



Rivista N°: 4/2021  
DATA PUBBLICAZIONE: 22/10/2021

AUTORE: Raffaele Manfrellotti\*

## LA CAUSA DEGLI ATTI DI DIRITTO PUBBLICO

*Sommario: 1. Premesse concettuali. - 2. La causa dell'atto amministrativo. - 3. Elemento causale e tipicità dell'atto. - 4. La causa nei contratti pubblici e negli accordi della pubblica amministrazione. - 5. La polivalenza causale dell'atto legislativo. - 6. Il collegamento causale nel diritto pubblico. - 7. Le patologie della causa nel sistema degli atti pubblici. - 8. Conclusioni.*

### 1. Premesse concettuali

Una delle problematiche maggiormente studiate dalla dottrina degli atti pubblici a cavaliere tra le due guerre mondiali è stata quella relativa alla causa. Accanto a studi autorevoli che hanno affrontato *ex professo* l'argomento<sup>1</sup>, si registrava una tendenza generalizzata a presupporre l'elemento causale quale costitutivo dell'atto e, in rapporto ad esso, ad analizzare gli aspetti di volta in volta oggetto di riflessione<sup>2</sup>. Dopo il secondo conflitto mondiale l'attenzione

---

\* Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università di Napoli Federico II.

<sup>1</sup> P. BODDA, *La nozione di "causa giuridica" della manifestazione di volontà nel diritto amministrativo*, Torino, 1933; U. FORTI, *I "motivi" e la "causa" negli atti amministrativi*, in *Studi di diritto pubblico*, I, Roma, 1937, pp. 477 ss.; C. MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge, ora in Scritti sulle fonti del diritto e sull'interpretazione*, Milano, 1972, pp. 471 ss.

In realtà, l'applicazione della causa alla categoria dell'atto amministrativo si deve, già all'inizio del secolo XX, a F. CAMMEO, *Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo del diritto amministrativo*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di V. E. ORLANDO, Milano, 1901, p. 40 (nonché, più dettagliatamente, nel *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914, p. 1332), a cui risale, però, anche l'equivoco di legare tale concetto a quello di "volontà" e di "negozio giuridico" nel campo del diritto pubblico: equivoco che accompagnerà tutta la successiva riflessione sulla causa degli atti pubblici. La dottrina dell'epoca accolse la nozione e la utilizzò per definire singole problematiche in rapporto agli atti della pubblica amministrazione (A. DE VALLES, *L'invalidità degli atti amministrativi*, Roma, 1917, pp. 145 ss.; L. RAGGI, *Sull'atto amministrativo (Concetto classificazione validità)*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1917, pp. 145 ss.). Fu solo dopo la Grande Guerra, tuttavia, che la causa nel sistema degli atti pubblici fu oggetto di studi specifici.

Dopo la Seconda Guerra Mondiale la problematica della causa degli atti di diritto pubblico tornerà, sporadicamente, a "fare capolino" negli scritti della dottrina, per lo più in rapporto all'esigenza di ricostruire, sul piano dommatico, la categoria del vizio di eccesso di potere.

<sup>2</sup> U. BORSI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1935, pp. 42 ss.; M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939, pp. 186 ss.; E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, pp. 312 ss.

della dottrina per la causa degli atti pubblici è andata progressivamente scemando, sebbene sia mancata una riflessione intesa a contestarne l'utilità scientifica<sup>3</sup> ovvero l'opportunità di estendere un concetto sorto in seno agli studi di diritto privato anche nel diritto pubblico<sup>4</sup>. Lo sforzo scientifico che, per qualità e quantità dei contributi, ha interessato il concetto di causa, rende, forse, non inutile interrogarsi sull'attualità di tale categoria del diritto pubblico senza rassegnarsi alla constatazione della sua desuetudine.

Una prima questione da affrontare, dal punto di vista metodologico, è la possibilità di considerare l'elemento causale in maniera unitaria per tutti gli atti di diritto pubblico, sebbene ciascuno di tali atti costituisca espressione di una peculiare e determinata funzione. Non si saprebbe individuare, nel sistema degli altri pubblici, altro elemento comune che questo: la predeterminazione normativa della forma dell'atto e dello scopo a cui esso è rivolto, ossia, appunto, della funzione da cui l'atto stesso scaturisce, e dunque la possibilità di considerare le singole manifestazioni delle diverse funzioni quali specificazioni di un sistema assiologico normativamente imposto alla cura di esse<sup>5</sup>. Eppure, ai fini dello studio dell'elemento causale, questo singolo, minimo elemento appare sufficiente. Se si identifica la causa con la relazione di necessità giuridica tra il fine dell'atto e lo scopo della funzione di cui esso è espressione (affermazione di cui si cercherà di dare conto nel prosieguo), appare evidente che la causa viene a connotarsi quale elemento di ogni manifestazione di una pubblica funzione, indipendentemente dalla sua natura e dalle sue peculiarità. Ne consegue che, in questa (pur limitata) prospettiva, può senz'altro ragionarsi, in generale, sulla causa come elemento costante di tutti gli atti espressione di pubbliche funzioni, o, più semplicemente, di tutti gli atti di diritto pubblico.

Si è già detto che la dottrina del secondo dopoguerra ha dedicato a tale elemento pochissima attenzione<sup>6</sup>. Certamente sul progressivo allontanamento della scienza del diritto pubblico dal concetto avrà pesato la difficoltà di ricostruirlo sul piano dommatico. Diversamente dai cultori del diritto romano e del diritto civile, i giuspubblicisti non hanno accettato la sfida di dare alla "più filosofica delle parole"<sup>7</sup> una dimensione scientifica, rinunciando, però, ad un validissimo strumento concettuale per l'inquadramento di diverse problematiche, come il presente studio cercherà di evidenziare. Sicché, sembra opportuno prendere le mosse dalla delimitazione della nozione di causa nel sistema del diritto privato al fine di disporre di uno schema concettuale che possa adattarsi, *mutatis mutandis*, alle manifestazioni delle pubbliche funzioni.

Non si pretende, ovviamente, di dar conto neppure sommariamente del dibattito sulla causa del contratto (o, come comunemente pure si afferma con poco riguardo al diritto

---

<sup>3</sup> Un passaggio (in verità, assai laconico) in tal senso in B. G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo (Diritto amministrativo generale, I)*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2000, p. 746.

<sup>4</sup> Cenni, in tal senso, si rinvengono nella manualistica: R. ALESSI, *Principii di diritto amministrativo*, I, Milano, 1966, pp. 315 ss.; e più recentemente V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1997, p. 513, entrambi però sulla non condivisibile premessa dell'assimilazione della causa al tipo (su cui *amplius infra*).

<sup>5</sup> H. KELSEN *La dottrina pura del diritto*, tr. it., Torino, 1966, pp. 217 ss.

<sup>6</sup> Nello studio degli atti normativi, la tendenza contemporanea è di non dar conto di tale elemento neppure in chiave problematica. Si confronti G. U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, 1998, pp. 51 ss., che rivolge tutto il pur notevole sforzo ricostruttivo in rapporto alla volontà senza neppure accennare all'elemento causale.

<sup>7</sup> In questi termini P. BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, in *Scritti giuridici vari*, III, Torino, 1921, p. 133.

positivo, del c.d. “negozio giuridico”) che ha impegnato i civilisti. Basterà qui dar conto del risultato a cui, nell’attuale momento storico, è pervenuta la dottrina civilistica anche sulla scorta della giurisprudenza.

Sin dal suo sorgere, la nozione di causa è passata, “*con vece assidua*”, da una concezione oggettiva, tale da identificarla con il tipo funzionale disciplinato dall’ordinamento a proposito di una determinata operazione contrattuale (dottrina della causa come funzione economico-sociale)<sup>8</sup>, ad una soggettiva, tale da identificarsi con il complesso delle obbligazioni funzionalmente collegate previste dal contratto (dottrina della causa in concreto)<sup>9</sup>; ed è in questa seconda accezione che è, oggi, intesa anche dalla giurisprudenza<sup>10</sup>. Interessa qui sottolineare che, in ambedue le accezioni, sottesa al concetto di causa vi è un’esigenza giuridica di funzionalizzazione del traffico giuridico ad un interesse normativamente qualificato, espressa mediante un giudizio di meritevolezza in rapporto a quest’ultimo dell’assetto di interessi dedotti nel contratto ovvero della forma giuridica utilizzata<sup>11</sup>. Questa constatazione rende evidente che l’elemento causale esprime un’esigenza di diritto obiettivo non riconducibile alla volontà dei contraenti e anzi, in qualche misura, antitetica ad essa: essa fissa infatti un limite esterno a tale volontà e all’atto che la manifesta, il quale condiziona la rilevanza giuridica (e dunque la tutela) che l’ordinamento le attribuisce alla coincidenza con un interesse espresso da una norma e, perciò, pubblico. E non è senza significato che nell’elaborazione pandettistica della categoria del negozio giuridico mancasse qualsivoglia riferimento alla causa come elemento di esso, perché incompatibile con la centralità della volontà quale ragione necessaria e sufficiente per il sorgere del vincolo negoziale<sup>12</sup>.

Questa constatazione consente di affermare, sul piano metodologico, l’indipendenza della problematica della causa dalla categoria del negozio giuridico, sollevando il presente lavoro dal compito di indagare la riconducibilità degli atti pubblici alla volontà degli organi che li adottano e, dunque, l’ammissibilità, sul piano dommatico, di “atti pubblici negoziali”<sup>13</sup>. Basti qui osservare che, essendo l’atto di diritto pubblico la manifestazione di una funzione, esso si connota in ragione di un elemento di doverosità in rapporto allo scopo da conseguire che rende l’indagine sulla volontà del soggetto pubblico assai poco fruttuosa (la categoria logica che si

---

<sup>8</sup> E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli, 2002 (rist.), pp. 169 ss.; P. BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, cit., pp. 131 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997 (rist.), pp. 126 ss.

<sup>9</sup> G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, pp. 370 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, pp. 808 ss.

<sup>10</sup> C. Cass, sez. III, sent. n. 10490 del 2006.

<sup>11</sup> E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 53 ss.; P. BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, cit., pp. 131 ss.

L’immanenza della categoria della causa agli interessi meritevoli di tutela ne consente l’allocazione nell’ambito della teoria generale delle obbligazioni (e dunque, oltre i confini del solo diritto dei contratti), dove, in effetti, nella tradizione romanistica essa aveva visto la luce. Sul punto, si veda la lucida ricostruzione di G. F. CAMPOBASSO, *Coobbligazione cambiaria e solidarietà disuguale*, Napoli, 1974, in part. pp. 156 ss.

<sup>12</sup> F. K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, III, Berlin, 1840; B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, tr. it. a cura di C. FADDA e E. BENZA, Torino, 1930.

<sup>13</sup> La categoria dommatica del negozio di diritto pubblico, compiutamente elaborata da K. KORMANN, *System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte*, Berlin, 1910, in part. pp. 15 ss., ha avuto fortuna a partire dalla prima metà del 1900 e ha ispirato anche alcune ricostruzioni contemporanee. Essa è stata utilizzata da tutti gli studiosi che hanno affrontato il tema della causa nel diritto pubblico.

accompagna al concetto di funzione è l'obbligo, non la volontà). Ne consegue che la categoria del negozio giuridico, controversa già tra gli studiosi del diritto privato, non trova nessuno spazio nel diritto pubblico<sup>14</sup>.

## 2. La causa dell'atto amministrativo

Nel vigente ordinamento, la causa quale elemento essenziale degli atti amministrativi non è soltanto una ricostruzione teorica: essa è altresì riconosciuta, sul piano del diritto positivo, dall'art. 11 della l. n. 241 del 1990. La norma disciplina, come è noto, gli accordi sostitutivi del provvedimento, ossia atti che, sul piano sostanziale, posseggono il medesimo contenuto del provvedimento da cui differiscono solo quanto alla genesi (consensuale e non autoritativa). L'atto amministrativo e l'accordo ex art. 11 posseggono, in altri termini, lo stesso carattere di disciplina obiettiva di un rapporto oggetto di una funzione. Orbene, se questo è vero, il rinvio ai principi in materia di obbligazioni e contratti (e, dunque, anche all'art. 1325 c.c. sui requisiti dell'atto) di cui al comma II del citato art. 11 deve ritenersi valevole anche per il provvedimento amministrativo che l'accordo sostituisce per quanto concerne l'aspetto della regolazione della fattispecie, a cui è evidentemente indifferente la natura consensuale ovvero autoritativa della fonte della regolazione medesima. In altri termini, se l'accordo ex art. 11 l. 241/1990 è fungibile rispetto all'atto amministrativo sotto il profilo del contenuto regolativo di un rapporto giuridico, deve avere necessariamente requisiti comuni a quest'ultimo per quegli aspetti che attengono alla disciplina del rapporto medesimo. Se, dunque, è evidente che alcun rilievo può avere, nella prospettiva soggettiva dell'atto amministrativo, l'accordo delle parti, è altrettanto evidente che, sul piano oggettivo, esso dovrà pur sempre presentare un complesso di prescrizioni o di autorizzazioni che ne costituiscono l'oggetto e una forma attraverso cui si manifesta il contenuto dell'atto. Se si condivide tale ragionamento, l'atto amministrativo dovrà, inoltre, presentare, tra i suoi requisiti, anche una causa.

Nell'esperienza francese, in cui il concetto ha avuto origine, la causa era intesa quale scopo obiettivamente considerato dell'atto, ossia il fine di esso quale espresso dalla norma che ne costituisce la base giuridica<sup>15</sup>. La ricostruzione coglie senz'altro il cuore della problematica relativa all'elemento causale ancorandola al profilo teleologico dell'atto; tuttavia, finisce con il risolvere tale elemento nel tipo normativo astrattamente considerato privandolo, in larga misura, di qualsivoglia utilità dommatica.

Noi crediamo che, nel diritto pubblico, il concetto di causa sia legato a quello di discrezionalità e ne costituisca, in qualche misura, un corollario. Come è noto, l'attività discrezionale è identificata come la potestà riconosciuta ad un centro soggettivo di imputazione di una pubblica funzione di specificare, in uno o più casi concreti, l'interesse pubblico astrattamente previsto quale scopo della funzione. La discrezionalità implica, in altri termini, un giudizio sillogistico tra l'interesse generale tipico (premessa maggiore) e il caso concreto (premessa minore),

---

<sup>14</sup> Per qualche ulteriore considerazione sul punto, se si vuole, R. MANFRELLOTTI, *Diritto pubblico*, Torino, 2021, p. 349.

<sup>15</sup> G. VEDEL, *Essais sur la notion de cause en droit administratif français*, Paris, 1934, pp. 118 ss.

nell'ambito del quale l'autorità ha un margine di libertà di apprezzamento delle circostanze di fatto ritenute rilevanti per determinare la sussistenza o la non sussistenza di un interesse pubblico rispetto al quale, comunque, la sua attività è funzionalizzata<sup>16</sup>. Il carattere saliente della discrezionalità è, appunto, questo ossimoro per la quale essa si muove in un ambito di libertà, ma vincolato, sul piano teleologico, alla corrispondenza tra il fine dell'atto discrezionale e quello della funzione che esso esprime<sup>17</sup>. La corrispondenza tra il fine concreto dell'atto discrezionale e quello astrattamente previsto dalla funzione richiede tre condizioni: la corretta ricostruzione del fatto, sotto il profilo dell'attribuzione della corretta rilevanza di tutte le circostanze ai fini della valutazione del pubblico interesse; la corretta sussunzione del caso, così ricostruito, nel parametro normativo generale che disciplina la funzione; la razionalità del contenuto dell'atto rispetto all'interesse generale a cui è preposto in rapporto alle peculiarità del caso concreto. Tali condizioni, ancorché insuscettibili di regolazione giuridica quanto al *quomodo*<sup>18</sup> (c.d. "merito" dell'atto), richiedono, tuttavia, la delimitazione della libertà di apprezzamento dell'atto quanto al risultato concreto a cui è rivolto, il quale deve necessariamente consistere in un'articolazione logicamente apprezzabile dell'interesse generale tutelato dalla funzione.

Ne deriva che la causa legittima di un atto di diritto pubblico individua un nesso di corrispondenza logica tra lo scopo concreto dell'atto e il fine astratto della funzione che esso esprime, ossia il corretto utilizzo della discrezionalità quale attività di specificazione dell'interesse pubblico posto a fondamento della funzione medesima.

Alla luce delle considerazioni ora svolte, è senz'altro corretto identificare la causa dell'atto con l'interesse normativamente qualificato a cui è funzionalizzato: poiché tale interesse è la ragione stessa della funzione di cui l'atto è manifestazione, la causa è dunque lo scopo della funzione, ossia l'interesse pubblico che l'atto deve realizzare<sup>19</sup>. Ma tale affermazione definisce l'elemento causale soltanto parzialmente. La causa esprime un limite interno all'atto, consistente nella necessità giuridica che l'atto stesso sia coerente con lo scopo normativamente qualificato al cui servizio è posta la funzione; attraverso l'elemento causale si misura la rispondenza del singolo atto incidente su un rapporto concreto all'interesse pubblico astrattamente previsto dalla funzione e attualizzato attraverso l'atto stesso<sup>20</sup>. Si può anche dire, dunque, che la causa dell'atto consiste nel suo scopo concreto, quale specificazione storica della finalità astratta a cui è preordinata la funzione. Ne consegue che la verifica del requisito causale presuppone un raffronto tra lo scopo tipico della funzione e il fine specifico dell'atto perseguito nel caso concreto. La rispondenza di tale finalità storica all'interesse

---

<sup>16</sup> M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., pp. 22 ss.; C. MORTATI, *Discrezionalità*, in *Nss. Dig. it.*, V, Torino, 1960, p. 1103.

<sup>17</sup> Ancora C. MORTATI, *Discrezionalità*, cit., p. 1102.

<sup>18</sup> M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., in part. pp. 93 ss.

<sup>19</sup> P. BODDA, *La nozione di "causa giuridica"*, cit., pp. 44 ss.; U. FORTI, *I "motivi" e la "causa" negli atti amministrativi*, cit., pp. 484 ss. Analogamente, ma nella sola ipotesi (ad avviso dell'A., eccezionale) in cui la norma vincoli l'amministrazione al perseguimento di uno scopo determinato, C. MORTATI, *La volontà e la causa*, cit., p. 508.

<sup>20</sup> Ad esempio, il provvedimento di espropriazione del terreno Alfa corrisponde all'interesse pubblico concreto a realizzare in quel punto del territorio comunale un mercato ortofrutticolo o l'ufficio del Giudice di Pace.

normativamente qualificato determina la liceità della causa dell'atto<sup>21</sup>. L'identificazione della causa con l'interesse tipico e astratto perseguito dalla funzione è all'origine delle critiche che, come si vedrà nel paragrafo seguente, sono ancora oggi riferite a tale requisito.

La ricostruzione dell'elemento causale quale nesso di necessità giuridica tra l'interesse astrattamente attribuito alla funzione e lo scopo concretamente perseguito dall'atto è stata revocata in dubbio da un'autorevole dottrina che, precedentemente all'entrata in vigore della Carta costituzionale, ha ritenuto che così intesa la causa dell'atto sarebbe in contraddizione con un elemento essenziale del provvedimento amministrativo, ossia la libertà di apprezzamento dell'interesse pubblico; in rapporto al quale, la qualificazione normativa dell'interesse stesso opererebbe come limite, per così dire, "esterno" al provvedimento, fissando un confine all'interno del quale la discrezionalità amministrativa sarebbe libera di muoversi liberamente e senza costrizioni da parte dell'ordinamento. In altri termini, l'interesse normativamente qualificato non costituirebbe lo scopo della funzione, ma il suo limite meramente negativo: e all'interno di quel limite l'atto potrebbe assumere qualsiasi contenuto l'amministrazione volesse.

La posizione in esame si presenta come articolata in due differenti opinioni.

Secondo la prima di esse<sup>22</sup>, il carattere vincolato della discrezionalità amministrativa al perseguimento di un interesse pubblico non esclude la possibilità di diverse scelte dell'amministrazione in ordine al *quando* e al *quomodo* del provvedere, ciò che concreterebbe una sfera di libertà decisionale in rapporto alla quale l'interesse normativamente qualificato opererebbe con un vincolo di corrispondenza. In verità, la dottrina in esame fa coincidere la causa come il fine a cui deve tendere l'atto amministrativo: l'interesse normativamente qualificato, che nel diritto civile opererebbe, secondo l'opinione in esame, come divieto di pregiudizio, nel diritto amministrativo costituisce invece lo scopo stesso dell'atto, in relazione a cui viene apprezzata la legittimità<sup>23</sup>. Può poi discutersi se si possa definire tale discrezionalità funzionalizzata come "volontà", ma si tratta di una questione strettamente terminologica che non incide sulla sostanza del fenomeno, per la quale l'atto amministrativo non è libero nel fine ma è vincolato a perseguire, nel caso concreto, l'interesse pubblico che ne costituisce la causa. Così inteso, non sembra possibile sfuggire alla conclusione che la causa dell'atto ne costituisce un requisito e non possa, perciò, ritenersi qualcosa di esterno all'atto stesso.

La seconda delle tesi in esame sviluppa, in verità con maggiore coerenza, l'assunto per il quale la discrezionalità amministrativa sarebbe libera entro i confini fissati dalla norma attributiva della funzione. Quest'ultima incide, infatti, su differenti interessi, solo un numero limitato dei quali è preso in considerazione dalla norma (interessi c.d. principali); ma l'amministrazione sarebbe libera di regolare le interazioni tra gli interessi principali e gli interessi c.d. secondari come meglio ritenga opportuno<sup>24</sup>. La causa dell'atto coinciderebbe, dunque, con la disciplina concreta degli interessi principali e di quelli secondari e sarebbe, perciò, un concetto relazionale inerente alla modalità di ponderazione degli interessi stessi all'interno del rapporto

---

<sup>21</sup> La causa è elemento dell'atto, non della funzione.

<sup>22</sup> C. MORTATI, *La volontà e la causa*, cit., pp. 529 ss.

<sup>23</sup> C. MORTATI, *La volontà e la causa*, cit., in part. p. 532.

<sup>24</sup> M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., in part. pp. 77 ss. Analogamente, E. GUICCIARDI, *L'atto politico*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1937, in part. pp. 312 ss.

disciplinato dall'atto<sup>25</sup>. La causa opererebbe, dunque, nella sfera del giuridicamente indifferente e non costituirebbe un concetto deontologico, volto cioè a porre un limite di scopo all'atto stesso, ma fenomenologico, inerendo ad un procedimento volitivo libero (e perciò giuridicamente indifferente<sup>26</sup>) della pubblica amministrazione relativo alla valutazione e alla cura di tutti gli interessi coinvolti dalla funzione. Ne discenderebbe l'irrilevanza giuridica della causa sul piano della legittimità dell'atto, se non nel caso estremo in cui la cura degli interessi secondari si spinga al punto di negare, nel rapporto disciplinato dall'atto, l'interesse essenziale<sup>27</sup>.

Anche tale ricostruzione, tuttavia, non sembra condivisibile. È senz'altro vero che la funzione incide su una pluralità di interessi ulteriori e diversi da quelli giuridicamente qualificati posti ad oggetto di essa, ed è senz'altro vero che un corretto uso della discrezionalità imponga all'amministrazione di non sacrificare tali interessi oltre quanto necessario per la realizzazione dell'interesse essenziale. Il punto è che, come ammette la stessa dottrina in esame, la discrezionalità è comunque vincolata al rispetto della norma che disciplina la funzione, e dunque a salvaguardare l'interesse essenziale. L'ordinamento vigente ha altresì chiarito che tale salvaguardia deve essere efficiente ed efficace (art. 1 l. n. 241 del 1990), e che dunque l'interesse principale deve trovare, nel singolo atto, il maggior grado possibile di realizzazione. La libertà di apprezzamento dell'amministrazione non è, dunque, libera, ma è vincolata all'aderenza agli interessi normativamente qualificati che costituiscono la ragion d'essere delle funzioni ad essa attribuite. Sotto altro profilo, la considerazione degli interessi secondari da parte della discrezionalità amministrativa presuppone pur sempre una qualche rilevanza giuridica di tali interessi, e dunque una qualificazione normativa dei medesimi. L'acquisizione degli interessi coinvolti dalla funzione amministrativa trova, in altri termini, un limite nella qualifica normativa di essi come meritevoli di tutela, al fine di non gravare il perseguimento dell'interesse pubblico specifico di limiti fondati sulla considerazione di fenomeni giuridicamente indifferenti e, perciò, privi di valore per l'ordinamento giuridico.

Ne consegue che la discrezionalità amministrativa, lungi dal configurarsi come libera, è invece legislativamente vincolata, in positivo a valutare il fatto oggetto della funzione in coerenza con l'interesse specifico che è chiamata a perseguire, e in negativo a non considerare, nel bilanciamento tra quest'ultimo e gli interessi secondari, le istanze sociali prive di riconoscimento sul piano dell'ordinamento giuridico.

L'errore della ricostruzione in commento è nell'aver posto sullo stesso piano tutti gli interessi sociali di fronte all'attività amministrativa, quando invece ad alcuni di essi quest'ultima è vincolata ad attribuire una rilevanza prevalente conformemente alle norme di legge che tipizzano tale attività. In buona sostanza, la tesi in esame confonde l'oggetto dell'atto amministrativo, *id est* il complesso dei rapporti interessati dal contenuto prescrittivo o autorizzatorio dell'atto, con la sua causa, ossia la finalità di tale contenuto o, se si preferisce, l'interesse alla cui realizzazione tale oggetto è strumentale. Può convenirsi che la causa dell'atto implichi un raffronto relazionale tra gli interessi coinvolti dall'atto, ma esso è fissato, almeno nelle sue linee essenziali, dall'ordinamento: non dipende da un apprezzamento teleologico-discrezionale, ma,

---

<sup>25</sup> M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., pp. 186 ss.

<sup>26</sup> Ancora M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., pp. 96 ss.

<sup>27</sup> M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, cit., p. 188.

all'opposto, ne costituisce un limite oggettivo. L'atto sarà, pertanto, sempre sindacabile sotto il profilo della causa, qualora venga in discussione la sua idoneità a realizzare gli interessi normativamente qualificati a cui esso è funzionale. Ne deriva, ancora una volta, che essa è un elemento imprescindibile dell'atto, riferibile alle singole scelte concrete compiute in rapporto agli interessi essenziali.

Tale conclusione consente di cogliere la similitudine che sussiste tra la causa dell'atto nel diritto amministrativo e la causa del contratto nel diritto civile<sup>28</sup>. Così come quest'ultima esprime la rilevanza giuridica del programma contrattuale, ossia il necessario legame tra lo scopo concreto perseguito dai contraenti e un interesse normativamente qualificato come meritevole di tutela da parte dell'ordinamento<sup>29</sup>, la causa dell'atto amministrativo esprime la rilevanza giuridica dell'interesse perseguito mediante il provvedimento, ossia il legame tra lo scopo concreto dell'atto e l'obiettivo normativamente imposto alla funzione di cui l'atto stesso è espressione. La differenza, come meglio si vedrà, non risiede nella natura giuridica della causa, ma nel regime giuridico della sua divergenza dal paradigma normativo. Mentre infatti nel diritto privato tale difformità si traduce nell'irrelevanza giuridica del contratto, e dunque nell'impossibilità dei contraenti di attivare le tutele predisposte dall'ordinamento<sup>30</sup>, riflettendosi sull'atto stipulato in termini di illegittimità solo nell'ipotesi in cui esso persegua finalità espressamente vietate dal diritto (art. 1343 ss. c.c.), nel diritto pubblico la non congruenza dell'atto rispetto al fine posto dalla sua base giuridica ne determinerà sempre l'illegittimità<sup>31</sup>.

Tale ultimo rilievo dimostra come la causa dell'atto costituisca un elemento centrale proprio al fine di connotare il *proprium* dell'attività discrezionale della pubblica amministrazione. Se la causa, infatti, esprime il nesso tra l'interesse pubblico espresso dalla legge in via generale e la sua specificazione da parte del provvedimento, l'attività discrezionale può essere considerata come il margine di apprezzamento di un interesse generale ed astratto in un caso individuale e concreto. La discrezionalità amministrativa, in altri termini, potrebbe essere costruita come l'attività di sussunzione del caso oggetto del provvedere nella norma attributiva della funzione, ovvero nell'attività di apprezzamento degli elementi essenziali del caso oggetto dell'attività amministrativa quale espressione concreta e storicamente determinata di un interesse enunciato in maniera astratta dalla legge. È senz'altro vero che si tratta di un apprezzamento tanto più ampio quanto maggiore è il grado di astrazione del parametro (si pensi al concetto di "pubblica utilità" in rapporto alle procedure espropriative), ma è altrettanto vero che esso non potrà mai spingersi al punto di lasciare all'amministrazione una libertà assoluta, possedendo qualsivoglia parametro un nucleo di senso idoneo a limitare l'azione amministrativa e, dunque, a costituirne un parametro di legittimità. Sotto altro profilo, l'elemento causale

---

<sup>28</sup> F. P. PUGLIESE, *Interessi individuali – interessi della collettività: ragioni e conseguenze di una formula che supera la dialettica interesse pubblico/interesse privato*, in *Sull'amministrazione consensuale*, Napoli, 2013, p. 29; *contra* R. ALESSI, *Principii di diritto amministrativo*, cit., p. 318.

<sup>29</sup> Secondo la tesi che si è tentato di sostenere altrove. In argomento, se si vuole, R. MANFRELOTTI, *Iniziativa economica privata e autonomia contrattuale. Considerazioni per un inquadramento della problematica della causa del contratto alla luce dell'art. 41, co. II Cost.*, in *Comparazione e diritto civile*, 2019, pp. 14 ss. In termini analoghi, nella dottrina privatistica, G. ALPA, *La causa e il tipo*, in *I contratti in generale*, a cura di E. GABRIELLI, Torino, 2006, p. 545.

<sup>30</sup> Cfr. P. BONFANTE, *Sulla causa illecita*, in *Scritti giuridici vari*, cit., pp. 104 ss.

<sup>31</sup> Per tutti, A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, I, Napoli, 1989, p. 683.



costituisce un parametro per l'esercizio della discrezionalità amministrativa anche sotto il profilo della valutazione degli interessi secondari incisi dal procedimento, posto che il bilanciamento tra essi e l'interesse specifico sottoposto alla cura dell'amministrazione procedente da parte del provvedimento troverà comunque un limite nel nesso di strumentalità tra l'atto e l'efficiente perseguimento dell'obiettivo della funzione. Ne consegue che la discrezionalità può essere definita come la potestà riconosciuta ad una pubblica autorità di specificare l'interesse pubblico attribuito alla cura della funzione che essa deve istituzionalmente esercitare: sicché, la causa dell'atto che è espressione dell'esercizio della funzione ne costituisce lo scopo concretamente perseguito, qualificato in ragione del nesso di coincidenza con l'interesse pubblico oggetto della specificazione.

Ai fini del presente lavoro, il nesso tra il grado di astrattezza nella predeterminazione del contenuto dell'atto e la causa dell'atto medesimo, ossia della discrezionalità dell'amministrazione nella specificazione dell'elemento causale in rapporto all'interesse astrattamente previsto dalla legge, rileva per quanto concerne la delimitazione della problematica dell'elemento causale in rapporto agli atti amministrativi che esprimano la discrezionalità dell'ente in via generale ed astratta, specificando la previsione normativa e vincolando le successive concrete manifestazioni della funzione. La causa dei regolamenti delle autorità amministrative consiste, analogamente a quanto visto a proposito degli atti a contenuto provvedimentale, nella specificazione di un interesse pubblico normativamente previsto<sup>32</sup>, con questa peculiarità: che la causa del regolamento, ossia l'interesse pubblico da esso perseguito in rapporto alla norma di legge che ne costituisce la base giuridica, richiede un ulteriore momento di concretizzazione in rapporto a casi concreti. L'esercizio di una funzione regolamentare, in altri termini, dà luogo ad una specificazione causale progressiva nella quale alla determinazione concreta dell'interesse pubblico specifico concorrono sia il regolamento che l'atto applicativo. Tra i due sussiste, pertanto, un collegamento causale, determinato dalla loro strumentalità al medesimo interesse legislativamente riconosciuto, di cui entrambi costituiscono una specificazione progressiva; ciò che si riflette, del resto, sul piano delle garanzie, nell'esigenza di impugnare congiuntamente i due atti proprio in ragione dell'identità dell'elemento causale. Il punto sarà oggetto di qualche ulteriore considerazione nel prosieguo.

L'identificazione dell'elemento causale con l'interesse pubblico disciplinato dalla norma attributiva della funzione per come esso si realizza, concretamente, nel singolo atto, pone tuttavia, sul piano dommatico, l'esigenza di distinguere la causa dalla fattispecie contemplata dalla norma stessa, ossia dal tipo; e si tratta di un'esigenza particolarmente importante perché, come accennato, in tale confusione risiede la tendenza all'abbandono della categoria della causa da parte della dottrina contemporanea.

### **3. Elemento causale e tipicità dell'atto**

È acquisizione pacifica che gli atti amministrativi siano tipici, e dunque caratterizzati da una specifica funzione istituzionale e dalla predeterminazione normativa dell'interesse

---

<sup>32</sup> P. BODDA, *La nozione di "causa giuridica"*, cit., pp. 67 ss.

pubblico a cui essa è finalizzata<sup>33</sup>. Tale premessa costituisce, sul piano dottrinario, una delle principali differenze rispetto allo stato della dottrina nell'epoca in cui veniva elaborato il concetto di causa dell'atto amministrativo, nella quale la necessaria predeterminazione legislativa delle finalità dell'atto era una tesi ancora discussa<sup>34</sup>. Secondo la tesi in discussione, l'inserimento dello scopo dell'atto nella disciplina della fattispecie lo renderebbe un elemento di quest'ultima e, dunque, priverebbe di autonomia l'elemento causale dagli altri requisiti previsti dalla legge per l'esercizio della funzione: in altri termini, il concetto di causa si risolverebbe nel tipo<sup>35</sup>.

Il disconoscimento della possibilità di distinguere la causa dal tipo ha, in verità, origini antiche che risalgono al dibattito sulla natura dell'elemento causale tra gli studiosi del diritto civile. Già prima dell'entrata in vigore del codice del 1942 la causa del contratto era ricondotta alla forma imposta dalla legge mediante la quale l'ordinamento assicurava la coincidenza tra lo scopo del privato (il "motivo") e la funzione economico-sociale del contratto<sup>36</sup>. Tale ricostruzione perde di vista, tuttavia, la stessa ragion d'essere dell'elemento causale, che trascende il piano normativo per porsi come parametro di valutazione della singola operazione economica in rapporto ad un interesse meritevole di tutela: la causa del contratto di compravendita non è lo scambio della cosa con un prezzo, ma di *quella* cosa determinata, sottoposta, in ipotesi, ad una peculiare disciplina normativa quanto alla destinazione, per *quel* prezzo pattuito, non sempre liberamente determinabile dalle parti, e per le finalità eventualmente dedotte nel programma contrattuale (abitazione, esercizio di un'attività commerciale, ecc.).

Questo modo di ragionare finisce per applicare il concetto di causa dell'atto ad una dimensione (quella del diritto positivo) che le è estranea, e nella quale, effettivamente, tale nozione risulta, nel migliore dei casi, superflua. Tuttavia, la causa e il tipo sono strumenti concettuali che, nel mondo del diritto, assolvono a compiti diversi. Il tipo, o fattispecie, è la previsione normativa degli effetti che si verificano al ricorrere di determinate circostanze, astrattamente considerate<sup>37</sup>. Nel caso della funzione amministrativa, tali effetti non discendono immediatamente dalla legge, bensì richiedono l'esercizio di un'attività di accertamento del concreto realizzarsi di quanto astrattamente previsto e di adozione di un atto che, in rapporto a quel caso, attua la previsione normativa<sup>38</sup>. L'effetto di costituzione, modificazione o estinzione di un rapporto giuridico con i destinatari dell'atto scaturisce, dunque, dal concorso tra la previsione legislativa della fattispecie posta a salvaguardia di un determinato interesse pubblico e l'accertamento, da parte della funzione stessa, del ricorrere delle circostanze di fatto che concretano, in un momento storico determinato, l'interesse tipizzato. Se, come si è detto, la causa dell'atto esprime il rapporto tra lo scopo della funzione e l'interesse concretamente perseguito, appare evidente che tale elemento non riguarda affatto la previsione generale della fattispecie,

---

<sup>33</sup> A. M. SANDULLI, *loc. ult. cit.*

<sup>34</sup> Cfr. C. MORTATI, *La volontà e la causa*, cit., p. 524.

<sup>35</sup> Si vedano gli Autori citati alle note nn. 3 e 4.

<sup>36</sup> E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., pp. 181 ss.; e in termini particolarmente chiari, P. BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, cit., p. 133.

<sup>37</sup> A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1964 (rist.), p. 46.

<sup>38</sup> M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., pp. 57 ss.; A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., pp. 51 ss.

ma, presupposta questa, la sussistenza in un caso determinato dell'interesse medesimo; essa è, in altri termini, un requisito dell'atto quale manifestazione della funzione, non della funzione stessa<sup>39</sup>. La causa dell'atto esprime dunque un rapporto di adeguatezza tra il fine posto dalla legge alla funzione (tipo) e la disciplina precettiva o autorizzativa posta dall'atto in riferimento ad un caso determinato (oggetto). Non si risolve nel tipo, così come non si risolve nell'oggetto dell'atto<sup>40</sup>: ma è un elemento distinto che postula la coerenza del secondo con gli obiettivi posti dal primo.

La tesi che, nel diritto amministrativo, risolve la causa nel tipo<sup>41</sup> riferisce tale elemento non al singolo atto, ma alla funzione astrattamente determinata, smarrendo però la valenza storico-concreta dell'atto stesso, ossia la verifica della sussistenza, nel caso specifico, dell'interesse pubblico che legittima l'emanazione dell'atto. La verifica della sussistenza della causa di un ordine di ripristino dello stato dei luoghi non riguarda la sussistenza, in generale, di un interesse pubblico alla repressione degli abusi edilizi, ma, nel caso specifico, il carattere abusivo dell'immobile oggetto del provvedimento, l'assenza di una domanda di condono, e così via. E si tratta, in tutta evidenza, di una valutazione che trova solo in parte nella legge il proprio fondamento (l'atto è stato adottato in conformità alla disciplina normativa, ha rispettato i suoi requisiti formali, ecc.), ma che si colora di legittimità o di illegittimità a seconda della situazione di fatto sulla quale va ad incidere (l'ordine di demolizione è formalmente corretto ma riguarda un immobile oggetto di una precedente autorizzazione in sanatoria). In altri termini, la semplice aderenza al tipo normativo non basta a definire la legittimità dell'atto: è altresì la sua rispondenza ad una determinata situazione di fatto, la sua capacità di disciplinare un evento storico reale conformemente all'interesse pubblico normativamente predeterminato, che lo rende legittimo sotto il profilo della causa.

La migliore dimostrazione dell'autonomia dell'elemento causale dell'atto dal tipo funzionale, e dell'imprescindibilità di un giudizio di coerenza dell'atto rispetto allo scopo normativo, appare offerta dalla stessa dottrina che, risolvendo, con una mano, la causa nel tipo, si trova poi costretta a elaborare una categoria contigua a quella di causa, parimenti mutuata dal diritto civile, per indicare tale concetto: quella del "motivo"<sup>42</sup>. Secondo questa impostazione, il "motivo" dell'atto costituirebbe l'apprezzamento, nel caso concreto, dell'interesse pubblico a cui è finalizzata la funzione. Si tratta di una contrapposizione che già al momento della sua elaborazione ricevette più critiche che consensi<sup>43</sup>, e che appare una superfetazione logica che

---

<sup>39</sup> P. BODDA, *La nozione di "causa giuridica"*, cit., pp. 18 ss.

<sup>40</sup> *Amplius*, sulla distinzione tra causa e oggetto dell'atto, ancora P. BODDA, *La nozione di "causa giuridica"*, cit., p. 13.

<sup>41</sup> U. FORTI, *I "motivi" e la "causa" negli atti amministrativi*, cit., p. 490.

<sup>42</sup> U. FORTI, *I "motivi" e la "causa" negli atti amministrativi*, cit., pp. 491 ss.; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 1939, pp. 308 ss.; e più recentemente, V. CERULLI IRELLI, *Corso*, cit., p. 513. Analogamente, in una prospettiva di teoria generale, F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, pp. 251 ss., il quale preferisce però sostituire alla dicotomia causa/motivo quella fine/intenzione. La sostituzione, per espressa ammissione dell'A., ha, comunque, un valore prettamente terminologico (p. 242).

La dottrina più risalente era solita, talvolta, riferirsi ai motivi quale "causa remota" dell'atto, ma tale concetto, elaborato dalla scienza del diritto privato, rileva, come si vedrà, nella esclusiva prospettiva del collegamento causale e, pertanto, non può essere accostata al "motivo" interno dell'agente se non sulla base di un evidente fraintendimento.

<sup>43</sup> P. BODDA, *La nozione di "causa giuridica"*, cit., p. 18; C. MORTATI, *La volontà e la causa*, cit., pp. 537 ss.

non supera il vaglio del rasoio di Occam alla luce delle considerazioni che precedono. Invero, il concetto di causa è privo di qualunque utilità dommatica ove non riferito all'esplicazione concreta della funzione, ossia all'atto. Si può, poi, certamente scegliere una convenzione terminologica per la quale si preferisce definire il rapporto tra l'interesse pubblico tipizzato e il suo concreto perseguimento nell'atto come "motivo" piuttosto che come "causa", purché ci si intenda sull'essenza del fenomeno: nel diritto pubblico non esistono motivi contrapposti alla causa, esiste solo un requisito di legittimità dell'atto espresso dal rapporto tra l'interesse pubblico posto dalla norma attributiva della funzione e l'oggetto della concreta esplicazione della funzione stessa. Poiché la parola "motivo" richiama, tuttavia, un elemento psicologico interno all'agente che mal si attaglia al carattere oggettivo delle manifestazioni di pubblica autorità, si ritiene che la categoria in esame possa essere senz'altro qualificata come "causa" dell'atto, poiché tale espressione presenta, come visto, un carattere di obbiettività che evita possibili equivoci in una tematica già di per sé di non facile elaborazione. La dottrina dei c.d. "motivi" dell'atto pubblico può, quindi, senz'altro essere consegnata alla Storia.

L'elemento causale dell'atto amministrativo inteso come sussistenza in un caso specifico dell'interesse pubblico a cui è preposta la funzione trova, peraltro, un significativo riconoscimento, sul piano del diritto positivo, dalla previsione dell'obbligo di motivazione di cui all'art. 3 della legge sul procedimento amministrativo. Il primo comma della disposizione individua quale contenuto della motivazione l'esplicitazione delle ragioni giuridiche a fondamento dell'atto in rapporto alle circostanze di fatto accertate in sede di istruttoria. In buona sostanza, la previsione normativa impone all'amministrazione di esplicitare il rapporto tra il fatto su cui interviene la decisione e l'interesse pubblico a cui essa è finalizzata, ossia, appunto, la causa del provvedimento. Si comprende come, in tal guisa, la motivazione assuma un'importanza centrale nella determinazione della causa dell'atto e nella sua sindacabilità, perché consente di raffrontare la ricostruzione storica operata dall'autorità procedente con l'interesse pubblico espresso dal parametro normativo. Una ricostruzione dei fatti errata o incompleta, quale palesemente dalla motivazione, incide sulla causa dell'atto e, dunque, sulla sua legittimità. Ne deriva la centralità della motivazione nell'apprezzamento del vizio causale del provvedimento.

#### **4. La causa nei contratti pubblici e negli accordi della pubblica amministrazione**

Un prezioso banco di prova per verificare le conclusioni a cui si è giunti nelle pagine che precedono sull'elemento causale dell'atto riguarda le fattispecie in cui l'interesse pubblico sia determinato non autoritativamente e unilateralmente dall'amministrazione, ma consensualmente mediante il coinvolgimento dei destinatari: o nella determinazione dell'oggetto di un atto il cui regime giuridico resta quello di diritto pubblico, ovvero nella determinazione dell'oggetto di un accordo di natura contrattuale sottoposto, in linea di principio, alla disciplina del diritto privato. Pur nella diversità tra le due ipotesi, la specificazione dell'interesse pubblico a fondamento dell'attività amministrativa non è rimessa, in entrambi i casi, alla sola valutazione discrezionale dell'amministrazione, ma deve misurarsi con l'interesse privato coinvolto a cui, evidentemente, deve essere riconosciuto un qualche ruolo nella definizione dell'elemento

causale<sup>44</sup>. Sicché, ai limitati fini del presente studio, sembra possibile accomunare le due ipotesi in un'unica categoria logica che potrebbe definirsi attività consensuale della pubblica amministrazione.

L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica è stata al centro di una nutrita riflessione scientifica che l'ha identificata come modello operativo di carattere generale e alternativo all'esercizio delle funzioni pubbliche in forma autoritativa: tutte le volte che l'ordinamento impone ad una pubblica funzione la cura di un interesse pubblico specifico, l'autorità a cui la funzione è affidata avrebbe sempre la scelta tra agire secondo modelli autoritativi ovvero consensuali, indipendentemente da un'espressa autorizzazione legislativa in tal senso<sup>45</sup>: si è autorevolmente osservato che la pubblica amministrazione "non ha bisogno di agire sempre come autorità per assolvere i suoi compiti istituzionali"<sup>46</sup>. Una volta che si concepisca la funzione come l'astratta attribuzione ad un ente di un interesse pubblico da tutelare, concettualmente distinta dalla progressiva estrinsecazione, nel caso concreto, dell'attività procedimentalizzata finalizzata all'emanazione dell'atto autoritativo la cui causa è costituita, appunto, da tale interesse<sup>47</sup>, l'impostazione in esame sostiene che l'amministrazione potrebbe rinunciare alla forma autoritativa dell'esercizio della funzione e avvalersi, per la cura dell'interesse pubblico, di modelli consensuali<sup>48</sup>.

La tesi è stata criticata da chi ha ritenuto insuperabile la garanzia della previsione legislativa anche in rapporto all'attività consensuale dell'amministrazione, che perciò dovrebbe essere tipica, e dunque espressamente disciplinata (non dissimilmente da quella autoritativa), in ragione della necessaria preordinazione, da parte del legislatore, delle finalità dell'azione stessa<sup>49</sup>.

La presa di posizione a favore dell'una o dell'altra tesi presupporrebbe un'indagine di natura sistematica sulla sussistenza, sull'operatività e sui limiti del principio di legalità che esulerebbe oltre misura dalla prospettiva del presente studio. Sia solo consentito osservare, sul piano dello stretto diritto positivo, che l'obiezione ad una possibilità generale dell'amministrazione di agire consensualmente sembra perdere, oggi, mordente: e questo sia a proposito dell'attività consensuale finalizzata alla conclusione di accordi sostitutivi di atti amministrativi, in ragione della previsione generale di cui all'art. 11 della legge sul procedimento

---

<sup>44</sup> Cfr. già A. TESAURO, *Il contratto del diritto pubblico e del diritto amministrativo in particolare*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1961, p. 111.

<sup>45</sup> La tesi si deve, già nel precedente ordinamento, a G. MIELE, *La manifestazione di volontà del privato nel diritto amministrativo*, Roma, 1931, p. 48. Essa ha tuttavia ricevuto l'attenzione della dottrina solo molto più tardi: G. PERICU, *Note in tema di attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, pp. 189 ss.; G. BERTI, *Il principio contrattuale nell'attività amministrativa*, in *Scritti in on. di M. S. Giannini*, II, Milano, 1988, pp. 49 ss.; F. P. PUGLIESE, *Il procedimento amministrativo tra autorità e contrattazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, pp. 1469 ss.; nonché, più recentemente, A. CONTIERI, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi.*, Napoli, 2000, p. 15.

<sup>46</sup> M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970, pp. 490 ss., e p. 492 per la citazione testuale.

<sup>47</sup> F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pp. 121 ss.

<sup>48</sup> F. P. PUGLIESE, *Fondamento e limiti della collaborazione tra enti territoriali*, in *Sull'amministrazione consensuale*, cit., pp. 44 ss.

<sup>49</sup> C. MARZUOLI, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, pp. 114 ss.; e più recentemente, V. CERULLI IRELLI, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2008, pp. 19 ss.

amministrativo<sup>50</sup>, sia a proposito di una generale capacità di diritto privato degli enti pubblici la quale è riconducibile *per tabulas* all'art. 11 c.c.<sup>51</sup> e, se ben si intende la portata dell'art. 1, co. *lbis* della legge sul procedimento amministrativo<sup>52</sup>, dovrebbe essere espressamente esclusa nei singoli casi dalla legge.

Nell'ambito di un modello amministrativo di tipo consensuale, la problematica della causa dell'atto, abbia esso natura pubblica o privata, assume una rilevanza centrale; e non è senza significato che tale concetto sia riapparso nella riflessione scientifica, sia pur assai fugacemente, proprio nell'ambito di uno studio sull'amministrazione consensuale<sup>53</sup>.

Indipendentemente dal carattere generale o tassativo dell'attività amministrativa consensuale, infatti, nella prospettiva del presente studio rileva rimarcare un dato che la riflessione scientifica pone come pacifico: l'attività consensuale, così come quella autoritativa, si caratterizza in ragione del necessario perseguimento di finalità pubbliche, che pertanto condizionano necessariamente la formazione dell'accordo<sup>54</sup>. L'agire amministrativo, in altri termini, è imprescindibile dalla previa definizione normativa dell'interesse pubblico che ne costituisce lo scopo.

Ne consegue che, per quanto concerne gli accordi sostitutivi di provvedimento, tale interesse (ovvero tali interessi, nell'ipotesi di accordi tra amministrazioni in cui manchi la qualificazione di un interesse prevalente, ai sensi dell'art. 15 l. n. 241 del 1990<sup>55</sup>) costituisce la causa dell'accordo<sup>56</sup>, nei termini in cui si è ricostruito il concetto nelle pagine che precedono: la consensualità è un modello operativo che deve, comunque, essere parametrato all'interesse a cui essa è preordinata, e dunque non esclude il rilievo della causa dell'accordo quale elemento essenziale della sua legittimità. La causa dell'accordo, che si identifica con quella del provvedimento che esso va a sostituire, costituisce, sotto altro profilo, un limite quanto all'individuazione dei soggetti legittimati a partecipare all'accordo stesso, posto che, come si è detto, deve escludersi che il perseguimento dell'interesse pubblico specifico possa trovare un limite nella salvaguardia di interessi di mero fatto, giuridicamente indifferenti. Ne consegue che l'amministrazione procedente potrà relazionarsi soltanto con i soggetti di diritto, pubblici e privati, che facciano valere un interesse normativamente qualificato. Come per il provvedimento autoritativo, la qualificazione giuridica degli interessi secondari costituisce il limite che, sul piano causale, incontra l'accordo sostitutivo.

Le conclusioni che precedono sono adattabili, *mutatis mutandis*, anche ai contratti di diritto privato sottoscritti dall'amministrazione, rispetto ai quali giova, preliminarmente, ribadire

---

<sup>50</sup> F. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004, pp. 107 ss.; G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, pp. 9 ss.; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, in part. pp. 52 ss.

<sup>51</sup> S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale*, Milano, 2012, pp. 76 ss.

<sup>52</sup> Per un panorama delle posizioni degli studiosi sulla problematica della portata della disposizione citata, F. GIGLIONI – A. NERVI, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2019, pp. 19 ss.

<sup>53</sup> F. P. PUGLIESE, *Interessi individuali – interessi della collettività*, cit., p. 29.

<sup>54</sup> F. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, cit., pp. 210 ss.; S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale*, cit., pp. 68 ss., la quale osserva che, del resto, il vincolo di scopo caratterizza l'attività di tutte le persone giuridiche.

<sup>55</sup> Sul rapporto tra l'art. 11 e l'art. 15 della legge sul procedimento amministrativo, F. GIGLIONI – A. NERVI, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, cit., pp. 39 ss.; F. P. PUGLIESE, *Fondamento e limiti della collaborazione tra enti territoriali*, cit., pp. 41 ss.

<sup>56</sup> F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, Padova, 1998, pp. 270 ss.

che, in quanto contratti, debbono necessariamente presentare il requisito ex art. 1325, n. 2 c.c. Per altro verso, trattandosi di contratti essenzialmente tipici, appare evidente che la loro causa non può essere dissolta nella “funzione economico-sociale” e, dunque, nel tipo, posto che, a ragionare diversamente, la disposizione citata non avrebbe alcun senso in riferimento alla fattispecie in esame<sup>57</sup>. Ne consegue che la causa del contratto pubblico deve necessariamente intendersi quale causa in concreto. Tale conclusione era apparsa chiara fin dalle prime riflessioni sul fenomeno, rispetto a cui si affermava che il programma contrattuale deve necessariamente presentare, sul piano causale, un nesso di strumentalità con l’interesse pubblico espresso dall’ente stipulante<sup>58</sup>. Lo sforzo della dottrina si è dunque indirizzato sulla consistenza di tale interesse pubblico nonché, assai più recentemente, sulla rilevanza dell’interesse privato nella determinazione della causa del contratto pubblico.

Le opinioni che escludono l’interesse pubblico dalla causa del contratto concluso dalla p.a., relegandolo al piano dei motivi<sup>59</sup>, presuppongono una nozione astratta di causa, coincidente, come si è detto, con il tipo contrattuale. Al di là delle critiche a tale modo di intendere l’elemento causale, giova ribadire quanto già richiamato *supra*: esso esprime, nel diritto dei contratti, un interesse pubblico alla stregua del quale valutare la meritevolezza degli interessi privati dedotti nel programma contrattuale in ossequio al limite dell’utilità sociale ex art. 41, co. II Cost. Sarebbe, dunque, un assurdo logico se proprio l’interesse pubblico positivamente perseguito da uno dei contraenti, la p.a., non trovasse rilevanza, sul piano causale, nei contratti stipulati da quest’ultima. Dal punto di vista dell’amministrazione, il contratto è uno strumento per perseguire le proprie finalità istituzionali, per cui l’interesse-scopo di tali finalità costituisce, per il soggetto pubblico, il *primum mobile* dell’attività contrattuale: come si è efficacemente detto, il contratto pubblico è funzionalizzato agli interessi che il contraente pubblico è obbligato a perseguire secondo l’ordinamento giuridico<sup>60</sup>. Né tale conclusione appare inficiata dalla circostanza che tale interesse possa rilevare, sul piano causale, in via mediata, lì dove il contratto non si indirizzi immediatamente alla realizzazione di quest’ultimo ma sia, ad esempio, rivolto a fornire all’amministrazione dei mezzi necessari per la sua realizzazione<sup>61</sup>, perseguendo uno scopo specifico ancillare e, comunque, strumentale ad esso: il contratto stipulato da un istituto scolastico avente ad oggetto servizi di pulizia delle aule, ancorché non immediatamente rivolto alla formazione degli studenti, presenta sicuramente un collegamento, sul piano causale, con la funzione istituzionale della scuola; se il contratto avesse ad oggetto l’acquisto di un autotrasporto per il trasporto di merci, vi sarebbe, viceversa, un vizio della causa. Sussiste, insomma, un collegamento, sul piano causale, tra l’interesse pubblico attribuito alla cura dell’amministrazione stipulante e l’interesse dedotto in contratto ad esso strumentale: la causa prossima del contratto, ossia l’interesse concretamente perseguito, deve intendersi collegata alla causa

---

<sup>57</sup> Sul punto, in generale, M. GIORGIANNI, *Causa (diritto privato)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1960, pp. 573 ss.

<sup>58</sup> P. BODDA, *La nozione di “causa giuridica”*, cit., p. 38.

<sup>59</sup> Per tutti, F. LEDDA, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, s.d., p. 65; A. MASSERA, *Contratto e pubblica amministrazione*, in *Trattato del contratto*, dir. da V. ROPPO, VI, Milano, 2006, pp. 1049 ss.; F. G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 449.

<sup>60</sup> V. RICCIUTO – A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, Napoli, 2009, p. 212; S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale*, cit., in part. pp. 76 ss. e 100 ss.

<sup>61</sup> Ancora V. RICCIUTO – A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., p. 208 e pp. 224 ss. Sul punto si vedano, altresì, le considerazioni di F. CANGELLI, *Potere discrezionale*, cit., pp. 219 ss.

remota di esso, ossia al complessivo disegno di salvaguardia dell'interesse pubblico mediante una serie di attività di diritto pubblico e di diritto privato funzionalmente collegate tra loro<sup>62</sup>. In verità, un'acuta dottrina ha osservato che, a rigorosamente ragionare, la causa del contratto pubblico non è altro che un'articolazione specifica e concreta dell'interesse pubblico soggetto alla cura dell'amministrazione, per cui non ha senso distinguere tra perseguimento diretto o indiretto dell'interesse pubblico mediante il contratto stesso: esso non è altro che una manifestazione della discrezionalità amministrativa in ordine ad elementi non predeterminati finalizzati al perseguimento dello scopo tipico della funzione<sup>63</sup>. In altri termini, la causa del contratto pubblico non sarebbe collegata all'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione stipulante ma sarebbe essa stessa una specificazione concreta di quest'ultimo.

Le conclusioni che precedono sono, peraltro, espresse dallo stesso ordinamento positivo per quanto concerne la determina a contrarre, ossia il provvedimento con il quale l'amministrazione esprime la propria disponibilità a concludere un contratto pubblico<sup>64</sup>. La determina deve, tra l'altro, indicare il fine di pubblico interesse che si intende perseguire mediante il contratto. Ne deriva che tra quest'ultimo e la determina sussiste un collegamento causale in ordine alla definizione dell'interesse specifico nel suo rapporto con il fine perseguito dall'amministrazione. Sembra evidente che l'interesse pubblico finisce, in tal guisa, per permeare il programma contrattuale e qualificarlo sul piano della causa.

La questione più interessante, per ciò che riguarda l'elemento causale dei contratti pubblici, riguarda non il loro legame con l'interesse pubblico, ma il rilievo degli interessi di cui è portatore il contraente privato nella prospettiva del bilanciamento con l'interesse della p.a. Tale rilievo è espressamente riconosciuto sul piano normativo<sup>65</sup>. Ne deriva che la causa del contratto pubblico è la risultante dell'interesse pubblico di cui è portatrice la p.a. e dell'interesse privato dedotto nel programma contrattuale, e deriva dall'equilibrio che, nel concreto del singolo rapporto contrattuale, tali interessi trovano<sup>66</sup>. La causa rileverà, dunque, per il contraente pubblico quale vincolo di scopo del contratto alla missione istituzionale dell'amministrazione stipulante, e per il contraente privato quale limite di meritevolezza dell'interesse

---

<sup>62</sup> Sulla distinzione tra causa prossima e causa remota, e sulla centralità di essa ai fini dello studio del collegamento causale, L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d. (ma 1948), pp. 600 ss.

<sup>63</sup> S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale*, cit., pp. 144 ss. L'A. osserva (p. 108 e p. 154) che la funzionalizzazione dell'attività contrattuale all'interesse pubblico esclude che l'attività di diritto privato della pubblica amministrazione possa ricondursi alla categoria dell'autonomia privata, che a suo avviso è incompatibile con il concetto di discrezionalità. Lo spunto meriterebbe un approfondimento che esulerebbe troppo dalle finalità del presente studio.

<sup>64</sup> Cfr. l'art. 32 d. lgs. n. 50 del 2016 e l'art. 192 d. lgs. n. 267 del 2000. In particolare, la prima disposizione, che riproduce l'art. 11 del d. lgs. n. 163 del 2006, fa espressamente riferimento all'indicazione, da parte della determina, degli "elementi essenziali del contratto" e, dunque, della causa di esso, ossia l'interesse perseguito mediante il programma contrattuale che, dal punto di vista dell'amministrazione, deve necessariamente essere un interesse pubblico. Sul punto, ancora S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale*, cit., pp. 128 ss.

<sup>65</sup> Già con l'art. 143, co. VIII, d. lgs. n. 163 del 2006; nonché oggi dagli artt. 180 ss. d. lgs. n. 50 del 2016 e, in particolare, dall'istituto della finanza di progetto (art. 183).

<sup>66</sup> V. RICCIUTO – A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., pp. 197 ss.



concretamente fatto valere<sup>67</sup>. Né tale valenza anfibia dell'elemento causale, diversamente operante per la parte pubblica e per quella privata, deve sorprendere, posto che tale modello, nel quale il rilievo dell'interesse pubblico si fonde, sul piano causale, con quello privato delle parti stipulanti, è disciplinato *per tabulas* dalla stessa Costituzione (art. 39, u.c. Cost.).

## 5. La polivalenza causale dell'atto legislativo

La riflessione sulla causa come elemento costitutivo degli atti pubblici ne ha considerato la consistenza anche a proposito degli atti aventi contenuto normativo e, segnatamente, degli atti legislativi. Trattandosi, tuttavia, di studi condotti sotto la vigenza del precedente ordinamento, anche le relative conclusioni non sono sempre feconde in rapporto all'esperienza giuridica repubblicana.

In particolare, secondo il Mortati, la legge costituirebbe una forma di manifestazione della volontà dello Stato non vincolata al perseguimento di fini predeterminati, e dunque libera. La valutazione dello scopo perseguito dal singolo atto legislativo in rapporto "ad un'esigenza di pubblico interesse", dunque, porrebbe la problematica della causa in termini non dissimili da quanto accadrebbe, ad avviso del chiaro Autore, nell'esplicazione dell'autonomia privata, perché essa costituirebbe un'istanza limitativa della volontà legislativa che tuttavia, al di fuori di tali limiti, sarebbe libera di assumere qualsivoglia contenuto<sup>68</sup>. Appare evidente, che, in tale concezione, la causa perde qualsivoglia valenza definitoria dell'interesse pubblico meritevole di tutela da parte del singolo atto, qualificandosi invece come un vincolo essenzialmente negativo dall'incerta natura giuridica<sup>69</sup>.

Come accennato, la premessa logica del ragionamento ora sommariamente riassunto non è più conforme all'ordinamento instaurato dalla Costituzione italiana del 1948. Come tutte le funzioni pubbliche, anche le funzioni legislative<sup>70</sup> sono vincolate alla realizzazione di un programma assiologico espresso dalla Carta. Lo stesso Mortati, pur senza ritornare sistematicamente sul concetto di causa della legge, ebbe modo di negarne la possibilità di determinare liberamente il proprio contenuto in ragione del nesso di strumentalità con gli obiettivi ad essa imposti dalla Costituzione<sup>71</sup>. Ne consegue che la legge non è espressione di volontà, ma, analogamente a quanto osservato a proposito degli atti amministrativi, di discrezionalità,

---

<sup>67</sup> Il giudizio sulla meritevolezza dell'interesse privato perseguito assume un rilievo particolare nelle società miste, posto che il contratto associativo costituisce un parametro condizionante tutta l'attività della società ed è perciò un elemento intermedio tra l'interesse del socio e la singola operazione contrattuale posta in essere dalla società (cfr. F. GALGANO, *Persona giuridica*, in *Dig. Disc. Priv.*, XIII, Torino, 1995, in part. p. 401). Il contratto associativo è dunque causalmente collegato ai contratti stipulati dalla società, e si sovrappone, in qualche misura, all'interesse specifico del singolo socio che, pure, la società è sorta per perseguire.

<sup>68</sup> C. MORTATI, *La volontà e la causa*, cit., pp. 569 ss.; e analogamente, M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., p. 106.

<sup>69</sup> Ai fini del presente lavoro si può prescindere dalla teoria dell'Autore in ordine alla configurabilità di limiti alla funzione legislativa nel contesto costituzionale statutario (C. MORTATI, *op. ult. cit.*, pp. 565 ss.).

<sup>70</sup> Il concetto di legge, nell'ordinamento vigente, identifica una pluralità di atti eterogenei accomunati unicamente dalla provenienza da un'assemblea rappresentativa e dalla sottoposizione al sindacato della Corte costituzionale. Non è il luogo per affrontare oltre la problematica, per cui sia consentito rinviare, ove il lettore lo desideri, a R. MANFRELOTTO, *Diritto pubblico*, cit., pp. 393 ss.

<sup>71</sup> C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, 1968, pp. 201 ss.

poiché anch'essa è una forma giuridica preordinata alla specificazione di interessi riconosciuti dalla Carta; ne consegue altresì che anche la legge, come l'atto amministrativo, è sottoposta ad un vincolo di coerenza tra lo scopo perseguito (la c.d. *ratio legis*) e la propria finalità costituzionale, e dunque presenta una propria causa, nei termini in cui si è ricostruito il concetto nelle pagine che precedono.

Nell'ordinamento costituzionale, dunque, le funzioni legislative e quelle amministrative presentano un rilevante elemento di omogeneità materiale, nel senso che entrambe sono attività vincolate al perseguimento di interessi predeterminati, e perciò caratterizzate dalla discrezionalità dell'organo legislativo o amministrativo nell'attività di specificazione di tali interessi<sup>72</sup>. La distinzione tra la discrezionalità del legislatore e quella dell'amministrazione può, al più, intendersi come quantitativa, nel senso che la maggiore astrazione del parametro costituzionale lascia, in alcuni casi<sup>73</sup>, più ampi margini di scelta nell'esercizio della discrezionalità legislativa<sup>74</sup>. Tale conclusione, in verità non pacifica<sup>75</sup>, trova tuttavia un ulteriore momento di conferma alla luce dell'ordinamento europeo, che ha integrato sensibilmente (per quantità e rilevanza) il parametro normativo costituzionale quanto alla previsione di vincoli di scopo per il legislatore nazionale<sup>76</sup>. La causa della legge si lega all'esercizio di tale discrezionalità, e coincide con la finalità perseguita dal singolo atto in rapporto al parametro assiologico costituzionale o comunitario oggetto di attuazione.

Con ciò non si vuole certamente affermare che la causa della legge è del tutto sovrapponibile a quella dell'atto amministrativo. In primo luogo, la specificazione di un interesse costituzionalmente protetto da parte della legge richiede, in linea di principio, un'ulteriore attività di concretizzazione da parte dell'autorità amministrativa, nell'ipotesi normale in cui la legge stessa non incida su un caso concreto ma ponga una disciplina generale ed astratta, sia pure caratterizzata da un livello di astrazione minore del principio o del valore costituzionale oggetto dell'attuazione legislativa<sup>77</sup>. Tale rilievo è, comunque, valido solo in linea di principio, posto che la legge può assumere contenuti provvedimentali che la rendono strutturalmente simile all'atto amministrativo<sup>78</sup>.

---

<sup>72</sup> E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971, pp. 157 ss.; C. MORTATI, *Discrezionalità*, cit., pp. 1108 ss.

<sup>73</sup> L'elevato grado di astrazione riguarda solo alcune delle disposizioni costituzionali, poiché per altre il vincolo appare assai definito (cfr. art. 13, co. III Cost.).

<sup>74</sup> E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 160; e più recentemente, M. PICCHI, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, Milano, 2011, p. 146.

<sup>75</sup> Per tutti, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1. *L'ordinamento costituzionale italiano (Le fonti normative)*, Padova, 1993, p. 74. Per una panoramica completa della dottrina sul carattere libero o vincolato della funzione legislativa, M. PICCHI, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, cit., pp. 149 ss.

<sup>76</sup> S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, Milano, 2007, pp. 194 ss. Il principio sembra espresso anche dalla giurisprudenza europea: cfr. Corte di Giustizia, sent. 19 settembre 2000, c. C-287/90, *Linster*.

<sup>77</sup> Si può qui prescindere dall'esame del fenomeno delle c.d. leggi provvedimento, che sotto il profilo dell'indagine sull'elemento causale presenta analogie con la causa degli atti amministrativi (pur con la precisazione di cui si dirà subito *infra*). In tal senso si vedano le considerazioni di S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, cit., in part. pp. 125 ss.

<sup>78</sup> La problematica delle leggi provvedimento costituisce, come è noto, un tema di riflessione centrale nella dottrina del diritto pubblico. I termini del relativo dibattito sono efficacemente riassunti da S. SPUNTARELLI, *L'amministrazione per legge*, cit., in part. pp. 45 ss.

Tuttavia, è possibile rinvenire un ulteriore, e ben più rilevante, elemento di differenziazione.

La funzione amministrativa, come si è detto, è preordinata alla cura di un interesse tipico, rispetto al quale la funzione stessa è strumentale. La cura di interessi diversi e secondari è ammissibile e lecita solo se la loro considerazione non incide, sul piano causale, sull' idoneità del singolo atto a realizzare, nel caso specifico, tale l'interesse pubblico. L'identificazione della causa dell'atto con l'interesse oggetto della funzione è confermata dalla circostanza che la presa in considerazione di interessi pubblici diversi da quello a cui il procedimento è funzionalizzato richiede momenti di partecipazione istituzionalizzati delle amministrazioni preposte alla relativa cura (quali la conferenza di servizi)<sup>79</sup>, e ferma restando l'autonomia della decisione discrezionale dell'amministrazione precedente<sup>80</sup>. Ne consegue che la causa dell'atto amministrativo è tipica e tassativa.

La funzione legislativa, viceversa, è una forma che può essere utilizzata per curare più interessi costituzionali, suscettibili di differente bilanciamento da parte della discrezionalità del legislatore. La singola funzione legislativa non è vincolata, come la funzione amministrativa, a realizzare un singolo e determinato interesse. Ne consegue che la legge si caratterizza in ragione di una polivalenza causale<sup>81</sup> estranea all'atto della pubblica amministrazione: il singolo atto legislativo si rivolge, di regola, ad una pluralità di interessi costituzionalmente protetti, che rientrano tutti nell'elemento causale dell'atto stesso. La legge può poi prendere in considerazione interessi secondari, che si identificano con le istanze sociali non espressamente contemplate dalla Carta, e che non possono compromettere la realizzazione degli interessi riconosciuti da quest'ultima<sup>82</sup>. Ne consegue che la causa della legge è anch'essa tipica, perché predeterminata dalla Costituzione, ma a differenza di quanto accade con la causa dell'atto amministrativo si identifica con il complesso degli interessi meritevoli di tutela a cui l'atto legislativo dà attuazione. Anche nell'ipotesi (forse più accademica che reale) in cui la legge si muova in un ambito costituzionalmente indifferente, essa appare comunque soggetta al vincolo di ragionevolezza e coerenza logica ex art. 3 Cost. (di cui meglio si dirà), che concorre a determinare la causa dell'atto e ne definisce le condizioni di legittimità<sup>83</sup>.

L'ultimo rilievo appare fondamentale per analizzare l'elemento causale in rapporto ad una categoria particolare di atti legislativi, ossia le leggi costituzionali.

Un primo profilo di problematicità consente l'identificazione dello stesso scopo della funzione ex art. 138, se cioè l'atto che la esprime debba rivolgersi necessariamente alla

---

<sup>79</sup> Si confrontino, sul punto, le acute considerazioni di D. D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Torino, 2002, in part. pp. 137 ss.

<sup>80</sup> Ancora D. D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, cit., pp. 228 ss.

<sup>81</sup> Sembra appena il caso di sottolineare che il concetto di polivalenza causale non coincide con quello di astrazione causale, che esprime l'assorbimento della causa nella forma giuridica utilizzata (e dunque la sua presunzione). Gli atti di diritto pubblico debbono necessariamente rivolgersi ad un interesse tipizzato dall'ordinamento, e debbono, dunque, possedere necessariamente un elemento causale che rileva ai fini della legittimità dell'atto a prescindere dalla forma giuridica utilizzata. I concetti sono invece talvolta confusi (cfr. P. BODDA, *La nozione di "causa giuridica"*, cit., pp. 60 ss.)

<sup>82</sup> Tale limite assume una valenza peculiare in rapporto al fenomeno della c.d. "negoiazione legislativa": sul punto, F. COCOZZA, *Collaborazioni preliminari al procedimento legislativo*, Milano 1988, 128 ss.; E. DE MARCO, *La "negoiazione legislativa"*, Padova 1984, pp. 279 ss.

<sup>83</sup> Così, espressamente, M. PICCHI, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, cit., p. 153.

revisione di determinate disposizioni costituzionali ovvero se esso possa assumere qualsivoglia contenuto<sup>84</sup>. La dottrina contemporanea<sup>85</sup> tende ad accogliere la seconda soluzione, non soltanto sulla base del rilievo testuale che la norma contrappone le leggi costituzionali alle leggi di revisione costituzionale, offrendo un dato positivo molto rilevante in ordine all'ammissibilità di utilizzare il relativo procedimento anche per finalità diverse dalla revisione della Carta, ma altresì sulla base del rilievo che nessuna norma costituzionale pone vincoli di contenuto alle leggi costituzionali che, nei fatti, hanno concorso ad integrare il testo della Costituzione mediante la previsione di istituti originariamente sconosciuti e la cui legittimità è fuori discussione (si pensi all'accesso incidentale alla Corte costituzionale introdotto dalla l. cost. n. 1 del 1948).

La competenza generale delle leggi costituzionali, d'altronde, non significa che esse non sopportino vincoli normativi poiché, come è noto, esse sono vincolate al rispetto dei Principi Fondamentali della Carta. La connotazione assiologica peculiare di tali norme si traduce in un vincolo per il legislatore costituzionale il quale, se, per un verso, dispone di una discrezionalità certamente ampia nell'interpretazione dei valori fondanti l'ordinamento repubblicano, per altro verso è vincolato a relazionarsi con tali valori la cui formulazione astratta li rende applicabili in ogni ambito in cui il legislatore stesso (anche nelle forme di cui all'art. 138 Cost.) intenda intervenire<sup>86</sup>. La disciplina posta da una legge costituzionale, in particolare, dovrà soggiacere all'esigenza di coerenza e di razionalità con l'ordinamento costituzionale complessivamente considerato tradizionalmente ricondotta, sul piano normativo, all'art. 3 Cost., oltre che ad una complessiva coerenza con tutto il sistema assiologico tipizzato dagli artt. 1-12 Cost. Ne deriva che anche la legge costituzionale è vincolata, sotto il profilo causale, al nesso di strumentalità con i valori fondamentali della Costituzione italiana.

## 6. Il collegamento causale nel diritto pubblico

L'ammissibilità nel diritto pubblico della categoria giuridica della causa dell'atto richiede l'approfondimento di un fenomeno assai comune nel diritto privato, che si indica con l'espressione "collegamento causale". Il concetto esprime la concorrenza di una pluralità di atti al compimento di una singola operazione contrattuale. Si discute se, sul piano causale, il collegamento determini un'unicità della causa, comune a tutti gli atti che partecipano all'operazione, ovvero una pluralità di cause specifiche per ciascun atto ma connesse nella prospettiva di un risultato giuridico sostanzialmente unitario<sup>87</sup>. Il problema sembra, in verità, più terminologico che effettivo, perché se è vero che ciascuno dei contratti collegati presenta uno scopo determinato distinguibile da quello degli altri, è altrettanto vero che tale scopo partecipa all'obiettivo finale dell'operazione e non è distinguibile da essa più di quanto la parte sia distinguibile dal

---

<sup>84</sup> Per una ricostruzione dei termini del dibattito, T. GROPPÌ, *Art. 138*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO – A. CELOTTO – M. OLIVETTI, III, Torino, 2006, pp. 2707 ss.

<sup>85</sup> T. GROPPÌ, *Art. 138*, cit., p. 2707.

<sup>86</sup> Sul punto si vedano le lucide pagine di C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, tr. it., Milano, 2008, pp. 46 ss.

<sup>87</sup> Per una panoramica del dibattito, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., pp. 820 ss.

tutto<sup>88</sup>, connotandosi piuttosto quale momento determinato del progressivo avanzamento del risultato perseguito.

Il collegamento causale appare un fecondo punto di vista nello studio di fenomeni caratteristici del diritto pubblico, nei quali una pluralità di atti concorrono alla cura di un determinato assetto di interessi. Perché vi sia collegamento, è necessario che la connessione tra gli atti sia giuridicamente qualificata, tale che alcuni di essi determinino effetti prodromici e parziali preordinati all'adozione di un atto autonomo del quale costituiscono una condizione necessaria: è, cioè, necessario che ciascun atto sia elemento costitutivo di una medesima fattispecie, e si qualifichi come antecedente necessario degli atti successivi<sup>89</sup>. Tale fenomeno sembra richiedere un diverso approccio ricostruttivo a seconda che gli atti collegati siano espressione di una medesima funzione ovvero di più funzioni diverse. Nel primo caso la causa di ciascuno degli atti è identica, trattandosi della specificazione discrezionale del medesimo interesse pubblico astrattamente previsto dalla legge che disciplina la funzione; nel secondo, ciascuno degli atti possiede, invece, una distinta causa che specifica gli interessi pubblici oggetto delle funzioni di cui tali atti sono espressione, e che concorre a definire, sul piano causale, l'operazione complessivamente considerata.

La prima ipotesi trova il suo esempio più caratteristico nel procedimento amministrativo. Il concetto è stato magistralmente espresso nella definizione del procedimento quale "storia causale dell'atto"<sup>90</sup>, ossia quale progressiva specificazione dell'interesse pubblico oggetto della funzione da parte di atti prodromici preordinati all'emanazione del provvedimento definitivo. Il fenomeno è stato oggetto di autorevoli riflessioni, le quali hanno puntato l'attenzione sul profilo soggettivo: ossia sulla circostanza che ciascuno degli atti endoprocedimentali provenga da un medesimo soggetto di diritto pubblico<sup>91</sup>. Si è tuttavia opportunamente puntualizzato che l'identità causale prescinde dal profilo soggettivo e riguarda invece la funzione, quali che siano i soggetti pubblici che partecipano al suo esercizio: l'unicità dell'interesse sottoposto alla cura della funzione esprime la necessità giuridica dell'identità causale dei singoli atti procedimentali e dell'atto finale, che rappresentano tutti momenti di specificazione discrezionale del primo<sup>92</sup> in rapporto alla medesima funzione: gli atti endoprocedimentali sono privi di un'autonomia funzionale propria<sup>93</sup>, ma costituiscono momenti diversi dell'esercizio della discrezionalità in rapporto alla determinazione dell'interesse tipico nel caso concreto.

La seconda ipotesi presenta, invece, rilevanti esempi in seno alla disciplina delle fonti del diritto<sup>94</sup>. Si pensi al collegamento tra la legge delega e il decreto legislativo o tra la legge

---

<sup>88</sup> Si pensi all'ipotesi di una procura conferita per la stipula di un contratto preliminare di compravendita a cui faccia poi seguito il contratto definitivo. Ciascuno di tre atti definisce un aspetto causale specifico e parziale, ma tutti e tre concorrono ad una regolazione di interessi unitaria il cui scopo è divisibile nei tre distinti momenti dell'operazione complessiva.

<sup>89</sup> A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., pp. 41 ss.

<sup>90</sup> F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., pp. 126 ss.

<sup>91</sup> U. FORTI, "Atto" e "procedimento" amministrativo, in *Studi*, cit., pp. 468 ss.

<sup>92</sup> Cfr. F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, cit., p. 132.

<sup>93</sup> A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, cit., p. 71.

<sup>94</sup> Ma non soltanto: un'ipotesi rilevante di collegamento causale si verifica anche a proposito dell'attività amministrativa che prelude alla stipula di un contratto e il contratto medesimo: cfr. V. RICCIUTO – A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, cit., pp. 218 ss.

cornice e la legge regionale concorrente, ma, altresì, tra i regolamenti di attuazione e integrazione o i regolamenti delegati e le rispettive basi giuridiche legislative. In tutti questi casi, la causa della legge e quella dell'atto ad essa collegato risultano connesse nella determinazione di una singola disciplina, al punto che non è possibile definire la prima prescindendo dalla seconda. Ne consegue che così come la legge condiziona la causa dell'atto collegato, vincolandone la discrezionalità, anche l'atto collegato, nello specificare la causa legislativa, concorre a connotarla. La conseguenza è che la valutazione causale di ciascuno degli atti collegati assume una diversa colorazione, anche dal punto di vista della sua legittimità, alla luce dell'altro: un rilevante esempio è stato offerto dalla giurisprudenza costituzionale che ha valutato la legittimità di una disciplina legislativa nella specificazione operata dal regolamento governativo di attuazione<sup>95</sup>.

## 7. Le patologie della causa nel sistema degli atti pubblici

Le conclusioni a cui si è giunti sulla ricostruzione della causa come categoria generale degli atti di diritto pubblico presentano un peculiare interesse, dal punto di vista pratico, in rapporto all'eventuale momento patologico dell'elemento causale: vale a dire nell'ipotesi di mancata corrispondenza, concordanza o congruenza tra lo scopo dell'atto e quello della funzione<sup>96</sup>. In tal caso viene a determinarsi un vizio della causa, ossia un cattivo impiego della discrezionalità quale attività di specificazione dell'interesse pubblico posto a fondamento della funzione: vizio a cui, tradizionalmente, si dà il nome di eccesso di potere<sup>97</sup>.

Il riferimento dell'eccesso di potere all'esercizio della discrezionalità ha indotto un'autorevole dottrina a svincolare la figura dal singolo atto: esso prescinderebbe dalla validità di singoli elementi dell'atto e scaturirebbe dal complesso esercizio della funzione, indipendentemente dal formale rispetto di un parametro normativo che implicherebbe il diverso vizio della violazione di legge. La premessa logica di tale ricostruzione è che la discrezionalità sarebbe libera di condizionamenti normativi, per cui il cattivo uso di essa sarebbe sindacabile, al là dell'atto, in rapporto alla funzione complessivamente esercitata<sup>98</sup>.

L'opinione in esame, ancorché autorevole e, oggi, diffusa, incontra tuttavia due rilievi critici. In primo luogo, la distinzione tra vizio dell'atto e vizio della funzione presuppone, sul piano metodologico, una contrapposizione che non ha ragione di porsi. L'atto costituisce, infatti, l'esercizio della funzione, ossia la manifestazione concreta della funzione astrattamente prevista. Non vi è alterità tra l'atto e la funzione, perché la funzione stessa è un'attività che si

---

<sup>95</sup> C. cost., sentt. n. 1104 del 1988; n. 456 del 1994; n. 354 del 2008; n. 34 del 2011.

<sup>96</sup> Sembra indicativo che tutti i riferimenti alla causa degli atti pubblici, da parte della dottrina del secondo dopoguerra, sono finalizzati all'inquadramento di tale problematica.

<sup>97</sup> La prima ricostruzione dell'eccesso di potere come vizio teleologico dell'atto si deve a A. CODACCI PISANELLI, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo*, in *Scritti di diritto pubblico*, Città di Castello, 1900, pp. 249 ss. La tesi è stata sviluppata dalla dottrina successiva: U. BORSI, *La giustizia amministrativa*, cit., p. 42; A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., pp. 698 ss.; nonché, soprattutto, R. RESTA, *La "legittimità" degli atti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, pp. 28 ss., per la ricostruzione dell'eccesso di potere come vizio della causa dell'atto.

<sup>98</sup> F. BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, pp. 32 ss.

manifesta nel caso specifico attraverso l'atto: come si è avuto occasione di osservare<sup>99</sup>, l'atto è la manifestazione statica e concreta della funzione. Non vi è vizio della funzione che non si manifesti nell'atto e attraverso di esso. Ne consegue che se l'eccesso di potere è vizio della funzione, esso deve necessariamente manifestarsi nell'espressione concreta dell'esercizio della funzione, ossia, appunto, nell'atto.

Sotto il profilo dommatico, si è già avuto modo di sostenere, nelle pagine che precedono, che il carattere libero della discrezionalità non significa che essa non sia soggetta al fine positivamente determinato dalla disciplina della funzione, per cui la funzione che, nel caso concreto, si discosti da tale fine configura un'illegittimità. Tale illegittimità riguarda, evidentemente, la manifestazione specifica della funzione stessa che non persegue il fine a cui essa è vincolata, ossia, appunto, l'atto. Se l'illegittimità concerne il profilo teleologico, lo scopo che, nel caso specifico, il soggetto pubblico ha inteso perseguire in difformità dal fine normativamente imposto, ne viene giocoforza coinvolto l'elemento dell'atto che esprime il nesso tra lo scopo della funzione astrattamente disciplinata e la sua manifestazione specifica, ossia, secondo la tesi sostenuta in queste pagine, la causa. In altri termini, il cattivo utilizzo della discrezionalità nella specificazione del fine imposto dalla norma determina un vizio teleologico che inficia l'elemento causale dell'atto<sup>100</sup>. Ne deriva che l'eccesso di potere, quale vizio della manifestazione della funzione in rapporto all'elemento teleologico, si configura, più precisamente, come un vizio della causa dell'atto<sup>101</sup>.

La figura dell'eccesso di potere quale vizio causale dell'atto presenta una obiettiva difficoltà ricostruttiva, dal punto di vista giuridico, derivante dalla circostanza che esso si connette all'utilizzo della potestà discrezionale e, dunque, ad una sfera di attività che sfugge, sia pure parzialmente, alla regolazione giuridica. Il confine tra la difformità dello scopo concreto dell'atto e l'interesse tutelato dalla funzione, che ne vizia la causa, e la sua inopportunità nel merito, che è invece, di regola, giuridicamente irrilevante, è assai labile ed espone il giudice dell'atto agli opposti rischi di astenersi da qualsivoglia sindacato sulla discrezionalità, di guisa da privare di tutela i soggetti lesi da un atto non coerente con le finalità per il quale l'ordinamento lo aveva concepito, ovvero di spingere tale sindacato troppo oltre avventurandosi in valutazioni che dovrebbero invece essergli precluse.

Tale difficoltà è stata temperata da una ricca elaborazione giurisprudenziale finalizzata a enucleare talune figure sintomatiche, il ricorrere delle quali lascia presumere un erroneo utilizzo della discrezionalità sulla valutazione degli elementi rilevanti nella ricostruzione del fatto, sulla sussunzione del caso, così ricostruito, nella norma attributiva della funzione e sulla congruenza logica del contenuto dell'atto rispetto al parametro normativo in rapporto alle peculiarità del caso concreto. Le figure sintomatiche costituiscono manifestazioni specifiche di un unitario vizio attinente al cattivo impiego della discrezionalità, nei tre momenti in cui essa viene in rilievo: nel momento ricostruzione degli elementi salienti del fatto, in quello della

---

<sup>99</sup> R. MANFRELLOTTI, *Diritto pubblico*, cit., pp. 348 ss.

<sup>100</sup> In questi termini, F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 1332.

<sup>101</sup> La configurazione della non conformità dello scopo dell'atto al fine della funzione quale vizio causale dipendente dal cattivo uso della discrezionalità è, del resto, affermato, senza voci discordi, a proposito degli accordi tra le pubbliche amministrazioni (F. GIGLIONI – A. NERVI, *Gli accordi*, cit., p. 89).

sussunzione del caso storico nella fattispecie funzionale, in quello della congruenza logica del contenuto dell'atto rispetto alle sue finalità. In tutte queste ipotesi il vizio della discrezionalità inficia la corrispondenza dello scopo dell'atto rispetto al fine della funzione, poiché ciò che è oggetto di contestazione, in tutte le figure, è, a ben vedere, la sussistenza dell'interesse pubblico tipico in un caso storicamente determinato: e questo sia perché il fatto non è stato valutato correttamente (p. es. in caso di travisamento dei fatti), sia perché non è stato inquadrato correttamente nel paradigma normativo (p. es. in caso di disparità di trattamento), sia perché non è stato regolato correttamente dal provvedimento (p. es. in caso di irragionevolezza o contraddittorietà dell'atto). In tutte le ipotesi riconosciute di figure sintomatiche, dunque, ciò che viene contestata è la declinazione dell'interesse pubblico oggetto della funzione nel singolo caso, e dunque la legittimità della causa dell'atto in ordine alla mancata corrispondenza con lo scopo della funzione. La riconduzione di tutte le figure sintomatiche ad un vizio unitario attinente alla causa dell'atto è confermata dalla previsione di una figura sintomatica generale, lo sviamento di potere, che definisce il perseguimento da parte dell'atto di un interesse diverso da quello posto dalla sua base giuridica. In realtà, lo sviamento di potere, più che una figura sintomatica autonoma, sembra esprimere piuttosto l'elemento che accomuna tutte le ipotesi di figure sintomatiche, ossia l'allontanamento dell'atto dal suo paradigma causale. Lo sviamento di potere, più che una distinta figura sintomatica, può dunque senz'altro intendersi come un sinonimo per definire lo stesso vizio di cui le figure stesse sono sintomo, ossia l'eccesso di potere<sup>102</sup>.

In conclusione, l'elaborazione giurisprudenziale delle figure sintomatiche di eccesso (o sviamento) di potere rispondono all'esigenza di limitare l'arbitrio del giudice nel sindacare l'elemento teleologico dell'atto, ossia l'impiego della discrezionalità nella specificazione dell'interesse pubblico all'interno del caso concreto. Il cattivo uso della discrezionalità determina una discrasia nella corrispondenza del fine dell'atto in rapporto al fatto specifico rispetto allo scopo della funzione normativamente previsto, e dunque un vizio nella causa dell'atto definito eccesso di potere o sviamento di potere.

Se si accoglie l'impostazione di fondo del presente lavoro per il quale la causa costituisce un elemento di tutti gli atti di diritto pubblico, è necessario dedurre che l'eccesso di potere, quale patologia causale, costituisce a sua volta una categoria di illegittimità generale del diritto pubblico stesso indipendentemente dalla natura dell'atto. In realtà, è assai

---

<sup>102</sup> L'assimilazione dello sviamento di potere all'eccesso di potere, e la nascita dell'espedito delle figure sintomatiche al fine di non ledere la tutela del ricorrente onerandolo di provare un elemento teleologico (lo scopo perseguito dall'atto) e, dunque, interno al provvedimento e in qualche misura astratto da esso, è riassunta con esemplare chiarezza da Cons. St., sez. VI, sent. n. 4174 del 14 agosto 2013. Sia consentito riportare un passo della pronuncia citata (punto 6.2.1 della motivazione): "*Nella impostazione tradizionale l'unica figura sintomatica dell'eccesso di potere [...] era rappresentata dallo sviamento di potere. Il ricorrente, per ottenere l'annullamento dell'atto, doveva dimostrare che la pubblica amministrazione avesse inteso perseguire un interesse diverso da quello predefinito dalla legge. Nel corso degli anni, preso atto della difficoltà di dimostrare in giudizio l'effettiva esistenza di una devianza dalla causa tipica, la giurisprudenza amministrativa ha elaborato numerose figure sintomatiche dell'eccesso di potere, quali, a solo titolo esemplificativo, la motivazione insufficiente, l'errore di fatto, l'ingiustizia grave e manifesta, la contraddittorietà interna ed esterna, la violazione di circolari, di norme interne o della prassi amministrativa*".



controversa, in dottrina, l'ammissibilità di una figura patologica assimilabile all'eccesso di potere in relazione agli atti legislativi.

L'affermazione dell'eccesso di potere legislativo quale vizio della causa, ossia "deviazione dalla funzione tipica dell'atto", sindacabile ex art. 134 Cost. si deve, già all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, al Mortati<sup>103</sup>; ricostruzione, questa, ovviamente contestata da chi, ricostruendo la legge come atto libero nel fine, ne nega la sussistenza di un elemento causale (nei termini di cui si è detto) e, dunque, la possibilità di configurare un vizio dell'atto legislativo relativo a tale elemento<sup>104</sup>.

Sulla possibilità di configurare, sul piano dommatico, un elemento causale anche in rapporto agli atti legislativi si è già argomentato *supra*; qui basti richiamare quelle conclusioni e osservare che, nei lavori preparatori alla legge n. 87 del 1953, la preoccupazione di sottrarre il merito delle scelte del legislatore al sindacato della Corte, poi espressasi nella formula dell'art. 28 della legge stessa, si accompagnava all'ammissibilità del sindacato sul cattivo esercizio della discrezionalità legislativa quanto al perseguimento della sua "causa costituzionalizzata"<sup>105</sup>. Nel dibattito contemporaneo si è acutamente osservato che il problema della configurabilità dell'eccesso di potere legislativo è, essenzialmente, terminologico, posto che il sindacato di ragionevolezza esercitato dalla Corte costituzionale assume il normale contenuto del raffronto tra lo scopo specifico della legge e le sue finalità costituzionali (per ampie che esse possano essere)<sup>106</sup>. Al di là della questione terminologica, ai fini del presente lavoro basta sottolineare che ogni qual volta vi è deviazione, nell'esercizio concreto della discrezionalità, dallo scopo della funzione, vi è un vizio della causa dell'atto, e questo anche nell'ipotesi in cui tale deviazione riguardi atti aventi natura legislativa<sup>107</sup>.

Il giudizio sulla patologia dell'elemento causale della legge, comunque lo si voglia denominare, pone la stessa esigenza concreta di circoscrivere il sindacato al solo profilo di legittimità evitando sconfinamenti nel merito dell'atto che è stata avvertita dal giudice

---

<sup>103</sup> C. MORTATI, *Sull'eccesso di potere legislativo*, in *Giur. It.*, 1949, I, pp. 457 ss.

<sup>104</sup> V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 2. *L'ordinamento costituzionale italiano (La Corte costituzionale)*, Padova, 1984, p. 369; in termini sostanzialmente analoghi, M. S. GIANNINI, *L'illegittimità degli atti normativi e delle norme*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1954, in part. p. 62.

<sup>105</sup> G. CICALA, *Causa della legge e giudizio costituzionale in tema di uguaglianza relativa*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1965, pp. 522 ss. (e p. 522 per la citazione testuale).

<sup>106</sup> M. PICCHI, *L'obbligo di motivazione delle leggi*, cit., pp. 155 ss. In senso critico sulla possibilità di raffrontare il sindacato sull'eccesso di potere legislativo al giudizio di ragionevolezza G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, pp. 174 ss. L'A. non sembra contestare che l'oggetto del giudizio di ragionevolezza risieda nell'elemento teleologico della legge, ma nega che tale finalità sia vincolata. Tale ragionamento, tuttavia, finisce per risolversi in una contraddizione, perché delle due l'una: o la legge è libera di assumere i contenuti che crede e, in tal caso, non può essere sindacata sotto il profilo delle sue finalità (salvo assimilare la ragionevolezza ad un sindacato di merito, conclusione pacificamente esclusa), oppure essa è costituzionalmente vincolata nel fine, fosse anche sotto il mero profilo dell'obbligo di garantire l'uguaglianza giuridica dei suoi destinatari, e in tal caso non sembra potersi sfuggire alla configurazione del vizio di ragionevolezza come patologia dell'elemento causale dell'atto legislativo. Sulla riconducibilità del cattivo uso della discrezionalità, e della figura dello sviamento di potere, alla violazione del principio di uguaglianza. G. LEIBHOLZ, *Die Gleichheit vor dem Gesetz*, Berlin, 1925, pp. 88 ss.

<sup>107</sup> L. PALADIN, *Osservazioni sulla discrezionalità e sull'eccesso di potere del legislatore ordinario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, pp. 1038 ss. Il pensiero dell'A. è particolarmente significativo, nella prospettiva del presente studio, perché Egli ritiene che la funzione legislativa possa considerarsi vincolata quanto al fine solo in alcune fattispecie: tuttavia, in tali ipotesi, l'illustre studioso non dubita che possa configurarsi un elemento causale della singola legge, la cui patologia configura un vizio di eccesso di potere legislativo.

amministrativo a proposito dell'eccesso di potere degli atti amministrativi; e come il giudice amministrativo, anche la Corte costituzionale ha risposto a tale esigenza elaborando talune figure sintomatiche dell'eccesso di potere legislativo, ossia circostanze il ricorrere delle quali determina una presunzione di illegittimità della causa della legge. La Corte ha, ad esempio, censurato il travisamento dei fatti considerato dal legislatore ai fini della determinazione di presunzioni legali<sup>108</sup>, il contrasto tra il fine perseguito dalla legge impugnata e quello desumibile dai lavori parlamentari<sup>109</sup> ovvero dalle circolari esplicative della norma<sup>110</sup>, la difformità dello scopo della legge rispetto agli accordi conclusi con le parti sociali in sede di "negoziazione legislativa"<sup>111</sup>, il contrasto con le acquisizioni della scienza e della tecnica dominanti<sup>112</sup>. Tale elaborazione pretoria sembra esprimere efficacemente l'identità della problematica sui limiti del sindacato avente ad oggetto la causa degli atti pubblici, indipendentemente dalla natura della funzione che li ha espressi.

## 8. Conclusioni

La problematica dell'elemento causale degli atti pubblici, quale ricostruita nel corso di questo studio, si lega allo studio della discrezionalità e ne costituisce un complemento fondamentale. La causa è una categoria generale del diritto pubblico che presenta implicazioni sistematiche feconde, sia sul piano della teoria generale che nella prospettiva, più concreta, di dare agli operatori del diritto un prezioso strumento di valutazione del fine dell'atto, nella prospettiva di valutarne la legittimità.

In realtà, l'esigenza connessa all'elaborazione di una dottrina della causa sembra riproporsi assai oltre i confini del diritto privato, in cui il concetto ha visto la luce, e il diritto costituzionale e amministrativo. Lo studioso della causa dell'atto potrebbe trovarne ulteriori implicazioni anche in seno ad altri ambiti della scienza giuridica, come nel diritto penale (ad esempio ai fini della ricostruzione dell'elemento psicologico del reato) o nel diritto processuale: e si pensi, a quest'ultimo riguardo, al combinato disposto degli artt. 156, co. II e co. III c.p.c., che potrebbe forse costituire un dato testuale rilevante nell'elaborazione di una dottrina della causa degli atti processuali.

Non è forse errato concludere che la causa costituisce un concetto di teoria generale del diritto che viene in rilievo ogni volta che venga in rilievo l'esame dell'elemento teleologico di un determinato atto<sup>113</sup>, secondo le peculiarità proprie di ciascun ambito del diritto in cui tale elemento deve essere considerato. Si tratta di una suggestione che, in questa sede, può essere soltanto accennata, e che richiederebbe un approfondimento che andrebbe troppo oltre

---

<sup>108</sup> C. cost., sent. n. 65 del 1962.

<sup>109</sup> C. cost., sentt. nn. 132 del 1979 e 105 del 1983.

<sup>110</sup> C. cost., sentt. nn. 7 e 121 del 1963.

<sup>111</sup> C. cost., sent. n. 81 del 1969. La Corte dichiarò, nel caso di specie, la questione non fondata, ma dopo aver accertato la coerenza della disciplina legislativa con l'accordo sindacale che l'aveva preceduta (punto 4 del *Considerato in diritto*).

<sup>112</sup> C. cost., sentt. n. 64 del 1961; n. 91 del 1973; n. 49 del 1980.

<sup>113</sup> Secondo l'intuizione già di F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, cit., pp. 241 ss.

le forze dell'autore di questo scritto; il quale può, dunque, soltanto limitarsi a riproporre l'invito del Kormann espresso nella prefazione del suo lavoro principale<sup>114</sup>: *faciant meliora potentes!*

---

<sup>114</sup> K. KORMANN, *System*, cit., p. IX.