tesi prospettate dalla dottrina mi sembra meglio capace di realizzare tale bilanciamento quella di chi riconduce la figura al comune illecito, sulla considerazione che nell'attuale sistema della responsabilità civile il risarcimento non rappresenta la sanzione di

una condotta, ma il mezzo di protezione della sfera giuridica soggettiva.

b) Esercizio del diritto e scopo della norma

Il bilanciamento di interessi compiuto dal legislatore, del resto, non va oltre lo scopo delle norme che legittimano una certa condotta: il danno conseguente a questa è, dunque, fonte di responsabilità perché costituisce un illecito.

Non è, invero, sufficiente individuare un atto autorizzato per escludere la responsabilità, rendendosi necessario, pur sempre, accertare l'ingiustizia del danno anche attraverso la valutazione del fine sotteso alla norma autorizzatrice.

» SOMMARIO

1. La risarcibilità del danno da «atto lecito» – 2. La revoca della proposta e l'obbligazione indennitaria per l'intrapresa esecuzione – 3. Il recesso del committente dal contratto di appalto – 4. Il danno cagionato dalla deliberazione assembleare invalida – 5. Pubblica amministrazione e atti leciti dannosi: l'esercizio della facoltà di recesso unilaterale dagli «accordi amministrativi». Premesse – 6. *Segue*: gli accordi amministrativi

1. La risarcibilità del danno da «atto lecito»

La decisione di dedicarmi alla realizzazione di un contributo sull'atto lecito dannoso muove da un fondamentale interrogativo: se, accanto alla responsabilità aquiliana, sia concepibile, o meno, una responsabilità per l'uso che il titolare faccia di un potere eccezionalmente attribuitogli dal legislatore.

La memoria è andata subito a quelle ipotesi – e sono tante – rintracciabili nel codice civile cui, pur in presenza di un atto lecito produttivo di un danno, è ugualmente riconosciuto il risarcimento al danneggiato nella forma dell'indennizzo. Sono i casi dell'art. 842 c.c.: «il proprietario di un fondo non può impedire che vi si entri per l'esercizio della caccia, a meno che ... vi siano colture in atto suscettibili di danno»; o dell'art. 843, comma 1°, c.c.: «il proprietario deve permettere l'accesso e il passaggio nel suo fondo ... al fine di costruire o riparare un muro» ma «se l'accesso cagiona un danno, è dovuta un'adeguata indennità»; o dell'art. 843, comma 2°, c.c.: «il proprietario deve parimenti permettere l'accesso a chi vuole riprendere la cosa sua che vi si trovi accidentalmente o l'animale che vi si sia riparato sfuggendo alla custodia»; o dell'art. 924 c.c.: «il proprietario di sciami di api ha

diritto d'inseguirli sul fondo altrui, ma deve un'indennità per il danno cagionato al fondo», giusto per citarne alcuni.

Si può concludere che l'introduzione in Italia della figura dell'atto lecito dannoso abbia voluto dare una risposta soddisfacente all'esigenza, avvertita *in primis* da Rubino⁽¹⁾, di risolvere i conflitti tra diritti, nel senso di non lasciare integralmente privo di tutela il terzo danneggiato, leso da un simile fatto. Il danno può avere, in genere, diverse origini; e la constatazione, da cui l'autore muove, è che «l'ordinamento giuridico può vietare (un) atto in vista delle sue conseguenze, facendolo diventare antiggiuridico» e può, per converso, «prendere in considerazione il danno, ma non vietare l'atto: l'atto allora non è illecito, poiché non si oppone alla norma, non la viola, ma il danno è giuridicamente rilevante».

Si torni, per un attimo, al caso di colui che accede al fondo del vicino per recuperare la propria cosa: in forza della previsione dell'art. 843, comma 3°, c.c. il proprietario del fondo deve permetterne l'accesso; ciò non significa, tuttavia, che egli sia tenuto a tollerare tutte le conseguenze del comportamento (lecito) altrui, essendo ragionevole configurare fonte di responsabilità ci-

⁽¹⁾ RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, 205 ss.

vile quella medesima condotta, ogniqualvolta sia produttiva di danni (come è allorché l'introduzione nel fondo determini il calpestio dell'orto del confinante).

Può convenirsi, allora, che il fondamento della categoria degli atti leciti dannosi vada rinvenuto nella opportunità (*recte* necessità) di far convivere più diritti o interessi inconciliabili, ma entrambi degni di contemporanea tutela; e che l'equilibrio si raggiunga consentendo, da un lato l'atto, e dall'altro la riparazione dell'interesse sacrificato.

Ciò posto, già sul finire dell'Ottocento, si dubitava sulla natura della responsabilità da atto lecito dannoso. Al riguardo possono registrarsi tre diverse impostazioni:

a) vi è chi, pur ammettendo l'esistenza di una categoria di atti leciti dannosi, ne nega ogni punto di contatto con la responsabilità da fatto illecito, mancando, in applicazione del principio dell'*uti iure*, l'ingiustizia del danno richiesta dall'art. 2043 c.c.⁽²⁾; b) chi, al contrario, riconduce la figura all'illecito aquiliano, affermando che «anche negli atti leciti dannosi si può ritenere che sussista un danno ingiusto, volendo con ciò indicare che il danno si sostanzia nella lesione di un interesse del danneggiato tutelato dall'ordinamento giuridico»⁽³⁾;

c) e chi nega l'esistenza di qualsiasi forma di responsabilità civile: «vengono in rilievo fattispecie nelle quali è previsto, come onere per l'uso di un certo diritto, il pagamento di una "indennità", la quale nulla ha a che vedere con il "risarcimento del danno" nella prospettiva della responsabilità civile»⁽⁴⁾.

Tra le tesi prospettate, la seconda mi sembra meglio capace di raggiungere quell'equilibrio fra diritti collidenti; ed al riguardo appaiono convincenti le parole di Tucci: «solo in base alla concezione sanzionatoria della responsabilità civile, l'esercizio del diritto può acquistare una funzione di causa, d'esonero del risarcimento, sanzione simile a quella che esplica in sede penalistica con l'art. 51 c.p. Avendo accertato, invece, che con il risarcimento non si sanziona una condotta, questo ben può essere l'effetto giuridico di un atto lecito, poiché rappresenta soltanto un mezzo di protezione della sfera giuridica soggettiva»⁽⁵⁾; e pure quelle di De Cupis: «anche il danno non antiggiuridico può avere, sia pure eccezionalmente, rilevanza giuridica ... può avvenire che il diritto consideri un determinato interesse degno di prevalere, preoccupandosi, d'altra parte di stabilire conseguenze atte a compensare il soggetto dell'interesse sacrificato»⁽⁶⁾.

Del resto, il bilanciamento di interessi compiuto dal legislatore non va oltre lo scopo delle norme che legittimano una certa condotta ed il danno conseguente a questa è, dunque, fonte di responsabilità, perché costituisce un illecito. La funzione della responsabilità civile è, invero, quella di reagire al danno ingiusto e «poiché non è sufficiente individuare un atto autorizzato per escludere la responsabilità, occorre accertare l'ingiustizia del danno e, nel fare ciò, occorre accertare quale sia il fine sotteso alla norma autorizzatrice di una certa condotta»⁽⁷⁾.

Tutti i casi tradizionalmente noti come atti o fatti leciti dannosi, quando il loro esercizio cagioni un pregiudizio altrui, costituisco-

no comuni illeciti aquiliani, rispetto ai quali, talvolta, è previsto anziché un risarcimento integrale del danno, soltanto un indennizzo. È, allora, corretta l'opinione di chi afferma essere eccezionale non la responsabilità da atto lecito dannoso, bensì la previsione di figure che contemplano una mera obbligazione indennitaria a ristoro del danneggiato⁽⁸⁾.

2. La revoca della proposta e l'obbligazione indennitaria per l'intrapresa esecuzione

Il contratto, quale risultato dell'«accordo di due o più parti», si perfeziona, tra contraenti lontani, per fasi progressive, mediante lo scambio di proposta ed accettazione, e può dirsi concluso allorché colui che ha assunto l'iniziativa delle trattative ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte.

L'art. 1328, comma 1°, c.c. ammette che, sino a tale momento, la proposta possa essere revocata da colui che l'ha formulata (salvo che si tratti di proposta «ferma» o irrevocabile per un dato tempo), ma con l'obbligo di corrispondere un indennizzo all'accettante che abbia intrapreso, in buona fede, l'esecuzione del contratto, prima di aver avuto notizia della revoca.

Al proponente è, in tal modo, riconosciuta la possibilità di impedire il perfezionamento del contratto, per effetto di un atto unilaterale recettizio, rimesso alla sua libera determinazione, che non necessita di alcuna motivazione o giustificazione⁽⁹⁾, sempre che la revoca giunga a destinazione prima che egli abbia avuto notizia dell'accettazione, ovvero prima che sia iniziata l'esecuzione, se si tratta di contratti soggetti alla particolare regola dell'art. 1327 c.c.

La dottrina pressoché maggioritaria⁽¹⁰⁾ – cui ha aderito anche la giurisprudenza⁽¹¹⁾ – è concorde nel ricondurre l'obbligo dell'indennizzo previsto dalla seconda parte dell'art. 1328, comma 1°, c.c. alle ipotesi di responsabilità da atto lecito dannoso. È, invece, da escludersi che la revoca della proposta determini responsabilità precontrattuale: invero, basti osservare, l'indennizzo è dovuto in favore dell'accettante ancorché non vi sia stata, da parte del proponente, alcuna violazione del principio generale di buona fede nella fase delle trattative che hanno preceduto la formazione contratto.

3. Il recesso del committente dal contratto di appalto

L'art. 1671 c.c. riconosce al committente la possibilità di recedere dal contratto di appalto, anche se è già iniziata l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio, sempre che rimborsi all'appaltatore le spese sostenute e lo ristori della perdita occasione di profitto. Il codice, al riguardo, si esprime più precisamente in termini di indennizzo: «il committente può recedere ... purché tenga indenne l'appaltatore».

La facoltà di recesso concessa al committente costituisce esercizio di un diritto potestativo, rimesso all'autodeterminazione del suo titolare, e sottratto al sindacato dell'appaltatore, senza che possano assumere rilievo i motivi che l'hanno determinato, an-

⁽²⁾ BIANCA, *Diritto civile*, V, Milano, 1994, 555 ss.; BUSNELLI, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964, 77.

⁽³⁾ TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, 264 e 266, che conclude: «le fattispecie da noi qualificate come atti leciti dannosi ... sono fattispecie di responsabilità civile in senso tecnico, in quanto si ha l'imputazione di un danno giuridicamente rilevante ad un soggetto». Conf. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, in *Memorie dell'Istituto giuridico dell'Università di Torino*, serie II, LXXX, Torino, 1953, 49 ss.

⁽⁴⁾ MAIORCA, voce *Responsabilità (teoria gen.)*, in *Enc. del dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, 462.

⁽⁵⁾ TUCCI, *La risarcibilità del danno da atto lecito nel diritto civile*, cit., 264.

⁽⁶⁾ DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1979, 25.

⁽⁷⁾ FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile*, diretto da Franzoni, I, Milano, 2010, 1252.

⁽⁸⁾ FRANZONI, *L'illecito*, cit., 1253.

⁽⁹⁾ Cass., 9.2.1985, n. 1072, in *Mass. Giust. civ.*, 1985, fasc. 2.

⁽¹⁰⁾ ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, XIII, t. 2, Torino, 2000, 243.

⁽¹¹⁾ Cass., 7.5.1952, n. 1729, in *Foro it.*, 1952, I, 1638.

che se riconducibili al venir meno dei presupposti del contratto di appalto stesso⁽¹²⁾.

Tale diritto costituisce, evidentemente, un privilegio, atteso che deroga alla previsione dell'art. 1372, comma 1º, c.c. che richiede, per lo scioglimento di un contratto, il c.d. *contrarius consensus*, ossia che intervenga un nuovo accordo fra le parti, uguale e contrario al precedente, che il codice definisce «mutuo consenso», o, secondo altra espressione utilizzata, «risoluzione convenzionale». Sembra, semmai, da ricondurre alla facoltà di recesso cui fa riferimento l'art. 1373 c.c., dalla quale, tuttavia, differisce (a) quanto alla fonte, non essendo, nell'appalto, una clausola pattizia a consentire ad una delle parti di sciogliere unilateralmente il contratto, ma direttamente la stessa legge, (b) per l'assenza di un termine per il suo esercizio e (c) per essere bilanciata per mezzo dell'obbligazione indennitaria⁽¹³⁾.

Si tratta, a ben vedere, di un diritto di ampia formulazione che il suo titolare può esercitare in qualunque momento successivo alla conclusione del contratto, e che, in quanto atto unilaterale, non necessita dell'accettazione dell'appaltatore, producendo l'effetto risolutivo dal momento in cui viene portato a conoscenza di questi.

Non richiede, nemmeno, una giustificazione, potendo il committente liberarsi dal vincolo contrattuale per qualsiasi ragione lo induca a porre fine al rapporto, della quale non deve dar conto, sì da configurarsi quale recesso *ad nutum*, ben potendo trovare fondamento anche nella semplice sfiducia verso la controparte per fatti d'inadempimento, a nulla rilevando l'importanza di questi⁽¹⁴⁾.

Per la presenza dell'obbligazione indennitaria, si tende a ricondurre la fattispecie nel novero dei c.d. atti leciti dannosi, dovendo il committente che recede dal contratto ristorare l'appaltatore del danno emergente (nella specie le perdite subite per le spese affrontate ed i lavori eventualmente già eseguiti) e del lucro cessante (il mancato conseguimento dell'utile d'impresa previsto) da questi sofferto. Danni che, in caso di contestazione tra le parti, possono secondo i principi generali, essere liquidati in via equitativa dal giudice, tenendo conto, anche *ex officio*, della svalutazione monetaria sopravvenuta sino alla data di determinazione del loro ammontare⁽¹⁵⁾.

Come ha evidenziato la giurisprudenza costante, il diritto di credito dell'appaltatore a conseguire dal committente che recede l'indennizzo previsto dall'art. 1671 c.c., è di valore e non di valuta, riconoscendosi a detto indennizzo natura risarcitoria⁽¹⁶⁾, in applicazione del più generale principio per il quale al danneggiato incolpevole vanno risarciti anche i danni derivanti dalle altrui attività lecite⁽¹⁷⁾.

Si ribadisce, in definitiva, la precipua funzione dell'obbligo di indennizzo di rispondere a ragioni di equità, correttezza e di riassetto economico.

⁽¹²⁾ Cass., 7.8.1993, n. 8565, in *Mass. Giust. civ.*, 1993, 1269.

⁽¹³⁾ Al riguardo, v. Cass., 17.11.2003, n. 17340, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, 11: «la domanda dell'appaltatore volta a conseguire dal committente il corrispettivo previsto per l'esercizio della facoltà di recesso pattuita in suo favore ai sensi dell'art. 1373 c.c. e la domanda dello stesso appaltatore di essere tenuto indenne dal committente avvalendosi del diritto di recesso riconosciutogli dall'art. 1671 c.c. sono sostanzialmente diverse; la prima presuppone l'esistenza di un patto espresso che attribuisca al committente la facoltà di recedere dal contratto prima che questo abbia avuto un principio di esecuzione, nonché l'avvenuto esercizio del recesso entro tale limite temporale».

⁽¹⁴⁾ Cass., 24.4.2008, n. 10742; Cass., 29.7.2003, n. 11642, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, 7-8. Sulla possibilità che il recesso sia giustificato dalla sfiducia verso l'appaltatore per fatti d'inadempimento, v. Cass., 13.7.1998, n. 6814; Cass., 30.3.1985, n. 2236, in *Giust. civ.*, 1986, I, 511, con nota di LIPARI.

4. Il danno cagionato dalla deliberazione assembleare invalida

Anche nell'ambito del diritto societario vi sarebbe spazio, secondo alcuni, per gli atti leciti dannosi, specie in seguito alla riforma operata dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, se si volge lo sguardo, in modo particolare, alla invalidità delle deliberazioni assembleari. In materia, uno degli aspetti più significativi della novella, è quello di aver riconosciuto l'azione di annullamento del deliberato preso «non in conformità della legge o dello statuto» non a chiunque vi abbia interesse, ma solo a determinati soggetti, in particolare ai soci assenti o dissenzienti o astenuti; e sempre che questi posseggano, anche congiuntamente, almeno il 5% del capitale sociale, ovvero almeno un millesimo se si tratta di società che fanno ricorso al mercato del capitale del rischio.

Tuttavia, ai soci che non raggiungano le predette partecipazioni, l'art. 2377, comma 4º, c.c. concede un rimedio alternativo, ammettendo che possano agire, entro il termine di novanta giorni dalla data della deliberazione (ovvero dalla data di deposito o di iscrizione nel registro delle imprese), per il risarcimento del danno ad essi cagionato dal deliberato invalido.

Non vi è, tuttavia, convergenza sulla natura della responsabilità gravante in capo alla società: se, cioè, si tratti di una responsabilità risarcitoria o, piuttosto, di una responsabilità indennitaria, da atto lecito dannoso.

Al riguardo si registrano, sostanzialmente, tre differenti tesi:

- vi è chi sostiene che la causa di invalidità si converta in un fatto illecito fonte di responsabilità aquiliana per i pregiudizi cagionati ai soci⁽¹⁸⁾ – e sembra una tesi da condividere;
- chi, pur ammettendo che si debba parlare di risarcimento e non di indennizzo, configura la responsabilità in termini contrattuali⁽¹⁹⁾;
- e chi la riconduce alla responsabilità da atto lecito dannoso «per un fatto privo del carattere dell'antigiuridicità in quanto non vietato dall'ordinamento giuridico, ma egualmente arrecante un pregiudizio a interessi del privato tutelati direttamente dalla legge»⁽²⁰⁾.

Resta inteso che i soci lesi direttamente dalla deliberazione invalida possono ricorrere al più generale rimedio previsto dall'art. 2395 c.c. ed ottenere il risarcimento dei danni subiti a cagione di atti colposi o dolosi degli amministratori; in questo caso, tuttavia, legittimato passivo dell'azione sono gli amministratori, non già la società (come, invece, nell'ipotesi dell'art. 2377 c.c.).

5. Pubblica amministrazione e atti leciti dannosi: l'esercizio della facoltà di recesso unilaterale dagli «accordi amministrativi». Premesse

È con l'art. 1, comma 1 *bis*, della l. 7 agosto 1990, n. 241⁽²¹⁾, così come novellato dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15, che l'attività di diritto pubblico della p.a. nell'adozione di atti di natura non auto-

⁽¹⁵⁾ Cass., 17.11.2003, n. 17340, in *Mass. Giust. civ.*, 2003, 11.

⁽¹⁶⁾ Cass., 8.1.2003, n. 77: «come si evince dal significato etimologico-lessicale dell'espressione "tenga indenne"».

⁽¹⁷⁾ Tra le diverse pronunce cfr. Cass., 4.4.1981, n. 1911, in *Rass. giur. energia elettrica*, 1981, 778; Cass., 29.4.1991, n. 4750, in *Mass. Giust. civ.*, 1991; Cass., 5.6.1998, n. 5516, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, 1219.

⁽¹⁸⁾ GALGANO, *Trattato di diritto civile*, III, Padova, 2009, 592.

⁽¹⁹⁾ RORDORE, *Le linee guida del nuovo diritto societario*, in *Questione giustiziana*, 2003, 489.

⁽²⁰⁾ PIAZZA, *L'impugnativa delle delibere nel nuovo diritto societario*, in *Corriere giur.*, 2003, 968.

⁽²¹⁾ Ove si afferma che: «la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente».

ritativa perde la posizione di primizia che sino ad allora l'aveva caratterizzata, in favore del riconoscimento di un ruolo di preminenza delle norme del diritto comune, da quel momento ritenute altrettanto idonee a soddisfare gli interessi di cui la pubblica amministrazione è fatta portatrice dall'ordinamento giuridico.

A ben vedere, la formazione della disciplina dell'atto amministrativo, specie per quanto attiene alla individuazione dei requisiti di validità ed efficacia, ha risentito profondamente degli insegnamenti del diritto comune, senza – tuttavia – mancare di introdurre elementi affatto peculiari.

A cavallo tra il XIX e il XX secolo, l'attività amministrativa appare regolata, in modo tutt'altro che omogeneo, in parte dal diritto pubblico ed in parte dal diritto privato; ed i contratti conclusi dall'Amministrazione, veri e propri atti consensuali, sono soggetti alla complessa disciplina sulla contabilità dello Stato.

Intorno agli anni '50 del secolo scorso, una parte della dottrina, in particolare il Giannini, ammette la titolarità, in capo alla pubblica amministrazione, dell'autonomia privata, ogniquale volta essa agisca nelle forme del diritto comune, al pari di qualsiasi soggetto privato, e ciò in quanto «persona giuridica»⁽²²⁾.

Dal canto suo la giurisprudenza elabora un'impostazione c.d. del «doppio binario», da un lato assoggettando la fase di formazione del contratto alle regole proprie del diritto pubblico, ritenute unico strumento capace di garantire la sussistenza dell'interesse pubblico, e dall'altro riconducendo la fase di esecuzione ed interpretazione del negozio alla disciplina privatistica.

In breve tempo la dottrina si convince della compatibilità tra lo statuto dell'azione amministrativa e l'autonomia privata, consapevole che l'attività amministrativa, quantunque possa trovare espressione in strumenti di diritto comune, resta pur sempre attività funzionalizzata, soggetta a regole peculiari, diverse da quelle che disciplinano l'attività di soggetti privati⁽²³⁾.

Ciò, si badi, non ha voluto significare una «privatizzazione» tout court dell'azione amministrativa, ma, piuttosto, che l'individuazione di spazi di autonomia privata è rimessa alla legge, e che, ove manchi una disposizione in tal senso, lo statuto dell'azione dell'Amministrazione spiega, integralmente, il proprio rigore.

Non può trascurarsi, infine, che nell'ultimo decennio lo stesso concetto di azione amministrativa ha subito una profonda evoluzione, e pure le regole poste a suo presidio: è, invero, una conquista recente il riconoscimento della risarcibilità dei danni conseguenti alla lesione di interessi legittimi, risarcibilità che sino al 1999 veniva limitata alla lesione di diritti soggettivi a cagione di una interpretazione strettamente letterale dell'art. 28 Cost.

6. Segue: gli accordi amministrativi

Il nuovo art. 11 della legge n. 241/1990 consente alla p.a. di

avvalersi di moduli consensuali per l'esercizio della funzione amministrativa, in alternativa al modello tradizionale fondato sull'esercizio unilaterale ed imperativo del potere amministrativo⁽²⁴⁾.

Il ricorso agli accordi presuppone, pur sempre, l'esistenza di un procedimento amministrativo: è da escludere la loro riconducibilità all'attività di diritto privato della p.a.

Sebbene la formula dell'art. 11, comma 2°, l. n. 241/1990, sia suscettibile di interpretazioni tutt'altro che univoche, certo è che ai c.d. «accordi amministrativi» si applica la disciplina codicistica in materia di obbligazioni e contratti, solo in quanto compatibile e non, certamente, nella sua interezza; e ciò diversamente dai contratti ad evidenza pubblica che sono veri e propri contratti di diritto comune.

Gli accordi amministrativi sono atti bilaterali, frutto della partecipazione del potere amministrativo e della natura privata, pur costituendo espressione del potere autoritativo di cui è titolare la p.a.; in definitiva, come osserva la dottrina, possono essere qualificati come contratti «ma la qualificazione, in presenza di una disciplina profondamente diversa e in relazione ad un oggetto del tutto particolare, quale è l'esercizio del potere pubblico, rischia di avere un rilievo meramente astratto, se non addirittura un valore soltanto terminologico»⁽²⁵⁾.

Venendo alla tipologia, l'art. 11 prevede e disciplina due *species* di convenzioni tra l'amministrazione e il privato: l'accordo integrativo (o procedimentale) e quello sostitutivo del provvedimento; va detto, ad ogni modo, che gli accordi possono essere conclusi esclusivamente «nel perseguimento del pubblico interesse».

Per quanto interessa, l'art. 11, comma 4°, riconosce alla pubblica amministrazione – per sopravvenuti motivi di pubblico interesse – il potere di recedere unilateralmente dagli accordi «salvo l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatesi in danno al privato»; e si tratta di ipotesi che, generalmente, viene ricondotta al novero degli atti leciti dannosi, per la previsione dell'obbligazione indennitaria.

Non si è in presenza di uno *ius poenitendi*, ma di un potere discrezionale ed imperativo, funzionalizzato alla cura dell'interesse pubblico, che deve essere motivato (e che è soggetto al sindacato di giurisdizione) e che prevale sulla situazione di affidamento del privato.

D'altra parte il compromesso tra l'esercizio di un potere legittimamente esercitato dall'Amministrazione e gli interessi del privato che abbia ragionevolmente confidato sulla stabilità dell'accordo, è raggiunto attraverso la liquidazione di un indennizzo, quale forma di tutela minima *ex lege* prevista⁽²⁶⁾. ■

⁽²²⁾ GIANNINI, *Attività amministrativa*, in *Enc. del dir.*, vol. III, Milano, 1958, p. 988 ss.

⁽²³⁾ SCOCA, *L'attività amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, a cura di Scoca, Torino, 2008, p. 177.

⁽²⁴⁾ In argomento cfr. BARBAGALLO-FOLLIERI-VETTORI (a cura di), *Gli accordi fra privati e p.a. e la disciplina generale del contratto*, Napoli, 1995; DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996; GIULIETTI, *Attività consensuale della p.a. e vincoli giuridici:*

tutela del pubblico interesse e affidamento del privato, in *Cons. Stato*, 2001, 1617.

⁽²⁵⁾ SCOCA, *Fattispecie diverse dai provvedimenti*, in *Diritto amministrativo*, a cura di Scoca, Torino, 2008, 414.

⁽²⁶⁾ D'AMICO, *Considerazioni in ordine all'articolo 11, legge 7 agosto 1990, n. 241*, in *Foro amm.*, 1992, 2465; SCOCA, *Fattispecie diverse dai provvedimenti*, in *Diritto amministrativo*, cit., 425.