

DISCORSO

PRONUNCIATO DAL SENATORE

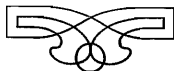
ORONZO QUARTA

PROCURATORE GENERALE

PRESSO LA CORTE DI CASSAZIONE DI ROMA

NELLA

Assemblea generale del 4 gennaio 1910



ROMA

TIPOGRAFIA DELL' UNIONE EDITRICE

Via Federico Cesi, 45

1910

5

Eccellenze, Signori,

Riprendendo con la consueta solennità le annuali inaugurazioni, l'animo si volge melanconicamente allo immane disastro, da cui nel passato anno ne venne interrotto il corso, e ci si stringe il cuore al pensiero delle immense e desolanti rovine. Ma, tramezzo a quei tristi ruderi, sorse un raggio di luce, che irradia e conforta di speranza, poichè sulle macerie di Reggio e di Messina apparvero i nostri Augusti Sovrani Elena e Vittorio Emanuele

a mallevar che un giorno
i sepolti laggiù risorgeranno!

*
* *

Non mai forse come nel 1909 questo Supremo Collegio

ha mutato e rinnovato membra,

essendosene de' suoi magistrati giudicanti e requirenti dipartiti ben 14, dei quali, com'era naturale, altrettanti han preso il posto.¹

Ai novelli Colleghi il più cordiale benvenuto; ai Colleghi che, o per meritata promozione, o per desiderato tramutamento, hanno trasferita altrove la propria residenza, l'augurio fervido che, appagate le loro aspirazioni, siano felici.

E tutta intera la nostra più affettuosa reverenza alla cara memoria di Nicola Niutta. Egli nella sua grande modestia pari

al suo alto intelletto ed alla sua vasta dottrina, nella sua infinita bontà di animo congiunta a serena e schietta indipendenza di carattere, e nella sua forte ed ineluttabile passione per la giustizia, costituirà sempre una delle più nobili figure della Italiana Magistratura.

E consentitemi ancora una parola di vivo dolore e di rimpianto per la perdita di Francesco Ranieri, che, Segretario di questa Procura Generale per più che quindici anni, fece sempre nello esercizio delle sue delicate funzioni scrupolosamente e con singolare zelo il proprio dovere.

*
* *

I vostri lavori del decorso anno rivelano una quasi costante quantità di ricorsi, con una sempre maggiore importanza nel soggetto delle controversie, e nelle relative sentenze che furono profferite.

*
* *

In materia civile, i ricorsi esauriti sono stati 993 in confronto dei 1,062 esauriti nel 1908; ed è attenuata anche la pendenza in fin d'anno, che è stata di 305 ricorsi, mentre fu di 417 nell'anno precedente.

Dei 993 ricorsi esauriti sono stati trattati dalla Sezione civile 797, dei quali 542 su materie di cognizione comune alle altre Corti di cassazione, e 255 su materie deferite alla cognizione esclusiva della Corte di Roma, e 196 dalle Sezioni Unite.

Dei primi, quelli cioè di competenza della Sezione civile, l'esito fu:

di rinunzia per	63
di dichiarazioni di inammissibilità per . . .	35
di rigetto per	395
di cassazione intera o parziale della sentenza denunciata per	304
dei quali solo uno senza rinvio.	

Dei 196 trattati dalle Sezioni Unite terminarono:

con dichiarazione di competenza dell'Autorità giudiziaria	7
con dichiarazione di incompetenza dell'Autorità giudiziaria	18
con dichiarazione di competenza della Sezione civile	27
con dichiarazione di competenza delle Sezioni Unite	1
con dichiarazione di competenza della Cassazione territoriale	42
con rinunzia	4
con dichiarazione di inammissibilità	—
con cassazione intera o parziale della sentenza denunciata e con rinvio	43
con cassazione intera o parziale della sentenza denunciata e senza rinvio	6
ai sensi dell'art. 547 Cod. proc. civile contro sentenze del Magistrato di rinvio	13
con rigetto	35

Sono rimasti pendenti alla fine dell'anno 262 avanti alla Sezione civile e 43 avanti alle Sezioni Unite.

Le difformità tra le conclusioni del Pubblico Ministero e le sentenze sono state 37 avanti alla Sezione civile e 5 avanti alle Sezioni Unite.

La Sezione civile ha deciso 797 ricorsi con 797 sentenze e le Sezioni Unite con 202 sentenze 196 ricorsi.

Devo rivolgere una parola di sentito encomio agli egregi componenti della Commissione del gratuito patrocinio, al suo venerato Presidente commendatore Civiletti, che ne dirige sempre i lavori con giovanile ed intelligente attività, al suo relatore sostituto Procuratore generale F. Sansonetti, coscienziosissimo e diligente sempre nella esposizione delle controversie, agli illustri avvocati Marchetti e Bartoccini, che con ammirevole assiduità intervengono alle sedute e prendono viva

parte alle discussioni sulle proposte domande, onde la Commissione è messa in grado di emettere sempre giudizi ben ponderati ed esatti, come rilevasi dai seguenti dati statistici.

Le domande per l'ammissione al gratuito patrocinio sono state meno frequenti che nell'anno 1908. Durante l'anno 1909 ne sono state presentate 188, ed altre 22 erano ancora in corso dall'anno precedente. In totale 210 in confronto di 245 dell'anno 1908.

Ne sono state esaurite 202, e rimangono pendenti 8. I rigetti sono stati 105, e 95 le ammissioni, cioè 72 per ricorrere e 23 per resistere; e 2 sole furono dichiarate inammissibili.

Dei ricorsi per i quali la Commissione avea concesso il beneficio del gratuito patrocinio, sono stati discussi dalla Cassazione 43, rigettandone 11, accogliendone 29, e dichiarandone inammissibili 3; cosicchè dei 95 ricorsi, pei quali vi è stata ammissione al gratuito patrocinio, 29 non sono ancora stati portati al giudizio della Cassazione.

*
* *

Ebbi già nel 1897 a rilevare, come si andasse manifestando e svolgendo la opinione, la quale a me non pareva esatta, che, in seguito e per effetto delle note leggi del 2 giugno 1889, e 1° maggio 1890, si fosse spostato l'asse della giurisdizione comune, quale risultava dalla legge del 20 marzo 1865, sicchè se ne fossero variati e ridotti i confini, poggiando non più sulla distinzione di diritti ed interessi, bensì in quella di diritto pubblico oggettivo e diritto soggettivo privato.²

Successivamente, nel grande e progressivo sviluppo, che da insigni giuristi nei tredici anni decorsi si è dato agli studi della scienza del diritto amministrativo in Italia, la delimitazione della materia propria della giurisdizione comune e della giurisdizione amministrativa, ha formato obietto di profonde disquisizioni, nelle quali, sotto vario aspetto, è stato anche più che prima attaccato e censurato il criterio distintivo delle due competenze, precedentemente adottato.

Io non intendo e non oso discutere, e neppur toccare sotto il profilo scientifico codeste nuove teorie. Stimo però utile, anzi doveroso, avvertire, che in molte delle contese portate e discusse recentemente innanzi a questo Supremo Collegio, mi sia parso di scorgere, che spesso domini il concetto, che si sia oggi venuto elaborando e sia sorto un diritto nuovo, in quanto dicesi, che la Scuola abbia ormai demolita la vieta teorica, che pone nello Stato una duplice personalità, politica l'una, civile l'altra; distingue gli atti delle pubbliche amministrazioni in atti d'impero e di gestione, e si fonda, per segnare i confini delle due giurisdizioni, sulla distinzione di diritti e d'interessi. Mentre dovrebbe ritenere invece, che unica ed essenzialmente politica sia sempre la personalità dello Stato, sebbene diverse ne siano le attribuzioni e le funzioni; che gli atti delle pubbliche amministrazioni debbano distinguersi in atti di potere discrezionale, ed in atti, ai quali siano imposti vincoli e limiti dalla legge, e che, per bene ravvisare dove finisca la giurisdizione ordinaria ed incominci la giurisdizione amministrativa, faccia mestieri poggarsi precipuamente, se non unicamente, sulla distinzione degli atti in discrezionali e non discrezionali e dei diritti in obiettivi e soggettivi.

Convieni bene intendersi e non esagerare, per non cadere in quella che sarebbe una vera esorbitanza, e che andrebbe certamente al di là delle intenzioni degli stessi illustri autori e sostenitori del movimento scientifico odierno. La Scuola può bensì creare, ed effettivamente ha creato nuove e preziose concezioni giuridiche, le quali potranno esser seme che frutti provvedimenti legislativi novelli, e magari può anche escogitare nuove definizioni e nuove formole, che siano più logiche, più corrette e valgano così a fare intendere, a ritrarre e definir meglio il pensiero del diritto costituito, ma assolutamente non può a questo cangiar fondo e dargli un contenuto diverso.

Se si nega, infatti, che lo Stato possa confondere in sé due distinte personalità, e si afferma che unica e di natura sempre politica sia la sua personalità, si riconosce tuttavia ed ammette

che possa e debba a mezzo de' suoi organi di Governo e per lo adempimento di esigenze e fini sociali, possedere (*iure gestionis*) beni, disporre, agire come creditore, debitore, erede, conduttore, locatore, ecc.³ Si riconosce ed ammette del pari che, rientrando i rapporti dipendenti da codesta sua speciale attività (che potrebbe chiamarsi civile) nel campo del diritto privato, debbano essere dai principii di questo regolati così nella sostanza come nella forma, (ossia *utuntur iure privatorum*), per quanto temperati ed adattati da speciali disposizioni alla condizione propria della personalità (politica) dello Stato, alle esigenze e garanzie d'interesse sociale.⁴ Nè si pone in dubbio (e, per verità, non si potrebbe, senza rinnegare il principio di uguaglianza⁵), che sulle controversie, le quali relativamente a tali rapporti vengano a sollevarsi, abbia l'autorità giudiziaria piena giurisdizione, e possa modificare od annullare l'atto amministrativo violatore del diritto subiettivo privato (*iure gestionis*),⁶ mentre quando trattasi di controversie, che si sollevino relativamente ad atti dell'autorità amministrativa emessi ed indirizzati a provvedere su materie contemplate e regolate da norme di diritto pubblico e per ragioni di governo (*iure imperii*), l'autorità giudiziaria ha una giurisdizione limitata, in quanto, pel disposto nell'art. 4 della legge sul contenzioso amministrativo del 1865, essa può e deve giudicare, se l'atto amministrativo sia o no legittimo, e violi il diritto subiettivo del privato cittadino qualunque esso sia, ma non può nè modificarlo, nè revocarlo od annullarlo. Così ancora, se vuolsi bandita la distinzione di *diritti*, e di *interessi*, non s'intende per questo escludere, che vi siano *situazioni giuridiche*, (diritto oggettivo), le quali, in ossequio ad un precetto di legge, il cittadino può esigere (diritto subiettivo) che dagli atti (non discrezionali) dell'autorità amministrativa, siano mantenute e non vengano turbate, potendo altrimenti rivolgersi all'autorità giudiziaria e domandare l'*id quod interest*, qualora la stessa autorità amministrativa non istimi conveniente modificare o revocare l'emesso provvedimento.⁷ Nè si dubita, che vi siano invece altre situazioni giuridiche, in ordine

alle quali può tornar conto (esservi *interesse*) pel cittadino, che siano o non siano mantenute, od alterate, o modificate in una piuttosto che in altra maniera, ma non ha il cittadino facoltà di opporsi in via giudiziaria, di esigere (diritto subiettivo), che determinati atti siano o non siano compiuti dall'autorità amministrativa, essendo materia demandata al suo potere discrezionale, e dovendo perciò lasciare ad essa, che ha la responsabilità del servizio, provvedere ed operare nel modo che le paia più opportuno e conveniente (atti discrezionali), salvo il ricorso alla giurisdizione amministrativa per quanto attiene alla legittimità o meno del provvedimento.⁸

Sostanzialmente dunque, ai fini e per gli effetti della delimitazione delle due giurisdizioni, non v'ha nei recenti insegnamenti della scuola nulla di nuovo e di diverso; si ha bensì e solo diversità nella esposizione dei concetti organici della legge, o, meglio, nella definizione degli obietti e dell'ampiezza dell'azione dell'autorità amministrativa, e delle funzioni giurisdizionali in relazione alla condizione e difesa giuridica dei cittadini.

La quale diversità, se può avere ed ha la sua grande importanza nella soluzione di altri gravi problemi giuridici, dubito che, ne abbia gran fatto e porti maggiore chiarezza e precisione nei conflitti in tema di competenza, essendomi occorso di rilevare nelle varie e molteplici vertenze giudiziali, che non sempre si giunga a stabilire ed avere nozione esatta degli atti che sono, o che non sono discrezionali; soventi mal s'intenda quando l'atto dell'autorità amministrativa cada sopra materia ed assuma forma regolata dal diritto civile, sicchè abbia su di esso giurisdizione piena l'autorità giudiziaria, e non è raro ancora che tra diritto subiettivo e diritto oggettivo si faccia deplorabile confusione.⁹

Del resto, chiunque abbia seguito l'evolversi delle leggi del 1865, del 1889, e del 1890, dianzi rammentate, non può con serio fondamento revocare in dubbio ch'esse, ai fini e per gli effetti di determinare e distinguere la materia propria della giurisdizione comune, e quella da attribuirsi alla giurisdizione

amministrativa, non abbiano potuto tener conto di condizioni giuridiche e di elaborazioni scientifiche, che erano ancora di là da venire, ma abbiano dovuto invece necessariamente tener conto delle condizioni giuridiche e delle elaborazioni scientifiche del tempo, e, queste presupponendo, si siano dovute tutte adagiare sulla distinzione di diritti e d'interessi, di atti di gestione (*iure gestionis*) ed atti di governo (*iure imperii*), di personalità, o funzione politica, e di personalità, o funzione civile, ed a questi presupposti, a queste concezioni giuridiche, con queste formole, si dica o non si dica esplicitamente, si siano dovute tutte ispirare e plasmare le relative disposizioni.¹⁰

Nella interpretazione ed applicazione delle quali è perciò ben chiaro, che pur attingendo lume dalle posteriori e pregevoli osservazioni critiche della Scuola, dalle nuove e più corrette formole della scienza, non si possano tuttavia e non si debbano manomettere le basi, disconoscere i criteri organici, avere in dispregio le forme, che nella costruzione è manifestazione del suo pensiero il legislatore del tempo doveva e volle adottare.¹¹

La vostra giurisprudenza, che può dirsi comprenda e rappresenti, sin dal suo inizio, tutto lo svolgimento del diritto amministrativo italiano, e da cui tutti, giuristi ed interpreti, *pur dandole biasmo a torto e mala voce*, abbiamo sempre attinto ed attingiamo, si è elaborata e costituita, seguendo appunto tale sistema, affermando cosiffatti principii, senza mai defletterne, senza che mai siasi sentito il bisogno di cangiarne i concetti fondamentali, o spostarne come che sia le norme direttive, e senza che mai abbia seguiti criterii eccessivamente limitativi della sua competenza, che inesattamente le vennero attribuiti.¹²

Parmi sia avvenuto in Italia l'opposto di quello che è accaduto in Francia. Ivi, essendo ancora, dopo la rivoluzione dell'89, troppo recenti le usurpazioni e le esorbitanze dei Parlamenti,¹³ era l'autorità giudiziaria che veniva guardata con diffidenza, e che si temeva continuasse ad essere sovversiva ed invadente le varie attribuzioni e funzioni di governo. Onde, mentre la giurisdizione amministrativa venne ampliata ed estesa a quasi tutte

le controversie, nelle quali fossero interessate le pubbliche amministrazioni, eccettuandosene soltanto talune d'indole prettamente patrimoniale e regolate perciò dal diritto privato, all'autorità giudiziaria venne severamente interdetto di esaminare, censurare, od in una qualsiasi maniera modificare od annullare gli atti dell'autorità amministrativa, dichiarando responsabili di fellonia i magistrati che vi contravvenissero.¹⁴

Ma posteriormente, sotto lo impulso ed i progressi della dottrina dall'una parte, gl'insegnamenti ed ammonimenti della esperienza dall'altra, si è sentita la necessità di temperare e moderare con gradualità e successivi ritocchi le attribuzioni e funzioni giurisdizionali amministrative, sebbene ne sia rimasta sempre amplissima la competenza.¹⁵

In Italia per converso, al momento della unificazione legislativa, che seguì immediatamente dopo la unificazione nazionale, si era sempre sotto la penosa impressione della debolezza e deferenza verso il Potere, con la quale avevano funzionato i Tribunali del Contenzioso amministrativo, esistenti nei già diversi Stati italiani, e quindi era quasi unanime il voto, che fossero soppressi, devolvendosene la materia di loro competenza, come fu fatto con la legge del 1865, alla giurisdizione comune,¹⁶ la quale si riteneva che avrebbe inteso con larghezza il suo mandato a guarentigia dei cittadini, in relazione a tutti gli atti della pubblica amministrazione. In seguito però, create nel 1889 e nel 1890 le istituzioni della giustizia amministrativa a garanzia e tutela dei cittadini verso provvedimenti dell'autorità concernenti semplici interessi, e ritenendo che queste potessero esercitare sugli atti delle pubbliche autorità quel controllo giurisdizionale, che fu detto essersi sperato ed atteso invano dall'autorità giudiziaria, la quale si era invece, come affermavasi, dimostrata timida e troppo riguardosa nei rapporti degli atti dell'autorità amministrativa,¹⁷ si cercò delle nuove istituzioni elevare ed estendere le attribuzioni sino ad invadere il campo riservato, anche dalle nuove leggi, alla competenza dei Tribunali, e conseguentemente ogni pronunziato di questi, che apparisse con-

trario alle nuove aspirazioni e tendenze venne segnalato come invadente e sovversivo così da condurre ad un vero caos amministrativo.¹⁸

Anche ora, mentre in Francia, così nel campo scientifico come in quello legislativo, si è da parecchi anni spiegato un movimento, che mira a dare una maggiore ampiezza alla comune giurisdizione, ed a ridurre, o trasformare in parte quella amministrativa,¹⁹ qui in Italia invece si scorge in qua ed in là un certo studio e lavoro critico, diretto ad allargare i confini della funzione amministrativa,²⁰ ed a fare apparire, si direbbe quasi, deficiente, perplessa ed oscillante nei suoi criteri e pronunziati la giurisprudenza di questo Supremo Collegio, appunto, dicesi, perchè non si tien conto abbastanza del pensiero e del contenuto delle nuove leggi, e si è voluto estendere, e fare entrare in campo non suo, la funzione giudiziale.

E, se si va col viso bene al fondo, si discerne con chiarezza, che le diverse discussioni, che si son fatte sulla natura delle nuove istituzioni della giustizia amministrativa, quella principalissima diretta a definire se avessero o no attribuzione giurisdizionale, e le varie teorie sulle norme da seguire nella definizione e determinazione della materia propria di ciascuna delle due giurisdizioni, si siano successivamente svolte e composte, secondo le varie tendenze ed aspirazioni scientifiche ad allargare, od a restringere dell'una o dell'altra i propri e rispettivi confini.

Di contro alle opposte tendenze ed attraverso alle multiformi critiche, spesso aspre e non serene, la vostra giurisprudenza si è mantenuta sempre ferma nei suoi concetti fondamentali e direttivi, senza mai oscillare e piegarsi, nè quando si voleva sospingerla ad estendersi ed invadere, nè quando la si voleva far cedere ed indietreggiare, compiendo sempre, senza debolezze e senza ambizioni, quello che era ed è il suo altissimo e delicatissimo compito, di segnare, cioè, conforme alla legge, e tutelare i limiti del potere delle diverse autorità nella sfera delle rispettive attribuzioni: *Servare modum, finesque tenere.*²¹

Si comprende che, se si va cercando e sottilizzando, tra innumerevoli sentenze, se ne rinverranno talune, che, sebbene emesse in giudizi apparentemente somiglianti, racchiudono nondimeno decisioni diverse. È difficile invero, che le contestazioni si presentino nei loro rispettivi termini del tutto identiche; onde è naturale che, pure applicando uno stesso principio di diritto, spesso non siano uniformemente decise, nulla essendovi di più iniquo, che trattare e decidere in modo uniforme controversie, le quali nelle concrete loro condizioni di fatto non siano perfettamente uguali.

E là dove il velo è più sottile, e trapassarvi dentro perciò è più leggero, scorgendo falsamente tra due o più giudizi perfetta somiglianza nei termini del contendere, e quindi contrarietà di giudicato nelle relative sentenze che in senso opposto vengono ad emettersi, è nello indagare e definire, quando la domanda sia effettivamente improponibile per modo che, mancando pur la possibilità dell'azione, ne venga necessariamente a mancare la giurisdizione comune.

Sovente l'assoluta improponibilità si confonde, e, mi è parso, ora più che prima, con la inammissibilità e carenza dell'azione, o con la pertinenza del diritto.

La improponibilità della domanda, che si risolve in eccezione d'incompetenza, è quella che, come voi avete sempre insegnato, costituisce vera e propria mancanza di attribuzione, la quale non si deduce dalle specialità della causa, ma dalla qualità della materia, oggetto della lite, d'indole, di attribuzione puramente amministrativa, che si ribella ad ogni esistenza di rapporti giuridici, ed esclude in modo assoluto, non la sola *esistenza*, ma pur la *possibilità* di un vero diritto.

Che se invece la improponibilità della domanda si opponga, per motivi dipendenti da altri criteri di ragion comune, da altri motivi, che non siano desunti dalla natura e qualità della materia dedotta in giudizio, e, presupposta la possibilità di un diritto e la proponibilità di un'azione, la indagine debba vol-



gersi ad esaminare, se in concreto esista o non esista il diritto, che si pretende, se l'azione istituita sia o no ammissibile specialmente nei rapporti di quella determinata persona, che si fa attrice, e nelle peculiari condizioni di fatto onde si pone e si svolge, si avrà allora una vera e propria questione di merito, la quale rientra indubbiamente nella competenza dell'autorità giudiziaria.²²

E sovente ancora si sogliono trasportare e trapiantare in Italia postulati e teorie, che non sono in armonia con le nostre istituzioni, e presuppongono una compagine politico-amministrativa profondamente diversa da quella che è la nostra. Senza dubbio la scienza, universale nei suoi sommi principî, sdegna limitazioni e barriere, ed il giurista non può, non deve circoscrivere e limitare i suoi studi, le sue ricerche solo entro i confini del suo Paese, ma deve spingersi ad indagare e studiare lo svolgimento progressivo, che ai diversi istituti giuridici sia stato dato altrove, per fondere così il proprio con l'altrui pensiero, e sotto la forma più nobile e ad un tempo più utile e feconda, quella della solidarietà umana e della cooperazione, ascendere sempre nelle indefinite altezze del progresso.

Non devesi però mai obliare, che il diritto, uno ed immutabile nei suoi concetti fondamentali, assume diversa forma e cangia, nel suo attuarsi e nelle sue varie e molteplici esplicazioni, secondo che le concrete condizioni di fatto, le movenze ed inflessioni della vita cambiano, e diverse ne siano le condizioni economiche, politiche e morali. Fa mestieri esaminare e ponderar bene, se e fin dove una teoria svoltasi e progredita altrove, possa essere accolta ed applicata presso di noi; in ispecie quando trattasi di diritto costituito, è sempre molto pericoloso; e devesi perciò, nello interpretare ed applicare le nostre leggi, essere ancora più lenti a ricorrere ed attingere a fonti scientifiche e legislative straniere; poichè è, se non impossibile, certamente assai difficile, che tra le varie legislazioni vi sia perfetta identità, ed, in ogni caso, che tra le generali e specifiche condizioni dei diversi Paesi vi sia completa somiglianza. Così

mi occorre non di rado rilevare, che su questo speciale tema della competenza, si faccia ricorso a disposizioni, a teorie, od a massime di giurisprudenza francesi, quasi che identiche siano le due leggi, mentre il nostro ordinamento della giustizia amministrativa nei rapporti dei cittadini con la pubblica autorità è profondamente diverso da quello della Francia.²³

Nel rendere omaggio pertanto e plaudire al senno ed all'opera sapiente e faticosa, con la quale avete voi continuato a tener sempre ferma sopra costanti principî la vostra giurisprudenza, io non posso non far voti che questa, nella sua progressiva esplicazione, si mantenga perennemente salda nella sua base, netta e precisa nelle sue linee, fedele ed esatta rivelatrice del diritto costituito nei suoi pronunziati.

Cessate le prevenzioni e le diffidenze derivanti da vecchi abusi e da antichi sistemi, scomparsi per sempre, e bandite, da qualunque parte esse siano, le esagerazioni, conviene che giuristi ed interpreti non mirino se non ad uno scopo, quello che la giurisdizione comune e le speciali giurisdizioni amministrative, che sono le supreme guarentigie dei diritti e degli interessi dei cittadini, vengano riguardate non come istituzioni antitetiche, bensì quali istituzioni tendenti tutte ad un fine nobilissimo, si svolgano armonicamente ed indipendentemente, ciascuna entro l'orbita ad essa segnata dalla legge, e si elevino all'altezza della loro grande missione.

L'esempio è già partito da voi e dall'Eccmo Consiglio di Stato. Poichè, se è vero quel che disse l'insigne giureconsulto, che con tanta competenza ed autorità presiede il Supremo consesso amministrativo, che:²⁴ *La provata sapienza di questa Corte ci affida, che il potere giudiziario non oltrepasserà mai i confini della costituzione politica, avendo già saputo con senno moderare perfino l'applicazione dell'art. 2 della legge 20 marzo 1865, che nella imprecisione della sua lettera le avrebbe dato il comodo di appropriare all'ordine giudiziario la cognizione intrinseca di ogni atto amministrativo, e porre tutta quanta l'amministrazione pubblica in soggezione del giudice, è doveroso*

riconoscere, e sono felice di poterne fare pubblica testimonianza, che con pari senno e sapienza il Supremo Consesso amministrativo abbia saputo intendere e moderare l'applicazione delle nuove leggi, e chiamato anch'esso dalle recenti disposizioni legislative del 1907 a giudicare sulle questioni di competenza, non si sia fatto sedurre e vincere, quantunque non ne siano mancati gl'incitamenti, dalla tentazione ed ambizione di allargare le attribuzioni giurisdizionali amministrative, e ribellarsi ai criteri già stabiliti dalla vostra giurisprudenza, i quali ha invece, pur sottoponendoli a libero esame ed ampia discussione, con illuminata coscienza, quasi sempre accettati ed in modo conforme applicati.²⁵

*
* *

In materia penale, dal confronto dei dati dell'ultimo anno con quelli dell'anno precedente risulta, che il numero complessivo dei ricorsi sottoposti al giudizio delle due Sezioni penali è sensibilmente diminuito: da 13,404 nel 1908, a 11,808 nel 1909, se si tien conto del numero complessivo dei ricorsi, di cui ebbe ad occuparsi il Supremo Collegio, compresi anche quelli che erano pendenti dall'anno precedente; e da 12,290 a 9,776, se si tien conto solamente di quelli che sopravvennero nel corso dell'anno. E il fenomeno è reso anche più notevole dalla constatazione, che il numero dei ricorsi sopravvenuti nell'ultimo anno è di circa 1,200 minore di quello dell'anno 1907, nel quale anno, essendo state concesse due amnistie, dovette necessariamente verificarsi una contrazione nel movimento normale dei ricorsi portati avanti alla Corte Suprema.

Pareva che tale diminuzione potesse dipendere da una applicazione più larga dell'istituto della condanna condizionale, ovvero da una diminuzione della delinquenza; ma, come ora sarà rilevato, nè vi è stata maggiore larghezza nell'applicazione della condanna condizionale, nè la delinquenza è *diminuita*, essendo anzi aumentata.

Dipenderà dunque dalla maggiore correttezza nei giudicati di merito, o da ragioni economiche, o dall'una e dalle altre insieme.

La diminuzione del numero dei ricorsi è rilevante tanto avanti alla prima quanto avanti alla seconda Sezione. I ricorsi sopravvenuti avanti alla prima Sezione, nel 1909, furono 3,022 in confronto dei 4,230 del 1908, però nell'ultimo anno era stato maggiore il numero di quelli pendenti dall'anno precedente, cioè 1,154, mentre al 1° gennaio 1908 la pendenza dall'anno precedente non fu che di 231 ricorsi. Avanti alla seconda Sezione, nel 1909, sopravvennero 6,754 ricorsi in luogo degli 8,060 del 1908, e il numero dei ricorsi pendenti dall'anno precedente fu di 878, mentre era stato di 883 nel 1908.

Dei 4,176 ricorsi innanzi alla prima Sezione sono stati esauriti nel corso dell'anno 3,445 (cioè 138 in più che nell'anno precedente):

per recesso del ricorso	96
per estinzione dell'azione penale.	34
per inammissibilità	1,105
discussi e rigettati contro sentenze di Pretori . . .	461
» e accolti » » . . .	92
» e rigettati » di Tribunali . .	409
» e accolti » » . . .	54
» e rigettati » di Corti d'appello	393
» e accolti » » . . .	36
» e rigettati » di Sezioni d'accusa	20
» e accolti » » . . .	11
» e rigettati » di Corti d'assise .	679
» e accolti » » . . .	55

I ricorsi rimasti pendenti al 31 dicembre 1909 sono 731, cioè 423 di meno che nell'anno precedente.

Si sono inoltre definiti dalla stessa prima Sezione 316 conflitti con designazione di magistrato rimanendone pendenti 29.

Sono state pronunciate 11 decisioni per rimessione di causa da uno ad altro magistrato per motivi di pubblica sicurezza, o di legittima suspicione.

Sono stati esauriti 3 ricorsi per revisione, e ne sono rimasti in corso altri 3.

Le conclusioni del Pubblico Ministero non furono accolte soltanto in 93 sentenze.

La prima Sezione ebbe anche a pronunciarsi su 56 ricorsi in materia di infortuni sul lavoro, dei quali 11 erano stati proposti da operai: con esito di inammissibilità per 4, di rigetto per 5 e di rinuncia per 2;

37 erano stati proposti da impresari di lavori: con esito di inammissibilità per 7, di rigetto per 25, di annullamento della sentenza impugnata per 4, di rinuncia per 1;

8 erano stati prodotti dal Pubblico Ministero: con esito di rigetto per 5 e di annullamento per 3.

In complesso quindi, dei 56 ricorsi in materia d'infortuni, dei quali ebbe ad occuparsi la prima Sezione, soltanto 7 furono accolti, pronunciandosi l'annullamento della sentenza contro cui erasi interposto ricorso; il che depone favorevolmente sui pronunciati dei giudici di merito in una materia tanto importante che ha dato luogo, or non è gran tempo, a molto vivaci discussioni, per le quali il Consiglio Superiore del lavoro ebbe a disporre un'inchiesta sul funzionamento del servizio delle assicurazioni infortuni, in base ai risultati della quale sono state poi proposte e concretate talune modificazioni alla legge vigente.

Avanti la seconda Sezione, dei 7,632 ricorsi tra sopravvenuti nell'anno, e pendenti dall'anno precedente, furono esauriti 6,911, e rimasero ancora in corso 721, numero che di poco differisce da quello che rappresentava la pendenza alla fine dell'anno precedente.

Furono esauriti senza discussione dei motivi:

per rinuncia.	115.
per estinzione dell'azione penale	159
per inammissibilità	2,900.

Dei ricorsi esauriti in seguito a discussione dei motivi, si riferivano a sentenze di Pretori 154:

con esito di rigetto	108
» di annullamento	46

a sentenze di Tribunali 1,302:

con esito di rigetto per.	1,109
» di annullamento per	193

a sentenze di Corti d'appello 2,276:

con esito di rigetto per.	2,003
» di annullamento per	273

Fra gli annullamenti su indicati non sono compresi altri 4, pronunciati dalla stessa Sezione nell'interesse della legge, e uno in seguito a ricorso per revisione.

Delle sentenze definitive pronunciate dalla seconda Sezione, 216 sono state difformi dalle conclusioni del Pubblico Ministero, e in 6 di esse l'estensore è stato diverso dal relatore.

Su 340 sentenze in giudizi penali contro minorenni, solo 9 si riferivano a minorenni di età inferiore a 14 anni, tutte le altre a minorenni da 14 anni in sopra.

Dalle cifre concernenti gli annullamenti pronunciati dalle due Sezioni penali, fatti gli opportuni confronti anche coi dati degli anni precedenti risulta, che la proporzione degli annullamenti in rapporto al numero dei ricorsi giudicati con discussione di motivi è quasi identica per le due Sezioni, se il confronto viene istituito tra i dati complessivi di ciascuna di esse, senza far la distinzione per le diverse autorità giudiziarie, che aveano emesso le sentenze denunciate in Cassazione.

La media annuale dell'ultimo quinquennio 1905-1909 è di 10,6 annullamenti su 100 ricorsi giudicati dalla I Sezione, e 10,7 su 100 giudicati dalla II Sezione. Sensibili differenze si

hanno invece, se si mettono a confronto i dati, distinti per le Magistrature, contro le cui sentenze fu chiesto il giudizio della Cassazione.

E infatti la media degli annullamenti è pel periodo suindicato di 11,5 su 100 ricorsi giudicati contro sentenze di Tribunali; di 10,2 contro sentenze di Corti d'appello; e scende fino a 5,8 contro sentenze di Corti d'assise; mentre si hanno percentuali più elevate per le sentenze dei Pretori (21,2 su 100 ricorsi giudicati) e per le sentenze delle Sezioni d'accusa (22,8 su 100 ricorsi giudicati). Conviene però avvertire che le cifre effettive per queste ultime sono assai tenui, essendosi avuto un minimo di 5 annullamenti nell'anno 1907 ed un massimo di 15 nel 1905.

E le differenze sono anche più importanti, se si guardi all'esito dei ricorsi contro sentenze dei Pretori secondo che furono portati avanti alla I Sezione, o avanti alla II, a termini della competenza di ciascuna di esse.

Per le sentenze dei Pretori denunciate alla I Sezione si ha la percentuale di 20 annullamenti su 100 ricorsi giudicati, con un massimo di 39 nel 1908, mentre negli altri quattro anni dell'ultimo quinquennio la variazione era contenuta tra il limite minimo di 16,6 e il massimo di 27,7. Per i ricorsi contro sentenze di Pretori in materia di contravvenzioni, dipendenti dal Codice penale, attribuiti alla cognizione della II Sezione, la percentuale media degli annullamenti fu di 26,2 con variazioni rilevanti per i vari anni tra un massimo di 44,4 nel 1906 ed un minimo di 8 nel 1907.

I dati concernenti i ricorsi contro sentenze di Tribunali e di Corti d'appello presentano maggiore uniformità sia nel confronto per i diversi anni, sia in quello fra le percentuali dell'una e dell'altra Sezione.

*
* *

Gli ondeggiamenti, le oscillazioni nella giurisprudenza penale continuano sempre, e vi è sempre nel decidere talune questioni di principio discrepanza tra la prima e la seconda

Sezione. Dei punti di diritto, sui quali non è ferma la giurisprudenza, e di quelli specialmente, sui quali è in opposizione l'una all'altra Sezione, non istimo poter qui parlare, riserbandomi di toccarne nell'appendice, che insieme col discorso sarà stampata.²⁶

Mentre intanto io ripeto più vivo il voto, che fu già da me e dai miei illustri predecessori espresso, che si cerchi e trovi modo, onde i disaccordi scompaiano, ed all'unità del diritto risponda ormai l'unità od uniformità della giurisprudenza, devo tuttavia dichiarare che non si abbia ad esagerare, come pur troppo parmi che recentemente siasi esagerato, con una forma inusitata, e non rispondente a quel sentimento profondo di stima, rispetto e benevolenza reciproca, che è sempre esistito, e che non dubito esisterà sempre, e si rinsalderà anche più in avvenire tra il Foro e la suprema Magistratura di Roma. Siamo di fronte ad un Codice penale, che forse può dirsi ancora nuovo, poichè è in vigore da vent'anni appena, con un Codice di procedura penale vecchio, e con tutto il *camelorum onus* di leggi speciali, che successivamente sono state pubblicate, e tutti i giorni si pubblicano. È umano, che le prime impressioni ed opinioni vadano grado a grado impallidendosi e modificandosi, secondo che nuova e maggior luce venga proiettata dai nuovi e più profondi studi, dalle sempre nuove e sempre diverse situazioni giuridiche, che si vengano a scoprire; e d'altra parte non si devono le nuove e progressive interpretazioni ed esplicazioni della legge, confondere, come parmi che non di rado si faccia, con la diversità e, talvolta, contraddizione dei giudicati.²⁷

È per certo sconveniente mutare e rinnovare frequentemente e con leggerezza la intelligenza della legge, sicchè possa ripetersi, che non giunga a mezzo novembre quel che si fili in ottobre. Se le singole Corti e i singoli Tribunali, liberi d'intenderla ed applicarla a loro modo, non venissero contenuti e diretti da un regolatore comune, e, peggio, se questo regolatore comune variasse di frequente nel segnare il senso ed il significato della legge, questa perderebbe ogni stabilità. Il diritto cangerebbe.

con le cause; decisioni e giurisprudenze disformi s'introdurrebbero, e l'unità della legislazione scomparirebbe per dar luogo alla più oscura ed alla più pericolosa incertezza. Apparentemente il diritto resterebbe uno per tutta la nazione, in realtà differirebbe da un giorno all'altro, da un luogo all'altro, secondo la varietà degli usi e dei costumi, secondo le tradizioni e le Scuole diverse, e lentamente, ma infallibilmente si perderebbe il maggiore dei benefici della società moderna: la eguaglianza del diritto e l'uniformità della legge per tutti.

Ma è pur fatale, che i pronunziati della Corte di Cassazione non siano perennemente invariabili, e si risentano della condizione di tutte le cose umane, che è quella di vivere nel tempo, ed improntare ad esso i suoi progressi.²⁸

La istituzione della Corte di Cassazione deve innanzi tutto e principalmente mirare a serbare inviolata per tutti l'osservanza della legge. L'uniformità della giurisprudenza vien dopo; è effetto più che causa, mezzo piuttosto che fine. E conviene del pari notare, che nelle difficili questioni di diritto, l'uniformità delle sentenze nè si ottiene ad un tratto, nè si impone per impero di autorità; è lavoro lento delle discussioni del foro, delle meditazioni de' magistrati, della pubblicità dei giudizî, dell'attrito delle opinioni. Pretendere, che nelle grandi questioni la giurisprudenza si abbia a fissare dietro la decisione della prima o della seconda causa, sarebbe sconoscere l'indole essenzialmente progressiva di questo supplemento necessario della legge, il quale è la giurisprudenza, falsare il sistema della Cassazione, ed affrettarsi a consacrare l'errore, per timore di riconoscerlo ed emendarlo. Non è l'uniformità ombrosa, e restia per ostinatezza od inerzia, quella che si attende dalla Corte di Cassazione, sì bene l'uniformità nei principî, seguita da intelligente svolgimento nelle loro varie applicazioni.²⁹

Non a far cessare, chè sarebbe impossibile, e sarebbe, se mai, segno di scadimento e di abbandono; ma a temperare ed attenuare la dissonanza e la frequenza di conflitto nei principî, e la contrarietà nei giudicati, dissi già e ripeterò, che sia neces-

sario costituire in una posizione più o meno stabile i componenti del Supremo Collegio, ed impedire che, *si sia nuovi di compagnia ad ogni mover d'anca*. Non può infatti disconoscersi che, il frequente e rapido cangiamento di essi costituisca grave difficoltà, a che possa mai raggiungersi e mantenersi costante uniformità di criterî. I novelli magistrati, e quest'anno sono stati ben quattordici, vi recano criterî nuovi, e, non avendo preso parte alle decisioni anteriormente pronunziate, ed alle discussioni ed agli studî che le precedettero, è ben naturale ed umano, che non esitino delle massime con esse stabilite a rimettere in discussione la esattezza, e ad impugnarne l'osservanza, con l'affermazione di massime contrarie.

Senonchè non mi dissimulai, e non mi dissimulo, che, un nuovo ordinamento della suprema magistratura, essendo opera di legge, se anche avesse il favore del Governo e del Parlamento, non potrebbe costituirsi se non in epoca più o meno lontana. Eppure espressi ed esprimo ora il pensiero, che, infrattanto, a somiglianza di quel che dispone la legge tedesca,³⁰ di quello che già si è con tanto buon successo non di rado praticato dalla sezione civile, e di quello che in seguito è stato presso di noi disposto dalla legge del 1907 sul riordinamento del Consiglio di Stato (art. 37 del Testo unico del 1908),³¹ si adotti il sistema di convocare e far deliberare, secondo i casi, tutti i componenti della Corte in assemblea generale, o tutti i componenti di una sezione, o tutti i componenti delle due sezioni penali, intorno alle più gravi questioni di diritto, sulle quali sia sorto, o sorga e permanga il disaccordo, per quindi conformarsi, in seguito, a quel principio di diritto, che sarà dalla maggioranza per essere accettato. Un provvedimento legislativo che racchiudesse e disciplinasse nettamente codesto concetto, credo che sarebbe da tutti plaudito. Dappoichè, come già ebbi altra volta ad osservare, il sentimento individualistico dell'uomo, conviene che pieghi e ceda di fronte al dovere del magistrato, e dinanzi al grande interesse sociale della giustizia. Non devesi esagerare, o fraintendere il principio giustissimo, che ciascun giudice debba giudicare secondo che

detta la sua coscienza. Deve sì giudicare, non ispirandosi ad altro che alla sua coscienza; ma alla sua coscienza di magistrato, quale sacerdote della giustizia, alle cui esigenze egli deve tutto, non escluse le sue personali convinzioni, sacrificare. Ed una delle più vive, più grandi esigenze della giustizia, è l'uniformità, è l'eguaglianza, sicchè non debbasi nelle identiche condizioni, condannare ed assolvere, negare ed attribuire diritti, o garanzie, in nome ed in applicazione di una stessa legge.³²

*
* *

È da gran tempo che io, di fronte alla larghezza con la quale veniva applicato l'istituto della condanna condizionale, sollevai il dubbio, ripetuto poi anche nello scorso anno, che si largheggiasse forse troppo. Ora è con grande soddisfazione, che compio il dovere di dichiarare, che nel 1909, se ne sia molto notevolmente ristretta, insieme con la richiesta, l'applicazione. Mentre infatti negli 11 mesi dal 1° gennaio al 30 novembre 1908, il numero complessivo delle concessioni e delle istanze respinte, fu di 139,258, con un rilevante aumento in confronto del corrispondente periodo di tempo dell'anno 1907 (che fu di 118,348), nell'intero anno 1909 tale numero fu di 145,213, il che vuol dire che in un periodo di undici mesi sarebbe stato di 132,012, e cioè inferiore al numero indicato pel 1908 di circa 7,000.

Le domande proposte dagli imputati innanzi alle Corti di appello furono 3,170, dinanzi ai Tribunali 24,603, dinanzi alle Preture 55,337; ne furono accolte dalle Corti d'appello 2,279, dai Tribunali 17,997, dalle Preture 37,612; in totale ne furono accolte 57,888; ne furono respinte dalle Corti d'appello 831, dai Tribunali 6,602, dalle Preture 17,711; totale 25,144.

Dal Pubblico Ministero ne furono proposte dinanzi alla Corte d'appello 236, innanzi ai Tribunali 6,064, innanzi alle Preture 21,789; in totale 28,089. Delle quali furono accolte dalle Corti d'appello 194, dai Tribunali 5,390, dalle Preture

17,811; totale 23,395; ne furono respinte dalle Corti d'appello 42, dai Tribunali 678, dalle Preture 3,992; totale 4,712.

Ne furono applicate d'ufficio, dalle Corti d'appello 217, dai Tribunali 5,761, dalle Preture 28,096; totale 34,074.

Sicchè in complesso, la condanna condizionale venne applicata in 115,357 sentenze, ed in 29,852 non venne ammessa.

Il totale delle condanne condizionali applicate d'ufficio nel 1909 fu, come si è detto, 34,074, che, ridotto ad un periodo di 11 mesi darebbe il numero di 30,977, in confronto delle 35,641 applicate nei primi undici mesi dell'anno 1908, e che presenta così una diminuzione di circa 5,000. La quale diminuzione acquista ancora maggiore importanza, se si pone mente che, nel 1909, come sarà più oltre accennato, vi è stato un aumento nei dati della delinquenza. Ed è specialmente nel numero abbastanza alto delle concessioni d'ufficio, che io ebbi a segnalare negli scorsi anni il pericolo d'una eccessiva larghezza da parte dei magistrati; tanto più perchè mi parve che spesso, nel dubbio sulla colpevolezza degl'imputati, si emettesse condanna condizionale, ricorrendo così, quasi, ad una transazione, la quale, comunque si guardasse, offendeva ogni principio di giustizia, e travolgeva le finalità della condanna condizionale.

Raffrontando tutte le condanne condizionali pronunciate (115,357) con le domande, che vennero respinte (29,852), ne risulta, che queste stiano al totale ad un dipresso, nella proporzione del 26 %, mentre nel predetto periodo di tempo, dal 1° gennaio al dicembre 1908, tale proporzione risultò del 22 %; e nell'anno 1907 era stata del 20 %, il che denota sempre un maggior rigore nell'accordare tale beneficio di legge, rigore che non esito a chiamare salutare, se ci salva dall'eccesso contrario.³³

Sono state poi revocate, a norma della seconda parte dell'art. 3 della legge, dalle Corti d'appello 56, dai Tribunali 1,295, dalle Preture 2,152; totale 3,503, numero che poco differisce da quello del 1908, che era di 3,253.

Le pene inflitte in seguito a revoca della condanna condizionale furono per 1,901 condannati la reclusione, per 878 la detenzione, per 493 la multa, per 150 l'arresto, per 110 l'amenda. Mancano per questa parte i dati del distretto di Catanzaro.

*
* * *

La considerevole diminuzione dei ricorsi, che progressivamente abbiamo avuto in pochi anni, essendosi ridotti da 22,858 quanti su per giù furono sempre sino al 1904, a 10,939 nel 1907, 12,290 nel 1908, e 9,776 nel 1909, mi era cagione a sperare, come ho già accennato, che anche la delinquenza fosse proporzionalmente diminuita. Ma, pur troppo le ulteriori indagini eseguite hanno dimostrato essere le concepite speranze manchevoli di ogni fondamento.

Dai dati raccolti sulla delinquenza, che mi furono forniti dai Colleghi delle Procure generali presso le Corti d'Appello, i cui riassunti sono pubblicati in nota, si rileva invece un ben grave aumento, tanto nella delinquenza degli adulti, quanto in quella speciale dei minorenni. Infatti il numero complessivo dei condannati per delitti e contravvenzioni, che nel mio precedente discorso ebbi a riconoscere inferiore a quelli degli anni precedenti, escluso solo il 1907, nel quale si ebbero due amnistie, nell'anno 1909 è stato di 480,951, cioè di 6,500 più elevato del numero dei condannati nel 1905, che fu il più alto nell'ultimo quinquennio, e di circa 70,000 superiore a quello del 1908. Che se si guarda solo la delinquenza dei minorenni, il numero dei condannati è stato di 78,650, ossia di circa 10,000 superiore a quello del 1905 e del 1906, e di 20,000 superiore a quello dell'anno 1908.

L'aumento più rilevante si riscontra nei distretti della Corte d'appello di Roma, con un aumento di 34 mila condannati (quasi tutti per contravvenzioni) in confronto al 1908, di Trani coll'aumento di 6 mila, (metà per delitti e metà per contravvenzioni) di Palermo e di Lucca coll'aumento di oltre 5 mila

(di cui 1,000 per delitti), di Napoli coll'aumento di 4 mila quasi tutti per contravvenzioni, di Catania coll'aumento di 2,000 quasi tutti per delitti, di Firenze e di Torino coll'aumento di 2,000, quasi tutti per contravvenzioni, mentre si è avuto una diminuzione nei distretti di Parma, di Bologna, di Perugia, di Messina e di Cagliari.

Nella delinquenza dei minorenni, gli aumenti maggiori si sono avuti in Napoli (circa 6,000), a Trani (circa 3,500), a Venezia e Aquila (circa 1,200), a Catania (circa 1000), a Roma e a Potenza (circa 900), e a Palermo (circa 700), mentre sono in diminuzione i dati di Parma, di Firenze e di Messina.

Non si può dire, e sarebbe stato desiderabile potesse dirsi, che il rilevato peggioramento nella delinquenza complessiva sia dovuto solo all'aumentato numero delle contravvenzioni, perchè, come si è accennato, specialmente per i distretti di Trani, di Catania e di Palermo, è cresciuto notevolmente anche il numero dei delitti (di circa 2,600, di 2,000, di 1,100 rispettivamente). Però è bene avvertire che il numero dei condannati per delitto nell'anno 1909, se è cresciuto di non poco in confronto al 1908, è quasi uguale a quello del 1906, ed alquanto inferiore (di circa 7,000) all'altro del 1905, mentre i condannati per contravvenzioni sono stati anche in maggior numero, che nell'anno 1905, il quale avea segnato, come abbiamo accennato, la cifra più elevata nel quinquennio.

Mi era parso che si potesse sollevare dubbio, e ne sarei stato felice, sulla esattezza di codeste cifre, in quanto da una statistica carceraria appariva, che a fine d'anno i detenuti minorenni raggiungessero appena il numero di ottomila. Ma ebbi a persuadermi che era un dubbio, per quanto *pietoso*, altrettanto ingiustificato. Poichè non dovevasi guardare al numero dei minorenni che trovavansi detenuti in un giorno, cioè in fin d'anno, ma al numero dei minorenni, che in tutto il corso dell'anno fossero successivamente entrati nelle case di pena. In secondo luogo devesi osservare che, non a tutti i condannati viene inflitta la pena della reclusione, detenzione od ar-

resto, anzi, trattandosi di minorenni, viene più soventi inflitta loro la pena della multa, o dell'ammenda, o quella del confino. Ed infine devesi tener conto di pressochè centoquarantamila condanne condizionali, che più specialmente si applicano ai delinquenti minorenni, i quali vengono così sottratti ad ogni sorta di detenzione.

*
* *

Lo sconforto, da cui siam presi, nel rilevare come la delinquenza dei minorenni avanzi sempre, e più della delinquenza degli adulti, viene temperato dalla fede, che sorge in un migliore avvenire, osservando che il grido d'allarme partito da questo Seggio sin dal 3 gennaio 1908, sia stato raccolto, e non rimanga sterile ed infecondo.

Oltre la elaboratissima circolare, che nell'11 maggio del 1908 fu diramata dal Guardasigilli del tempo, a tutti i Capi dei Collegi Giudiziari, con la quale si raccomandava ed ingiungeva di seguire, riguardo ai delinquenti minorenni, una forma di procedimento e di giudizio, che valesse a tenerli separati e lontani dai delinquenti adulti, impedendone ad ogni costo il contatto, e di vietare in genere ai giovanetti di assistere ai dibattimenti penali, con Decreto Reale del 7 novembre p. p., su proposta dello stesso Guardasigilli, venne istituita una Commissione per istudiare le cause del progressivo aumento della delinquenza dei minorenni, e di proporre quelle riforme legislative, che sembrino più adatte ad apportarvi rimedio. E tale Commissione ha già nel dicembre tenute varie adunanze, si è già tracciato un programma di lavori, coi quali, a mezzo di tre sottocommissioni, intende ricercare e conoscere, sotto la più ampia forma, le cause diverse e molteplici, per essere così messa in grado di formulare e presentare quegli schemi di provvedimenti d'ordine legislativo, che, sotto tutti gli aspetti, possano essere efficaci a prevenire e reprimere la delinquenza dei minorenni.

Ma, quello che più ci affida e più ne conforta a sperare, che l'Italia possa tra non guari, sul grave e doloroso argo-

mento avere una legislazione, che non sia indietro, ma segni anzi un passo in avanti, di fronte alle altre legislazioni dei Paesi più progrediti, si è il vivo e generale interesse, col quale tutti, e uomini e donne, d'ingegno eletto e di grande e speciale competenza, si sono affrettati a concorrere a questa opera santa della redenzione morale e sociale dei minorenni, facendo studi ed indagini, e proponendo, con notevolissime pubblicazioni, su tutto quanto possa riguardare, nel più largo senso intesa, la causa dei minorenni, riforme e rimedi.³⁴

Senonchè gli studi, le riforme, gli atti legislativi ed amministrativi, che sono stati compiuti, o che siano per compiersi ed adottarsi, richiedono per la loro attuazione, grandi e ragguardevoli mezzi economici e morali, ed è vano ed incivile attendere e sperare che tutto possa farsi, ed a tutto possa e debba provvedersi dallo Stato. Donde la imprescindibile necessità della iniziativa e del concorso dei privati, costituendo là e fin là, dove il Governo non può giungere e provvedere, quei patronati di tutela e protezione, quelle società di assistenza, quei ricoveri, quei sodalizi di educazione e d'istruzione, e quei riformatori, senza dei quali è impossibile, che si raggiunga lo scopo santo e da tutti desiderato, di redimere e riabilitare i fanciulli delinquenti, sottrarre dalla corruzione, istruire, educare e salvare i fanciulli abbandonati,³⁵ come già è stato fatto, e si fa anche più tutti i giorni, negli altri Paesi civili.

*
* *

Sulle cause della bufera della delinquenza, che non resta mai, ed avanza sempre, dissi già in altro discorso, come varie e discordanti ne siano le opinioni. Desideroso però sempre di stabilirne in una quale che siasi maniera concreta l'origine, e di accertare specialmente come e con quali risultati si svolga l'azione investigatrice della polizia giudiziaria, ho avuto agio di rilevare un fenomeno, la cui gravezza non può non impensie-

rire, quello, cioè, del numero enorme dei reati, gli autori dei quali rimangono del tutto ignoti.

Da una statistica, che all'uopo ho fatto eseguire, in base ai discorsi dei Procuratori Generali presso le Corti di Appello, fatti nel 1907 e 1908, stupendamente riassunti in una dottissima relazione del prof. Stoppato,³⁶ e sui dati che ho io direttamente richiesti per l'anno ora decorso, risulta che, nel 1909 il numero dei reati, riguardo ai quali fu dichiarato non luogo a penale procedimento, per essere rimasti ignoti gli autori fu di 105,255 nel 1909, di 104,117 nel 1908, e di 104,949 nel 1907, e, cioè, circa il 37 per cento dei procedimenti spediti dai giudici istruttori, nei primi due anni, e il 35,7 % nell'ultimo anno del suaccennato triennio.

Il contingente maggiore è dato dai reati contro la proprietà, essendo nel 1909 rimasti ignoti gli autori di oltre 70,000 furti, e di oltre 1,000 tra rapine, estorsioni e ricatti; di cui circa una metà (406) nel solo distretto di Palermo.

Tengono il secondo posto i reati contro la fede pubblica (12,675), fra cui in maggior numero quelli di spendita di biglietti e monete false, specialmente nei distretti di Genova, Torino, Milano, Venezia, Roma e Napoli.

I reati contro le persone danno un contingente minore (3,538); ma è però da deplorare che figurino fra essi 164 omicidi volontari, e non sono compresi fra questi, quelli dei distretti di Milano e di Trani, che sono riuniti agli altri reati contro le persone.

Con un numero rilevante concorrono i reati d'incendio (4,156), dei quali 598 nel solo distretto di Bologna.

Guardandosi poi alle proporzioni diverse per i singoli distretti di Corte d'Appello, il fenomeno assume i caratteri di una singolare importanza. Infatti tale proporzione è di oltre il 60 % nei distretti di Casale, Brescia, Lucca, Firenze, Cagliari, e raggiunge l'85 % a Parma, a Bologna. Per l'opposto le proporzioni sono minime a Catania 9,1 %, ad Aquila 15,4 %, a Catanzaro 16,4 %, a Messina 17,2 %, a Napoli e a Trani 20,1 %, a Roma

25 %. Sicchè può ben dirsi, che il numero dei procedimenti a carico di ignoti è meno allarmante nei paesi, nei quali la delinquenza è più elevata; e si rileva altresì che, se si prenda, come effettivamente si prende, a base della delinquenza il numero dei condannati, le proporzioni assai basse di alcuni distretti si spiegano, non già per una effettiva minore delinquenza, sibbene per un maggior numero di insuccessi istruttori, a causa dei quali rimangono ignoti, e quindi non appariscono tra i condannati gli autori del reato.

È agevole comprendere quanto la non infondata speranza di sottrarsi del tutto alle ricerche della giustizia incoraggi e spinga al maleficio.

Quali le cagioni?

Si era supposto, che il fenomeno potesse dipendere dalla condizione morale delle popolazioni di taluni luoghi, e dalle violenze ed intimidazioni, che dicesi si sia soliti quivi esercitare, per soffocare le denunce dei colpevoli, ed impedire che i testimoni depongano il vero. Ma tale supposizione rimane onninamente esclusa dai dati statistici ora accennati, i quali pongono in evidenza, che anzi in quelle province appunto, nelle quali si afferma riscontrarsi quella speciale e deplorabile condizione sociale, il numero degli insuccessi istruttori e dei procedimenti troncati per essere ignoti gli autori del reato, sia in confronto di quello delle altre province, di gran lunga minore.

Pare invece a taluni, che, se ne debba ricercare la cagione nella deficienza e manchevolezza degli agenti della P. S., mentre altri ritengono, che con maggior fondo di ragione se ne debba attribuire la responsabilità ai Giudici istruttori ed ai Procuratori del Re, i quali alle prime difficoltà, ai primi ostacoli ed insuccessi si soffermano e cessano da ogni ulteriore ricerca.³⁷

Io non intendo, e non posso intrattenermi ad esaminare, se e quale di codeste affermazioni sia esatta. La personale esperienza m'indurrebbe a ritenerle infondate entrambe. Ma, pur ammettendo, in ipotesi, che colpa possa esservi negli uni e negli altri, o che magari una più grave responsabilità debbasi forse

far pesare sui Procuratori Generali e Procuratori del Re, che della legge debbono ora più che mai essere custodi vigili e severi, ed ai quali la legge affida tutto il movimento e funzionamento della polizia giudiziaria, io sono persuaso, che la colpa e la responsabilità gravi un po' anche su tutti, ossia che si abbia pur da ricercare nell'ambiente.

Non è a dissimularsi che, *l'individualismo* ogni dì più si affermi e dilati, deprimendo, se non sopprimendo, ogni slancio ed ogni sentimento, che si elevi al di sopra dei privati e particolari interessi, ed aspiri al compimento di nobili ed alti fini sociali.

Un generale scetticismo invade e pervade; e questa condizione di oblio e di abbandono, si ripercuote e rivela, come in ogni altra cosa, anche e più nell'Amministrazione della Giustizia penale.

Parmi tous les faits importants, ha scritto un profondo pensatore francese, *que l'on peut observer à notre époque, le plus grave de tous est l'affaiblissement de la notion du respect dû à la loi.*³⁸

La legge è minata e scossa nella sua base, indebolita nella sua azione.³⁹ Sotto le parvenze di una progressiva evoluzione, si mira e si giunge a spogliarla di ogni autorità ed efficienza giuridica, non riguardandola più quale manifestazione della sovranità nazionale, ma quale regolamento ed espediente di un Governo di partito, del Governo della maggioranza, la quale, affermarsi, può racchiudere grandi iniquità, ed alla quale conseguentemente può esser lecito opporsi e ribellarsi.⁴⁰

Queste teorie, che direi straniere, poichè mi è parso che siano più specialmente professate da illustri giuristi stranieri, è da augurarsi non attecchiscano e non prevalgano mai in Italia;⁴¹ ma sarebbe vana illusione sperare, ch'esse non dispieghino anche presso di noi una qualche influenza, rendano fiacca e perplessa l'azione e l'osservanza della legge, e scuotano, indeboliscano e travolgano tutto il funzionamento del magistero penale, essendo naturale, come già ebbi ad osservare, che lad-

dove si sia esitanti, e non si abbia fede nella rettitudine, nella onestà ed efficacia degli istituti e dei mezzi, sui quali e coi quali esso poggia e si svolge, non si possa curarne la esatta e rigida applicazione.

Fidente sempre nella Magistratura Italiana, alla quale per più che 44 anni ho dato tutto l'esser mio, io non dubito, ch'essa sotto i potenti auspici di Vittorio Scialoja, e col suo sapiente indirizzo e poderoso ausilio, continuando nelle sue gloriose tradizioni, anche in questa che dicesi nuova evoluzione del diritto, saprà tenere alto il vessillo della giustizia, e porre la concezione vera del progresso sociale e delle civili libertà, le quali non possono mai essere d'un passo al di là, nè al di qua dello impero della legge.

Ed è con questa fede, amatissimo Signor Presidente, che vi domando di volere inaugurare il novello anno giudiziario, nel nome augusto del nostro sovrano Vittorio Emanuele III.

NOTE

¹ I consiglieri Michele Laterza, Filippo Riccobono ed Alfonso Cozzanti sono stati promossi a primi Presidenti, rispettivamente, della Corte d'appello di Trani, di Palermo e di Catania, ed i consiglieri Catastini Federico, Cerza Giuseppe, D'Agostino Enrico e De Prisco Nicola, sono stati tramutati il primo, sopra sua domanda, alla Cassazione di Firenze, e nominato, il secondo, presidente di Sezione della Corte d'appello di Roma, e gli altri due presidenti di Sezione della Corte d'appello di Napoli.

Sono invece venuti promossi a consiglieri di questa Cassazione i signori Porchio Domenico, Mosca Tommaso, Moschini Arturo, Marsico Domenico, Palladini Diocleziano, Faggella Gabriele, Giannattasio Pasquale, Luparia Roberto e Giovanni Ferrante.

L'Avvocato generale Ludovico Mortara è stato promosso a Procuratore generale presso la Cassazione di Palermo, il sostituto Procuratore generale Eugenio Tofano è stato promosso ad Avvocato generale presso questa Corte di Cassazione, ed i sostituti Procuratori generali Frola Pier Eugenio e Martinotti Massimo, nominati Procuratori generali, l'uno presso la Corte d'appello di Cagliari, l'altro presso la Corte d'appello di Aquila.

Sono stati poi nominati sostituti Procuratori generali di questa Cassazione Tommasi Giuseppe, De Francesco Fortunato, Denotaristefani Raffaele, Nonis Giuseppe e Campus Giovanni Maria.

² Vedi Discorso inaugurale del 3 gennaio 1897.

³ Respingere la bipartizione della personalità dello Stato in giuridica e politica, non significa affatto escludere che una serie più o meno numerosa ed importante di atti della funzione governativa si compia sotto il regime giuridico del diritto privato. Ma questa appare nettamente una guarentigia di carattere politico essa medesima, a chi sappia bene analizzarla. Imperocchè è uno dei modi in cui si stabili-

scono limiti certi e si assicura d'ordinario un controllo immancabile all'azione del governo, nello stesso mentre che si danno ai soggetti privati i mezzi ordinari e pronti per respingere o far riparare le lesioni, che potesse arrecare quell'azione alla incolumità dei loro diritti. (MORTARA, vol. I, pag. 152).

⁴ « Sono numerosi gli atti di governo pei quali si trovano prescritte norme giuridiche analoghe a quelle che regolano le relazioni private, essendone ritenuta sufficiente la osservanza a garanzia di quella intrinseca giustizia che deve improntare, come gli atti dei singoli, così quelli del potere dirigente. Mi sono già altrove occupato dell'argomento, nè intendo ripetere cose già dette.

« Nel senso, adunque, che realmente taluni atti dello Stato, e degli organismi politici secondari che ne integrano la esistenza, si svolgono e si compiono in conformità a norme giuridiche appartenenti al diritto obbiettivo privato, è vero che codesti atti hanno « la forma » dell'ordinario esercizio dei rispettivi diritti patrimoniali da parte dei singoli soggetti giuridici. Si chiamino « atti di gestione », ciò poco importa; purchè la sostanza sia salva.

« Intendo dire, purchè dal nome non scaturisca la confusione di quel che è forma con quello che è sostanza. In verità, dove la teoria diventa erronea, è appunto nel fondamento della distinzione: poichè essa la vuole sostanziale e non soltanto formale, e perciò stabilisce la classificazione della podestà dello stato in diritti politici (*iura imperii*) e diritti patrimoniali (*iura gestionis*). Questa classificazione mette capo alla tradizionale separazione della « personalità politica » dello Stato dalla sua « personalità giuridica »: — quella, soggetto dei diritti della prima specie e autrice degli atti che dei diritti medesimi sono espressione; — questa, soggetto dei diritti della seconda specie e fonte degli atti che ne costituiscono la estrinsecazione » (*). (MORTARA, vol. I, pag. 168).

Non ho ommesso in altra occasione di osservare (vedi Discorso inaugurale del 1905) che, parlandosi di personalità politica e di personalità giuridica dello Stato, non s'intendesse già significare che vi fossero due unità sostanziali diverse, bensì che ve ne fosse una sola, eminentemente politica, lo Stato, con una duplice veste, l'una politica con la quale governa, l'altra giuridica per cui possiede e contratta. Personalità, a

(*) « Oso esprimere il desiderio che le poche proposizioni qui scritte ottengano l'attenzione di quei cultori del diritto amministrativo i quali, dal punto di vista delle loro analisi e dell'indirizzo dei loro studi trovano *comoda* (nè io disconosco che per loro lo sia) la ripartizione degli atti e quindi resistono più o meno energicamente ad una critica la quale innegabilmente ha tendenza demolitrice. **Credo che guardate le cose sotto il loro aspetto vero si rilevarebbe essere molto minore che non sembri la gravità del dissenso** ».

senso dei giureconsulti, esprimendo un astratto con cui si dinotano certi attributi giuridici, non vuol dire altro che capacità; ond'è che allorchando gli attributi sono di due diverse specie, vengono necessariamente a costituirsi due capacità, ossia due personalità diverse. Chè se voglia dirsi, come da taluni è stato detto, che la personalità sia sempre una sola, con duplice attribuzione, politica l'una, giuridica l'altra, si dica pure. Ma se cambia la frase, od il nome, rimane però sempre in tutta la sua interezza il concetto.

E così non si è del pari mai messo in dubbio, che anche quando lo Stato compia atti, che rientrano nella sfera del diritto privato, non ismetta mai il suo carattere politico, e di questo e delle leggi che lo governano debba sempre tenersi conto nella definizione dei relativi rapporti giuridici.

« Pare non avvertito abbastanza, scriveva il Mantellini sin dal 1880 (*Lo Stato e il Codice civile*, vol. I, pag. 7 e 40), che non può lo Stato usare del diritto civile, *a mò dei privati*, se non compatibilmente alla sua natura, se non secondo le leggi di sua costituzione; o che, dove sia in lite lo Stato, è giuoco forza ricorrere ad altre leggi, che non il Codice civile per cercarvi il principio che gli si addica, per temperarvi le regole del Codice in modo da ridurle confacenti e alla natura e alla costituzione di esso Stato,...

« Nei contratti le regole scritte nel Codice si applicano all'amministrazione dello Stato subordinatamente alle leggi amministrative, di contabilità generale dello Stato, dei lavori pubblici, ecc.

« Nè da queste leggi amministrative potrebbero sfuggire nell'applicazione all'amministrazione dello Stato le regole della *negotiorum gestio* e della *condictio indebiti*...

« Nell'esercizio della sovranità, può accadere, ed accade, che lo Stato possieda beni, o contratti.

« Intendasi di beni patrimoniali, atteso che sulle cose pubbliche, più che d'un diritto dominicale, lo Stato usi dell'autorità sua, per dettare la regola sul godimento che tutti vi hanno. E sta bene che in quanto contratti o possieda, lo Stato usi del diritto privato appunto perchè contratta e possiede a mò di *privato*; ma sta bene a due condizioni. La *prima* che del diritto privato usi a modo dei privati; e così subordinatamente alle leggi ed ai regolamenti fatti *e da fare*. Queste leggi e questi regolamenti non anderanno meno applicati ai beni posseduti, o sui contratti stipulati dallo Stato, che non ai beni o sui contratti dei privati. La *seconda* che l'ente politico s'imponga sempre sulla relazione *civile* o la modifichi fino a renderla compatibile con la *qualità pubblica*, che lo Stato non perde mai anche quando possiede, anche quando contratta ».

⁵ Nous rencontrons — leggesi nel Mayer (*Le Droit Administratif Allemand*, pag. 184, vol. I) — dans le langage de nos tribunaux un troisième

sens du mot *fisc*; il est peut-être plus conforme aux traditions historiques et à la logique. **Ce qui est égal doit être réglé également, telle est l'idée qui a fait appliquer le droit civil à l'Etat.**

Or, l'Etat qui, en poursuivant ses intérêts pécuniaires, prend la situation d'un simple particulier, provoque, par cela même, l'application des règles qui visent les individus. *Le droit public réagit sur l'Etat aussi bien que le droit civil*; les institutions du droit administratif se retournent contre l'Etat; l'Etat est exproprié, il est imposé par la commune, par la province, il participe aux charges d'entretien des écoles et des chemins, il est tenu par des règlements de police et il encourt des responsabilités en matière pénale. Pour constater que, dans le cas spécial, la réaction du droit public se produit, on appelle encore l'Etat le fisc.

Naturellement, les exemples les plus simples nous sont fournis par les administrations fiscales: mais la réaction se produit aussi vis-à-vis de l'administration publique, partout où les manifestations de l'activité de celle-ci sont identiques à celles d'un particulier, et toutes les fois qu'elle ne représente pas un intérêt public de valeur égale ou supérieure. Dans ce dernier cas, on se plaît à dire que ce n'est pas le fisc que l'on a devant soi, mais bien l'autorité, ou un droit de supériorité, ou l'Etat.

Ed altrove (pag. 77) lo stesso autore: « Toutes les activités de l'administration ne revêtent pas les formes des institutions juridiques du droit administratif. Le principe est resté que l'Etat et les corps d'administration propre sont, dans une certaine mesure, *soumis au droit civil* ».

La limite n'est pas très difficile à fixer, à la condition qu'on sache ce qu'est le droit public et ce qui est propre aux formes des institutions du droit public.

On n'a plus besoin aujourd'hui de recourir au droit civil comme au seul moyen d'avoir un ordre juridique dans les rapports entre l'Etat et le sujet.

La raison pour laquelle le droit civil est applicable à l'Etat est simplement qu'il est bon et naturel de présumer que ce qui est "égal par nature", doit aussi être réglé également. Nous voyons donc qu'il n'est pas nécessaire que la loi civile déclare expressément qu'elle s'appliquera à l'Etat lui-même. Il va sans dire que la règle de la loi civile touche l'Etat, dès que l'Etat est dans les conditions pour lesquelles la loi a établi ses prescriptions. La loi civile ne vise directement que les rapports des particuliers entre eux; il faut donc que l'Etat, pour que le droit civil lui soit applicable, entre dans un rapport identique à celui qui s'établit entre particuliers.

Il ne peut s'agir ici que de l'application des règles du *droit pécuniaire*; car pour les droits de famille, des personnes et des successions, l'administration ne se présente jamais dans les rapports correspondants.

Mais, en disant que le droit civil pécuniaire seul peut devenir applicable, nous n'admettons pas qu'on dénature cette règle, en dé-

clarant que l'Etat est soumis au droit civil toutes les fois qu'il s'agit de sa fortune, d'une question d'argent et de ce qui s'achète à prix d'argent.

Il y a, pour les matières de ce genre, des règles du droit civil et des règles du droit administratif. Pour que les premières trouvent leur application, il faut que l'Etat, dans le rapport économique à régler au point de vue du droit pécuniaire, se soit conduit comme un particulier: il faut qu'il ait fait un acte d'économie privée.

Il est incontestable que la sphère d'action du droit civil par rapport à l'Etat est délimitée dans le sens que nous venons de dire. On exprime cette idée de différentes manières; pour l'essentiel, on revient toujours au même point.

Mais ce serait une erreur que de croire avoir ainsi une formule permettant de résoudre toutes les difficultés de délimitation réciproque. Quand l'Etat fait-il des actes d'économie privée comme un particulier? Lorsque, par exemple, l'Etat vend des marchandises, la chose est facile à reconnaître; et *vice-versa*, quand l'Etat impose des contributions, la solution contraire se manifeste clairement.

La difficulté apparaît lorsque l'on se trouve dans la sphère intermédiaire: quand l'Etat prend des individus à son service, lorsqu'il concède des entreprises publiques ou des avantages spéciaux sur des choses publiques, lorsqu'il admet les individus à profiter de ses services publics et leur fait payer des taxes, lorsqu'il devient lui-même débiteur d'indemnités, lorsqu'il accorde des subventions, etc., alors notre formule générale devient insuffisante.

⁶ « Stimo utile, scrive il Mortara (op. cit., volume, I, pag. 178 in nota), un chiarimento: il divieto riguarda ogni sorta di atti amministrativi, io dico, cioè anche quelli di gestione; ma non ogni atto compiuto da un organo amministrativo.

« L'ATTO CHE ASSUME FORMA CONTRATTUALE, O ALTRA REGOLATA DAL DIRITTO CIVILE, PUÒ ESSERE ANNULLATO DAL MAGISTRATO; ma non può esserlo la deliberazione dell'autorità amministrativa ond'ebbe origine quell'atto, quantunque essa a sua volta, secondo la nomenclatura corrente, sia atto di gestione » (vedi n. 148).

Vero è, che qui si distingue l'atto contrattuale, od altro di natura civile, dalla deliberazione amministrativa e si dice che quello, e non questa, possa essere annullato dall'autorità giudiziaria. Ma quando si annulli l'atto contrattuale, cui solo mirava la deliberazione amministrativa, di questa che cosa rimane? Rimane la deliberazione nella sua parte formale, ma senza il suo contenuto giuridico. Ed in questo senso, nel senso, cioè, che nella sua materialità formale, l'atto amministrativo non possa essere revocato o modificato, se pur la parola sia andata talvolta ai di là del pensiero, la Corte di Cassazione non ha mai messo in dubbio.

⁷ Il criterio della separazione della competenza tra l'autorità giudiziaria e il Consiglio di Stato in sede di legittimità è, come tutti sanno, molto incerto.

La formola prevalente è che non si ha riguardo alla pronuncia domandata, se di annullamento di atti o di condanna nei danni, ma alla *causa petendi*. E si distingue poi questa secondochè si tratti di diritti o di interessi legittimi, per attribuire i primi alla competenza giudiziaria, gli altri alla competenza della IV Sezione. Questa dottrina può essere accettata, in difetto di altra più precisa; ma non bisogna disconoscere, che essa offre non poche difficoltà nella sua applicazione. Diritti e interessi legittimi sono entrambi interessi tutelati dalla legge: pei primi ciò è vero per definizione; pei secondi la cosa risulta dal testo medesimo dell'art. 22 della legge sul Consiglio di Stato 17 agosto 1907 dove si parla di *interessi di individui o Corpi morali giuridici*, che possano invocare a loro favore una violazione di legge o un vizio di incompetenza od eccesso di potere, i quali pure si risolvono in violazione di una legge, almeno nel suo spirito.

Questo essendo il *genere prossimo* dei diritti e degli interessi legittimi occorre determinare la *differenza specifica* per poterne dare la esatta definizione. Si può dire abbastanza esattamente che gli interessi sono diritti quando la protezione della legge è accordata con immediato riguardo alla volontà e personalità del subbietto e con norme precise la cui applicazione escluda ogni criterio di discrezionalità tecnica, ossia ogni criterio tecnico valutato nei riguardi delle esigenze della pubblica amministrazione. Invece gli interessi sono semplicemente interessi legittimi quando trovano protezione occasionale nella legge, cioè quando la legge non sia scritta nei riguardi della volontà e persona nel loro subbietto, nonchè quando le norme giuridiche richieggano per la loro applicazione criterii di discrezionalità tecnica. (F. CAMMEO, *Giurisprudenza Italiana*, 1909, parte III, col. 161, nota).

Certamente, se la tutela del diritto subbiettivo è l'occasione e al tempo stesso il confine della attività esercitata dalla giurisdizione per la difesa del diritto obbiettivo, da ciò deriva che a seconda della diversa qualità dei diritti subbiettivi debba essere proporzionato e determinato, nei singoli casi, l'effetto particolare dell'attività che li protegge. Laonde, se il diritto subbiettivo pubblico individuale, che è, o si crede, minacciato o leso dalla funzione governativa ha un contenuto speciale non possedente virtù di esigere un'azione, o prestazione, o di esigere invece l'astensione da un'azione, bensì soltanto abilitante il cittadino ad esigere che l'atto del Governo sia compiuto con la garanzia di certe forme, o per mezzo di certi organi, la tutela giurisdizionale non potrà oltrepassare i fini da un simile contenuto assegnati. Il che non nega nè il suo carattere nè la sua efficacia, ma afferma ed attua quello e questa secondo le circostanze del caso e sempre in armonia coi principii generali.

Per virtù di simile osservazione ci troviamo a fronte, direttamente, con la famosa distinzione fra « diritti » ed « interessi » che nel diritto pubblico italiano ebbe ed ha tuttavia un posto così importante da non potersi sorvolare al suo esame. (MORTARA, vol. I, pag. 39).

Il Vacchelli (pag. 350, 367 e 419). Altro è il campo del diritto, quello cioè che deve essere rispettato in modo assoluto dalla pubblica amministrazione, e rispetto al quale è illogico parlare di potere discrezionale, altro è il campo dell'interesse particolare curato dall'amministrazione sul quale si estendono le competenze della pubblica amministrazione.

Il primo, vale a dire il diritto, è intangibile e deve, occorrendo, essere difeso dal giudice; il secondo, cioè l'interesse, appunto perchè subordinato all'esercizio di un'autorità, è sempre materia di competenza discrezionale e non può mai essere materia di giudizio.

La distinzione dunque fra diritto e interesse nel senso sovra ricordato è una naturale e logica conseguenza dell'ordine di idee costituenti la tendenza che si va esponendo, e va intesa, come si vedrà meglio in seguito, da un punto di vista puramente subiettivo dell'individuo. Veri diritti sono tutti quelli che la legge protegge e difende, interessi, invece, tutte le infinite aspirazioni che possono svolgersi e manifestarsi anche come semplici desiderî di un qualunque individuo. Interessi soltanto sono quindi anche quei vantaggi del privato che l'amministrazione contempla come formanti parte del suo compito nel cercare il benessere degli amministrati e che si propone di raggiungere *per quanto è possibile*, stante le forze di cui dispone, e *per quanto è compatibile* con l'adempimento di altri uffici e il conseguimento di altri interessi, tra i quali non si può stabilire un ordine assoluto e costante di coordinazione e subordinazione.

Si è voluto insistere a dimostrare che la distinzione fra diritti e interessi, fondata sul solo criterio dell'azione, non può essere quella seguita dal nostro legislatore, perchè essa si trova accettata, come presupposto delle teoriche esposte dalla maggior parte degli autori che hanno scritto in materia. Il predominio degli studi di diritto privato e di diritto romano, il considerare il diritto da un punto di vista essenzialmente individualista, hanno portato a prescindere dal concetto organico dello Stato, e si è creduto di poter stabilire la distinzione fra diritti e interessi come se lo Stato e le funzioni dell'amministrazione non ci fossero e non ci entrassero per nulla.

Crediamo invece che a spiegare la distinzione quale fu assunta dalla nostra legislazione, così dalla legge del 20 marzo 1865, come dalle più recenti sulla giustizia amministrativa, le quali dichiararono in diverse occasioni espressamente di non volere derogare al sistema iniziato nel 1865, sia necessario risalire, non già alla concezione del diritto privato e ai tradizionali insegnamenti delle scuole di questo, ma alla genesi storica e ai lineamenti dello Stato costituzionale moderno.

Lo Stato, oltre segnare i confini fra il lecito e l'illecito, stabilisce quali sono le utilità che devono essere curate con le facoltà che in proprio saranno esplicate dai privati, siano essi individui o enti collettivi. Tutta questa somma di utilità, esplicate dai privati, e determinate nella loro qualità e quantità dalla legge, costituisce il campo dei diritti che lo Stato difende. Ma vi sono molte altre utilità e vantaggi individuali e collettivi (i quali non sono, ben si noti, tutti i vantaggi individuali e collettivi materialmente pensabili e che realmente potrebbero esplicarsi), dei quali lo Stato, a seconda degli ideali di progresso, del grado di coltura e dei mezzi disponibili, assume esso stesso la cura e la custodia.

E ciò lo Stato fa in diverso modo, sia provvedendovi con l'amministrazione centrale, sia con gli enti locali, sia con gli altri istituti, e chiedendo talora in vario modo il concorso degli individui che possono essere alla loro volta maggiormente avvantaggiati dalla soddisfazione di tali utilità.

Il concetto di interesse e di affari corrisponde appunto a questa somma di utilità individuali e collettive, che in diversa maniera sono affidate alla cura e alla direzione dello Stato. In relazione infatti a tale concezione abbiamo veduto che non entrano nel campo dei diritti politici le prestazioni a titolo pubblico che sono oggetto delle funzioni dello Stato, come l'istruzione, l'assistenza, la sicurezza, la viabilità, ecc., le quali per la stessa ragione non possono formare oggetto nemmeno di diritti individuali. Salve, dunque, le eccezioni già ricordate, dove l'utilità è affidata alle stesse facoltà individuali ivi è questione di diritto; dove invece entra in campo la cura e l'ufficio dell'amministratore nel ricercare il vantaggio pubblico o particolare, ivi è soltanto questione di interessi, la difesa dei quali normalmente non è affidata all'autorità giudiziaria, ma alla stessa autorità amministrativa.

La nostra legislazione, dunque, presuppone un complesso di diritti dei cittadini verso lo Stato; se e come questo complesso sia preciso e definito, vedremo a suo tempo, intanto importa notare che il diritto del cittadino è sempre considerato eguale in sostanza e in potenza, all'infuori dei diritti non vi sono che interessi. I diritti come tali sono difesi, come normalmente è difeso il diritto, cioè col mezzo dell'azione giudiziale avanti ai giudici ordinari; i secondi, perchè non sono diritti, non hanno azione e sono rimessi alla cura dell'autorità amministrativa perchè li coordini e contemperi quanto è possibile.

A questa prima norma generale, il sistema della legislazione italiana introdusse alcune limitazioni e varianti che si possono raggruppare in tre categorie delle quali talune derivano dalla stessa legge del 20 marzo 1865, altre da leggi posteriori, le ultime da leggi precedenti le quali furono dalla medesima legge 20 marzo 1865 conservate.

Innanzi tutto, in via eccezionale, furono mantenute per la difesa di taluni diritti organi giurisdizionali diversi dall'autorità giudiziaria,

quali la Corte dei conti, il Consiglio di Stato ed altre speciali giurisdizioni amministrative. Taluni diritti, quantunque riconosciuti tali, furono, sebbene in via provvisoria, affidati alla cura dell'autorità amministrativa, salvo una eccezionale concorrenza di difesa giurisdizionale ordinaria esperibile solo dopo i provvedimenti amministrativi.

Finalmente furono create giurisdizioni amministrative di carattere generale anche per la difesa di interessi, senza però che coll'attribuire a questi una speciale forma di azione si intendesse togliere ad essi il carattere di interessi e convertirli in diritti, siccome potrebbe a prima vista far pensare la nota definizione della scuola, che il diritto non sia che un interesse protetto da azione, e ciò per la natura impropria e limitata efficacia di tali giurisdizioni di cui qui non è il caso di discorrere.

E l'Orlando (*La Giustizia Amministrativa*, pag. 655):

« L'idea generale da cui occorre muovere è la seguente: la difesa degli interessi dei cittadini verso gli atti della pubblica autorità che quegli interessi abbiano ingiustamente leso, costituisce uno dei compiti dell'amministrazione stessa. Nella complessità delle attribuzioni che gli spettano, nella molteplicità degli organi che tali attribuzioni esercitano, non disconviene alla natura di un potere sovrano di ammettere che la negligenza, l'imperizia, la parzialità, se non pure il dolo, di alcuno di coloro che ricoprono un ufficio pubblico, possano danneggiare illegittimamente l'interesse di un suddito: e rientra pure negli scopi di quel potere e conviene alla dignità di esso di provvedere al rimedio, dando largamente modo al cittadino danneggiato di far valere le proprie ragioni cui si assicura un coscienzioso esame ed un ben ponderato giudizio.

« Il concetto che lo Stato nella sua onnipotenza sovrana, deve essere guidato dalla giustizia e che il monarca stesso deve, spontaneamente o su denunzia, curare che l'azione dell'autorità esercitata in nome di lui rispetti non solo i diritti, ma gli interessi dei sudditi, ha una grande importanza anche negli Stati assoluti e contribuisce molto a creare quella figura speciale, più o meno propria di quelle forme di governo, per la quale il sovrano ha un carattere non solo giuridico, ma etico ed anche religioso ».

⁸ Ed è, in relazione al diritto pubblico, antecedente, un segnalato progresso questo, una nuova e più che altra mai efficace affermazione del carattere dello Stato libero. In quanto che, esaminando nell'intrinseca sua indole la nuova categoria dei diritti subbiettivi per siffatta guisa costituiti, non è malagevole rilevare come essi si contrappongono alla discrezionalità illimitata, o male limitata prima, della funzione amministrativa. Questa non cessa di essere discrezionale per gli atti e gli scopi a cui le leggi reputano necessario che lo sia, ma il cittadino, come tale, o come interessato personalmente negli effetti

dell'atto amministrativo, ha ormai acquistato il diritto di pretendere che il potere discrezionale sia esercitato « con legittimità ». E qualora siffatto requisito manchi, il diritto subbiettivo alla legittimità dell'atto rimane offeso: onde sorge l'azione per promuovere, mercè l'intervento della funzione giurisdizionale, la restaurazione del diritto obbiettivo in relazione al caso particolare, cioè al diritto subbiettivo violato. Anche qui, innanzi alla giurisdizione si delinea il contrasto di due attività o di due volontà; anche qui l'opinione di un diritto subbiettivo si può trovare in antitesi con l'opinione di un diritto subbiettivo opposto, sempre nei limiti della questione di legittimità dell'atto amministrativo; e la funzione giurisdizionale interviene pronunziando la parola che risolve il conflitto, che dichiara il contenuto della norma giuridica controversa, e impone silenzio alla volontà contraria a questa norma. (MORTARA, vol. I, pag. 53).

E a pag. 55:

« Ma fin qui la nostra legislazione non aveva ancora conferito ai singoli alcun diritto pubblico subbiettivo per guarentire a loro favore la « legittimità » degli atti e provvedimenti discrezionali dell'amministrazione; questa era semplicemente guarentita dal ricorso amministrativo ordinario e straordinario. Con la legge 2 giugno 1889 e con la istituzione, da questa sancita, della IV Sezione del Consiglio di Stato, il nostro diritto pubblico entrò in un nuovo stadio. La legge sulla giustizia amministrativa, del 1° maggio 1890, ne proseguì lo svolgimento. A quegli « interessi » che dapprima potevano « sperare e invocare » protezione, fu data la podestà di « esigerla »; e nella IV Sezione del Consiglio di Stato, come nelle Giunte provinciali amministrative, furono costituiti gli organi aventi l'obbligo di fornire questa protezione.

« Di fornirla, ben inteso, dentro i limiti e secondo la natura del diritto subbiettivo guarentito. Il quale, quando consista semplicemente nella facoltà di « esigere » che i provvedimenti discrezionali dell'amministrazione abbiano il suggello della « legittimità », non può dar vita ad altra giurisdizione che a quella di annullamento, come fu spiegato di sopra.

« Per quanto contenuta dentro questi limiti, la nuova funzione del Consiglio di Stato sostituendosi a quella del principe, già stabilita dall'art. 9, n. 4, della legge 20 marzo 1865, allegato D, ha vero e proprio carattere giurisdizionale. Credo di averlo dimostrato e non voglio ripetermi. Per concretare però alcune speciali considerazioni sulla legge del 1889 è mestieri considerarne particolarmente l'art. 24 il quale dispone: « Spetta alla Sezione IV del Consiglio di Stato di decidere sui ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere, o per « violazione di legge, contro atti o provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano « per oggetto un interesse di individui o di enti morali giuridici,

« quando i ricorsi medesimi non siano di competenza dell'autorità giudiziaria, nè si tratti di materia spettante alla giurisdizione od alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali ».

« La riserva contenuta nell'ultima proposizione denota chiaramente che qui, per regola, non vengono in esame quegli interessi che implicano facoltà di « esigere » o di « proibire » atti determinati della pubblica amministrazione, vale a dire quei diritti che eliminano o circoscrivano il potere discrezionale della funzione governativa, bensì soltanto gli interessi che se non possono lagnarsi del danno patito per un atto « legittimamente » compiuto dall'amministrazione, possono tuttavia lagnarsene di fronte ad un atto compiuto « illegittimamente ». Ma se la prima categoria d'interessi conteneva veri e propri diritti subbiettivi anche prima della legge del 1889, la seconda ricevette tale contenuto dalla legge stessa.

« E i diritti subbiettivi che questa introdusse, sono perfettamente conformi a quelli riconosciuti nel diritto pubblico francese come materia della giurisdizione sull'eccesso di potere; sono i diritti di « esigere » non già che un atto amministrativo si compia o non si compia, bensì la esecuzione di esso abbia luogo secondo le forme prescritte dalla legge, o rispettivamente sia impedita se avviene in modo non ossequente alle medesime ».

⁹ Da un punto di vista generale, scrive l'Orlando (op. cit., pag. 728 e 645), potrebbesi innanzi tutto considerare, che mentre l'autorità giudiziaria è competente sui diritti subbiettivi, la competenza amministrativa per l'illegittimità dell'atto è diretta al fine di mantenere, obbiettivamente, il diritto.

Il concetto, teoricamente, ci proviene dalla letteratura tedesca, dove, per altro, è ben lungi dall'avere quel carattere assoluto ed onnicomprensivo che qualcuno vi ha dato in Italia. G. Mayer accenna, come competenza dei Tribunali amministrativi, a controversie « nelle quali non si tratta per nulla, *della difesa di una sfera giuridica individuale, ma esclusivamente del mantenimento di obbiettive prescrizioni giuridiche* ». E il Mayer dice che « si fa avanti sempre più decisamente il principio che l'amministrazione della giustizia amministrativa può anche servire semplicemente al *diritto obbiettivo*, all'ordinamento giuridico da mantenere.

La verità è che la scuola tedesca è spinta a tali esami dalla necessità di conciliare l'esistenza di una giurisdizione amministrativa — da cui il senso giuridico moderno non può prescindere — con i precetti autoritari che in quella scuola dominano e di cui è precisamente una manifestazione la ripugnanza ad ammettere che un privato possa far valere un suo diritto, contro un atto compiuto in nome dello Stato nell'esercizio dei poteri sovrani. E il maggiore dei giurpubblicisti tedeschi contemporanei non aveva, forse, recisamente affermato

che l'amministrazione della giustizia in quanto si riferisce ad atti dell'amministrazione pubblica, ha per compito esclusivo la difesa non di diritti individuali, ma dell'ordinamento giuridico?

Nulla di più comodo, a tal uopo, che escogitare una giurisdizione esercitantesi nel campo obbiettivo.

.....
Quanto abbiamo detto può permetterci di trarre qualche conclusione utile al nostro studio ulteriore. Dalla manifestazione scientifica dei sentimenti e dei bisogni dominanti in Italia circa il regolamento della difesa dei privati verso l'atto amministrativo, scaturisce, quasi senza controversia, questa idea fondamentale: considerare la legge del 1865 non già cattiva in sè stessa ma bensì incompleta; e così, mentre tutti si augurano una riforma, nessuno vuole che sia eliminata o attenuata la difesa giurisdizionale da quella legge concessa, ma tutti credono necessario provvedere alla difesa di altri eventuali rapporti che la legge esistente lasciava pressochè sprovvisti di ogni garanzia.

E l'accordo riscontra pure per quanto riguarda i nessi tra tale riforma e le necessità ed i bisogni politici e sociali dello Stato italiano.

Il consentimento è pure universale, per quanto riguarda il modo generico di provvedere, e cioè mediante la restaurazione di organi e di riti destinati ad amministrare giustizia nel campo stesso del potere esecutivo. Invece è minore l'accordo, per quanto riguarda i criteri di competenza di questo novello contenzioso amministrativo. Si avverte genericamente che bisogna tutelare *interessi* e non *diritti*, appunto perchè a questi ultimi provvedeva la difesa giurisdizionale dei tribunali ordinari, che si voleva lasciare intatta.

Ed il Vacchelli (pag. 302):

« Se è facile dire che cosa si intende per diritto subbiettivo in contrapposto a diritto obbiettivo, è altrettanto difficile lo stabilire quando si abbia e fino a qual punto sussista un diritto subbiettivo in una determinata persona; senza contare che nei rapporti fra il cittadino e lo Stato, per le ragioni a suo tempo esposte, quel concetto di diritto subbiettivo, che è così semplice nei rapporti fra privati, diventa vario e complesso, come ne fa prova lo sforzo, non ancora completamente riuscito, di trovare un sistema di classificazione dei vari e multiformi diritti subbiettivi pubblici. Ma, posto anche che tali difficoltà potessero superarsi, resta sempre che il concetto di diritto subbiettivo serve soprattutto, in tal modo inteso, a delimitare il campo della giurisdizione dal campo della discrezione della pubblica autorità; dove cioè, come la mobilità dell'interesse pubblico non consente il formarsi di un diritto del cittadino, il quale richiede per sua stessa ragione di essere la costante e permanente difesa di un determinato interesse, così si rende impossibile una completa attuazione di rimedi giurisdizionali. Non sarà dunque per sè stesso il concetto del diritto subbiettivo utile nel distinguere la giurisdizione del giudice ordinario da quella

dei tribunali amministrativi, giacchè anche i tribunali amministrativi pronunciano su diritti subbiettivi dei cittadini nel più ampio senso della parola, salvo quando sono semplici controlli amministrativi. Pertanto il criterio in parola serve piuttosto come limite negativo, tanto per il giudice civile, come per il giudice amministrativo per pronunciare la mancanza di azione, anzichè come norma sufficiente a distinguere la competenza del giudice ordinario da quella del giudice amministrativo ».

¹⁰ La legge del 1865, che è sempre in questa materia, legge fondamentale, già ebbi altra volta ad accennarlo, pone chiare e nette le mentovate distinzioni nei suoi articoli secondo e terzo.

Che se alle parole: *atti di pura amministrazione riguardanti interessi individuali e collettivi*: che si leggevano nell'articolo 3 del progetto (9 maggio 1864) della Commissione vennero sostituite le altre: *affari non compresi nell'articolo precedente*: fu unicamente perchè, come ne fan fede le ampie discussioni che vi ebbero luogo, si volle adoperare una formola più generica e comprensiva, la quale non lasciasse così possibilità di dubbio che, tutte le vertenze, qualunque si fossero, nelle quali non si facesse questione di un diritto civile o politico, rientrasero nelle attribuzioni della autorità amministrativa; non già, perchè s'intendesse abbandonare il criterio organico e direttivo a cui erasi informato il progetto.

Una splendida conferma si rinviene nei lavori, che precedettero la legge sui conflitti del 31 marzo 1877, ove si rileva che, tutti gli eminenti giureconsulti i quali vi presero parte, presupposero sempre come indiscutibile che, l'oggetto ed insieme il limite della competenza della autorità giudiziaria, di fronte all'attribuzione dell'autorità amministrativa, fosse quello segnato dalla distinzione fra diritto ed interesse.

In tale condizione di cose, e quando sulla esistenza del su enunciato concetto legislativo, non veniva mosso dubbio nella dottrina, e si adagiava ed esplicava costantemente la giurisprudenza, sorse il pensiero di provvedere, e fu provveduto, al bisogno, già precedentemente sentito e segnalato, di una *giustizia amministrativa*; ma si volle e dichiarò formalmente che, questa non potesse in alcuna guisa offendere o limitare la competenza dell'autorità giudiziaria, e dovess' intendere solo a dare un giudice, tolto e costituito nel seno stesso dell'Amministrazione, per tutti quelli affari, ossia interessi, che prima per l'articolo 3 della legge del 1865 erano attribuiti alle autorità amministrative.

« Fin qui, disse l'onorevole relatore della Commissione alla Camera, avemmo i Tribunali ordinari, giudici del diritto, avremo ora un nuovo istituto, che deve pronunziare, non sopra diritti, ma sopra interessi ».

Donde gli articoli 24 e 40 della legge 2 giugno 1889; 1, 2, 15 e 19 di quella successiva 17 agosto 1890, che codesto pensiero, codesto obbietto, codesto limite rispecchiano.

« Certo, osserva l'Orlando (op. cit., pag. 785), se si consideri l'intenzione del legislatore, quale può desumersi dai lavori preparatori, bisogna ritenere che l'obbietto proprio della competenza, coll'art. 24 fondata, si riferisse e quindi si limitasse appunto a quelle materie che non essendo sussidiate da un'azione giudiziaria per la legge del 1865, erano sprovviste di ogni difesa contenziosa: interpretazione che sarebbe confermata dall'inciso finale dello stesso art. 24 « quando i ricorsi medesimi non siano di competenza dell'autorità giudiziaria ».

« Sono molto notevoli in quella relazione (dei 14 giugno 1884 fatta dall'on. Lacava) le tracce della preoccupazione dei membri di essa che potesse rivivere il contenzioso amministrativo abolito con la legge 1865, o restare vulnerata in qualsiasi parte la competenza attribuita all'autorità giudiziaria ».

“ La difficulté — observe opportunamente il Mayer (op. cit., vol. I, pag. 277) — commence seulement avec la question suivante: quand y a-t-il rapports de droit civil? quand y a-t-il rapports du droit public? Ici, en effet, il ne s'agit pas d'appliquer des textes de loi, mais de comprendre la nature juridique du rapport. Or, cette nature même varie et subit des transformations à peine perceptibles. Nous nous trouvons en ce moment en plein travail pour tirer les conséquences des changements intervenus dans la nature du droit public. Nous croyons, il est vrai, pouvoir dire exactement ce qui, à l'époque actuelle, doit être entendu dans le sens du droit civil et ce qui doit l'être dans le sens du droit public. La conviction de ce qui seul répond à la vérité gagne toujours plus de partisans. Mais, à côté de cela, il est un fait incontestable, à savoir que la compétence des tribunaux est *aujourd'hui encore* aujourd'hui encore maintenue sur la base de la délimitation du droit civil et de la contestation de droit civil, qui répondent à la manière de voir propre au régime de la police telle que nous l'avons exposée au ci-dessus.

Faut-il vouloir provoquer ici une révolution dans le sens d'une réélisation de la doctrine nouvelle? Ou bien faut-il plutôt corriger cette doctrine en conséquence? Ni l'un ni l'autre. Il faut nous en tenir à ceci, que la sphère du droit civil est autrement délimitée, pour l'appréciation du droit matériel, que pour la contestation de droit civil qui en dépend. Pour cette dernière, en effet, elle est fixée par des règles de droit positif qui se sont interposées.

Quand une loi expresse a été rendue qui dit: les contestations résultant de rapports de droit civil seront portées devant les tribunaux, elle renvoie sans aucun doute à la doctrine relative à la délimitation de ces rapports. Mais elle ne donne pas un blanc-seing que l'on peut remplir discrétionnairement; elle adopte comme partie de ses propres dispositions la doctrine existante à l'époque. Il en est de même d'une loi qui constitue simplement des tribunaux civils: ceux-ci sont constitués tacitement pour des contestations de droit civil: sont considérées comme

contestations de droit civil les contestations résultant de rapports de droit civil, et comme rapports de droit civil ceux que reconnaît la manière de voir propre à cette époque. D'ailleurs, tous les règlements qui ont créé jadis l'organisation judiciaire de nos territoires empruntent leurs délimitations officielles des affaires de droit public et des affaires de droit civil plus ou moins directement à la manière de voir du régime de la police à l'époque duquel ils appartiennent. Les réorganisations survenues depuis lors sont censées avoir adopté purement et simplement les délimitations de compétence qui en étaient résultées, à moins qu'elles n'aient statué autrement, ce qui, comme l'on sait, n'a pas eu lieu. En présence de ces faits, la doctrine peut bien déclarer qu'aujourd'hui il faut considérer comme étant de droit public — et l'apprécier en conséquence — ce qui jadis a été considéré comme appartenant au droit civil. **Mais elle n'a pas le pouvoir de dire que cela n'appartient plus aujourd'hui aux tribunaux civils.**

Nous avons, en effet, la loi qui a voulu traiter ces affaires, en ce qui concerne la compétence des tribunaux civils, comme contestations de droit civil; et cette volonté subsiste.

¹² È stato infatti affermato: « che il maggiore inconveniente dell'avere assunto a base della legge una teorica che in essa non esiste, non deriva tanto dalla incertezza della distinzione tra atti di gestione ed atti d'impero, al che un progressivo consolidamento della dottrina e della giurisprudenza potrebbe ovviare, quanto dagli effetti che dalla dottrina medesima derivano, relativamente alla misura della difesa giurisdizionale dei diritti dei cittadini e del valore costituzionale della medesima. Allorchè si ritiene, siccome abbiamo nel precedente paragrafo sostenuto, che allorquando si tratti di difendere il diritto di un cittadino o di altro ente nei limiti di cui al precedente capitolo, l'autorità giudiziaria sia competente a giudicare e possa, occorrendo, anche rifiutarsi dall'applicare un atto che riscontri non conforme alle leggi, è evidente che la costituzione offre nel giudice ordinario una seria guarentigia al diritto del cittadino ».

« Il Governo potrà, a mo' d'esempio, commettere delle usurpazioni, levare tasse senza il consenso del Parlamento, ecc., ma il giudice potrà rilevare siffatta illegalità nel procedere degli enti, sia amministrativi che politici, pur non potendo, come vedremo fra poco, direttamente opporvisi. Se invece il giudice di fronte all'atto d'impero si dichiara incompetente a giudicare, la garanzia costituzionale sull'operato dell'amministrazione o del Governo che ha lesi i diritti dei cittadini rimane assolutamente impedita fin dal suo nascere ».

« E ove si pongano a confronto le conseguenze della teorica, che distingue gli atti di gestione e gli atti di impero, ai principii informativi della riforma che abbiamo a suo tempo esaminati, si vedrà che tale distinzione appunto contraddice a quella difesa costituzionale da

parte dell'autorità giudiziaria, che si voleva rimanesse nella nostra legislazione affermata ».

« Dall'applicazione poi del principio della incompetenza giudiziaria per gli atti di impero, resta inoltre fatta una inconcepibile posizione alla difesa dei diritti in confronto di quella data agli interessi, intesi nel senso di cui al precedente capitolo. Infatti, mentre gli interessi sono difesi dalla giurisdizione amministrativa esercitata dalla IV Sezione del Consiglio di Stato, anche contro gli atti di impero, ad eccezione di quelli che rivestono il più particolare carattere di provvedimenti politici, i diritti restano affatto indifesi, stante l'incompetenza giudiziaria, non solo per gli atti politici, ma anche per gli atti amministrativi emessi *iure imperii* ».

« Mentre, data la opinione da noi sostenuta, resterebbe nell'equilibrio dei rapporti costituzionali bene giustificato: che il diritto vero e proprio del cittadino, avente il massimo di consistenza giuridica, è difeso contro qualunque atto non conforme alla legge; laddove gl'interessi, ossia le utilità commesse alla cura della pubblica amministrazione devono rimanere giustamente ristrette nella difesa giurisdizionale in quei casi dove l'elasticità dell'azione dello Stato, propria delle materie politiche, rende impossibile attenersi alle norme stabilite per i casi ordinarii ». (VACCHELLI, pag. 439 e 493).

Ma, in verità, la Corte di Cassazione non ha mai intesa così la distinzione tra atti di gestione ed atti d'impero, nè mai ha ritenuto che solo degli atti di gestione, e non mai degli atti d'impero l'autorità giudiziaria sia competente. Ha detto soltanto, ed ha detto benissimo, che quando il diritto venga offeso da un atto di gestione, il magistrato abbia sulla relativa controversia piena competenza, sicchè possa e debba anche annullare l'atto offensivo del diritto, mentre quando l'atto offensore sia un atto di governo, o d'impero, l'autorità giudiziaria, se non può revocare e modificare l'atto medesimo, possa però sempre conoscere degli effetti, ossia della offesa che codesto atto arrechi al diritto, e condannare l'amministrazione all'*id quod interest*, qualora l'amministrazione non prescelga di revocare l'atto stesso.

Il De Falco, che fu onore e lume della magistratura italiana, nel suo stupendo discorso del 3 gennaio 1884 (pag. 26), plaudiva appunto alla giurisprudenza della Cassazione di Roma, che, senza far distinzione tra atti di gestione ed atti d'impero, o di alto governo, riconosceva la civile responsabilità dello Stato e la proponibilità della relativa azione avanti i Tribunali, là dove l'interesse leso sia dalla legge elevato alla dignità di diritto.

E questa giurisprudenza si è sempre sino ad ora mantenuta costante, come tra le tante, rilevasi da una sentenza a Sezioni Unite, pronunciata nel 1898, ove fu detto:

« È vero che l'atto d'impero, in quanto si attiene al criterio con cui l'autorità amministrativa abbia creduto nella sua prudenza e discrezione di provvedere alla cosa pubblica, sfugge all'esame dell'autorità

giudiziaria, ma da tutto ciò non segue che, se per tutelare l'interesse pubblico sia sacrificato il diritto del terzo, questi non abbia ad esserne per nessun verso indennizzato — come non lo fu ancora il De Stefani — ovvio essendo che se non può fare appello al principio di cui all'articolo 1151 del Codice civile, mancando l'atto ingiusto che possa rimproverarsi all'autorità, quando questa ha esplicato legittimamente il suo *jus imperii*, egli trova la ragione dell'indennizzo nell'altro principio di ragione comune, che non consente che la cosa pubblica si avvantaggi col danno del privato.

« E se questo indennizzo non può negarsi, forza è riconoscere che lo si possa domandare innanzi l'autorità giudiziaria, che per gli articoli 2 e 4 della legge sul Contenzioso amministrativo, è la sola competente a conoscere della lesione di un diritto civile occasionato dall'atto amministrativo, con la sola limitazione che non possa nè modificare nè revocare l'atto, e debba restringersi a conoscere dei suoi effetti in relazione all'oggetto dedotto in giudizio ». (*Giustizia amministrativa*, 1898, parte III, pag. 45 e seg.).

I quali principii sono stati poi sempre sino ad oggi costantemente seguiti ed applicati, come può rilevarsi da tutte le effemeridi legali.

¹³ L'immixtion des tribunaux dans l'administration était également très grande; au dix-huitième siècle elle apparut comme un procédé systématique de représailles contre l'intervention de la royauté dans la justice; un abus entraîna l'autre: de là entre la royauté et les Parlements, pendant tout le dix-huitième siècle, un conflit qui n'a pris fin qu'à la Révolution. Indépendamment du droit qu'ils avaient de faire sous le nom d'arrêts en commandement de véritables règlements administratifs, les Parlements s'étaient arrogé le pouvoir de citer les administrateurs à leur barre, de critiquer leur administration, et de leur tracer une ligne de conduite à suivre à l'avenir, se comportant à leur égard exactement comme auraient pu le faire de vrais supérieurs hiérarchiques, et accomplissant à proprement parler des actes d'administration. (JACQUELIN, *Les principes dominants du Contentieux administratif*, pag. 23 e 24).

¹⁴ La Constituante connaissait trop bien les envahissements et les usurpations des Parlements sur l'administration pour s'abstenir de prendre toutes précautions à ce sujet. Aussi la loi des 16-24 août 1790 vint disposer de la façon suivante: « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions ». Deux textes postérieurs vinrent reproduire cette prohibition faite aux tribunaux. Ce fut d'abord la constitution de 1791, tit. III, ch. V, art. 3, qui s'exprimait ainsi: « Les tribunaux ne peuvent s'immiscer dans l'exer-

cice du pouvoir législatif, ou suspendre l'exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux des administrateurs pour raison de leurs fonctions ». Enfin, à propos d'une affaire particulière, un décret du 16 fructidor an III répéta la même injonction en ces termes: « Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit ». (JACQUELIN, op. cit., pag. 25).

¹⁵ La justice administrative a d'ailleurs traversé au cours de ce siècle des fortunes diverses, et à certaines époques elle a même vu son existence compromise.

Placée, sous les deux Empires, dans le sein même de la constitution, soumise au contraire, sous les Chartes, au régime des ordonnances, la juridiction administrative supérieure se trouve aujourd'hui, comme sous la République de 1848, dans le domaine des lois ordinaires; la loi fondamentale à l'heure actuelle est celle du 24 mai 1872. Sous ce rapport, le Conseil d'Etat, envisagé dans son rôle de juridiction administrative suprême, a suivi le sort du Conseil d'Etat, envisagé dans son rôle de conseil d'administration et de gouvernement.

D'un autre côté, abstraction faite des attaques nombreuses et répétées des jurisconsultes et des publicistes, la justice administrative, considérée dans son ensemble, s'est trouvée en butte à celles que dirigèrent contre elle à plusieurs reprises les pouvoirs publics. La première de ces attaques se place au milieu de l'époque où la juridiction du degré supérieur, soumise au régime des ordonnances, était l'objet des critiques les plus vives de la part des libéraux de la Restauration.

Cependant lors de la discussion de la loi du 3 mars 1849 sur le Conseil d'Etat, à la séance de l'Assemblée législative du 23 janvier 1849, fut proposé un amendement, appuyé, il est vrai, de quelques voix seulement, qui tendait à la suppression pure et simple de la justice administrative et à la translation de ses attributions aux tribunaux judiciaires. La discussion de la loi du 21 juin 1865 sur les Conseils de préfecture donna lieu à un fait analogue dans la séance du Corps législatif du 23 mai 1865. Mais c'est après 1870 que l'existence de la justice administrative fut le plus gravement compromise. Un décret du 18 septembre 1870, rendu par le gouvernement de la Défense nationale, avait institué une commission chargée d'examiner la question de la suppression de la juridiction administrative, et c'est en ce sens qu'à l'unanimité se prononça cette commission. A l'Assemblée nationale fut aussi proposée le 29 avril 1871 la suppression des Conseils de préfecture; mais les rapports d'ailleurs favorables à cette suppression, présentés à l'Assemblée nationale le 14 juin 1872 au nom de la commission de décentralisation, et le 3 décembre 1872 au nom de la commission des services administratifs, ne furent pas adoptés en discussion publique, et la juridiction administrative fut maintenue (JACQUELIN, op. cit., pag. 49).

¹⁶ « Una opinione (VACCHELLI, op. cit., pag. 355) che non è completamente accettabile da un punto di vista scientifico, ma che ciò non ostante indicava esattamente uno stato di cose allora sussistenti, era che, nel contenzioso amministrativo, l'amministrazione fosse ad un tempo giudice e parte, e ciò solo bastava ad indurre in chiunque la convinzione che quei tribunali non potessero costituire una garanzia del diritto del cittadino, e nemmeno considerarsi come corpi giudiziari, capaci di perfezionamento e di sviluppo ».

« Come avviene nelle vicende di molte istituzioni, si può dire che sia accaduto presso di noi per il contenzioso amministrativo. Per essere i tribunali del contenzioso amministrativo malamente ordinati, se ne trasse la conseguenza che i tribunali amministrativi si dovevano senz'altro abolire. Veramente si sarebbe anche potuto pensare a migliorarli, ad ordinarli in modo che presentassero maggiori guarentigie, onde non si manifestasse più l'inconveniente che a volte si avesse a confondere il giudice e la parte. Ma questo ordine di idee, che fu quello che prevalse in Francia, e, iniziato dal Macarel e dal De Cormenien, produsse l'attuale assetto della giurisdizione amministrativa in Francia, non ebbe il sopravvento presso di noi. Non mancarono, è vero, tentativi in questo senso e se ne vedrà meglio fra poco, esaminando i singoli progetti che precedettero la riforma del 1865; fu, fra gli altri, valoroso sostenitore di questo ordine di idee il Cordova, ma non senza ragioni tali tentativi non incontrarono il generale acconsentimento ».

¹⁷ « In Italia, l'adozione del sistema — teoricamente così liberale e così lodevole — della giurisdizione unica, si è verificata mentre il potere giudiziario versava in condizioni opposte a quelle da noi ora immaginate e che trovano, invece, un così mirabile riscontro nella Francia, spiegando così il perchè sia colà prevalso e durato il sistema più rigoroso del *contentieux administratif*. A noi ripugna assolutamente di farci l'eco dei molti e gravi dubbi che si sono elevati sulla generica corrispondenza fra il valore della magistratura italiana e il compito altissimo che le è affidato. Ma, senza mancare al rispetto dovuto, potremo bene rilevare il fatto indiscutibile che, per quanto riguarda l'esercizio della giurisdizione amministrativa, parecchi dei presupposti teorici, ricevuti fra gli scrittori, si sono, in Italia, verificati al rovescio ».

« È un presupposto teorico quello di una magistratura anelante a sovrapporsi e ad imporsi al potere esecutivo, cupida di appropriarsene le prerogative o di limitarle in suo vantaggio. In Italia, è successo precisamente l'opposto: e la magistratura ha dimostrato, in generale, una considerevole timidità nell'esercizio delle attribuzioni che pareva limitassero la libertà del potere esecutivo. Certo, non giova negare che a ciò possa contribuire la deficiente indipendenza dei membri del

potere giudiziario di fronte all'esecutivo: l'inaffidabilità di quelli è resa insufficiente, essendo limitata all'ufficio e non alla residenza. Inoltre, la molteplicità dei gradi, in cui si distingue la carriera del magistrato, fa sì che questi abbia molto da sperare: ciò che, in pratica, finisce con determinare sentimenti analoghi a quelli di chi abbia molto da temere.

Ma, a parte le considerazioni di simil genere, — che alcuno esagera, cadendo in un difetto opposto, — la verità è che l'autoritarismo è, direi quasi, germogliato naturalmente dai sentimenti dominanti nel corpo della magistratura italiana. Le cause sono molto e complesse: ad enumerarle e svilupparle tutte occorrerebbe un trattato di psicologia politica. Manca affatto, fra noi, quello spirito di corpo che la lunga tradizione storica ha reso così energico nella magistratura francese. Al contrario, per il modo di sua formazione, per la sua costituzione interna, il magistrato appare un « funzionario » il quale, lungi dal considerarsi in antagonismo col « funzionario » dell'ordine amministrativo, vede in questo piuttosto un collega ed un compagno. Lo spirito di corpo agisce dunque al rovescio di quel che teoricamente poteva suporsi e crea piuttosto solidarietà che antagonismo.

Per queste ed altre ragioni su cui preferiamo di non insistere, non può negarsi — ed è impressione generale — che la magistratura italiana attuò il compito affidatole dalla legge del 1865, in maniera affatto difforme dallo spirito liberale da cui quella riforma era animata.

Certo, un'esposizione di casi speciali, che dimostrino questo assunto, sarebbe interessante; ma ci menerebbe troppo per le lunghe e non sarebbe, del resto, necessaria, poichè quell'impressione è, ripetiamo, generale. Tuttavia se si vuol fare un fugace ricordo di tutte le questioni più *vexatae* nella scienza, relativamente ai vari rapporti giuridici fra lo Stato e i cittadini, si rileverà subito che la tendenza dominante nella giurisprudenza italiana è sempre nel senso autoritario. (ORLANDO, op. cit., pag. 635 e 637).

¹⁸ Veggansi specialmente le note critiche di G. S. pubblicate a pagine 73 e 642 della Rivista giudiziaria *La Legge*, vol. II, anno XXXVII.

¹⁹ Basta per convincersene leggere i seguenti progetti di legge, che sono stati preceduti ed accompagnati da elaborate relazioni e discussioni:

Projet de loi relatif à la suppression des Conseils de préfecture et à la création de tribunaux administratifs régionaux.

Art. 18. Sont transférées aux tribunaux civils, les attributions contentieuses des Conseils de préfecture concernant:

1° Les ventes nationales, et, d'une manière générale, les actes d'aliénation des biens du domaine de l'Etat;

2° Les contestations relatives à la jouissance des biens communaux et aux conditions d'aptitude exigées des ayants droit;

3° L'interprétation et l'exécution des baux des sources minérales ou thermales appartenant à l'Etat;

4° Les contestations entre les communes et les propriétaires de halles, relatives à la location de ces bâtiments;

5° Les contestations entre les communes et les fermiers ou régisseurs intéressés, relatives à l'interprétation et à l'exécution de leurs conventions en matière d'octrois, de droits de place dans les foires et autres droits de même nature.

Art. 19. Les tribunaux civils exercent les pouvoirs conférés aux conseils de préfecture en matière de mainlevée d'hypothèques.

Projet de la Commission du Conseil d'Etat « relatif à la compétence des tribunaux judiciaires et administratifs » (novembre 1891).

Art. 1^{er}. Les tribunaux civils connaîtront, en se conformant aux règles ordinaires de leur compétence et de leur procédure:

1° De l'interprétation des actes d'aliénation des biens du domaine de l'Etat, à l'exception des ventes dites nationales, des concessions prévues par l'art. 41 de la loi du 16 septembre 1807, et des concessions domaniales faites en Algérie et aux colonies;

2° Des contestations relatives à la jouissance des biens communaux et aux conditions d'aptitude exigées des ayants droit;

3° De l'interprétation et de l'exécution des baux des sources minérales ou thermales appartenant à l'Etat;

4° Des difficultés entre les communes et les propriétaires de halles concernant la location de ces bâtiments;

5° Des difficultés entre les communes et les fermiers ou régisseurs intéressés, relatives à l'interprétation et à l'exécution de leurs conventions en matière d'octrois, de droits de place dans les foires et autres droits de même nature;

... 8° Des actions en indemnité prévues par l'art. 3 de la loi du 31 mai 1865 pour l'interdiction de la pêche ou l'établissement d'échelles dans les barrages;

... 10° Des actions en indemnité intentées par application de l'art. 3 de la loi du 22 juin 1854, à raison des servitudes établies autour des magasins à poudre de la guerre et de la marine;

11° Des actions en indemnité intentées par application de l'article 10 de la loi du 15 juillet 1845, sur la police des chemins de fer pour dommages autres que la suppression des constructions;

12° Des actions en indemnité intentées en vertu de l'art. 46 de la loi du 21 avril 1810 sur les mines.

Proposition Flourens (19 janvier 1903).

Art. 5. Les attributions contentieuses confiées par l'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII au Conseil de préfecture en matière de do-

maines nationaux et de travaux publics sont transférées aux tribunaux civils, qui les jugeront suivant les formes ordinaires.

Proposition Morlot (7 avril 1903).

Art. 14. Les contestations relatives au domaine national et toutes les autres difficultés pour lesquelles le Conseil de préfecture était compétent seront dorénavant jugées par les tribunaux judiciaires lorsqu'elles naîtront d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit, et seront déférées directement au Conseil d'Etat lorsqu'elles constitueront une simple réclamation contre un acte de l'administration.

Les tribunaux judiciaires devront toutefois surseoir à statuer lorsque la solution du litige dépendra de l'interprétation d'un acte administratif et renvoyer préjudiciellement les parties devant qui de droit pour obtenir cette interprétation.

Art. 15. Les affaires déferées aux tribunaux judiciaires en vertu de l'article précédent seront jugées dans les formes indiquées par la loi du 22 juillet 1889 sur la procédure devant les Conseils de préfecture.

L'appel sera porté devant la Cour dans les formes ordinaires, sous réserve du ministère facultatif des avoués et sans amende de fol appel.

Il en sera de même devant la Cour de Cassation.

Projet de loi du 22 juin 1907 (M. Clémenceau).

Art. 13. § 2. Sont transférées aux tribunaux ordinaires les attributions contentieuses des Conseils de préfecture concernant :

- 1° Les ventes nationales ou domaniales ;
- 2° Les baux des sources minérales appartenant à l'Etat ;
- 3° Les baux des halles communales appartenant à des particuliers ;
- 4° Les baux passés entre les communes, les fermiers et les régisseurs intéressés des droits d'octroi, des droits de place dans les halles et marchés et des droits de pesage, de mesurage et de jaugeage ;
- 5° Les litiges en matière d'affouage.

L'art. 14 accorde à tous les litiges le bénéfice de la loi du 22 juillet 1889, sur la procédure à suivre devant ces Conseils de préfecture.

²⁰ Veggansi, fra altro, le note di F. Cammeo nella *Giurisprudenza Italiana*, parte III, pag. 52, anno 1908, e parte III, pag. 161, anno 1909.

²¹ Come già è stato accennato nella precedente nota n. 12, non si può muover censura all'autorità giudiziaria di *debolezza e dedizione*, nell'esplicamento delle sue attribuzioni giurisdizionali, a difesa e garanzia dei diritti dei cittadini verso gli atti della pubblica autorità, se

non disconoscendo o fraintendendo i pronunziati della sua giurisprudenza. Per quanto le sia stata contesa, e le si contenda sempre la competenza a conoscere della legalità e legittimità degli atti o provvedimenti amministrativi concernenti diritti, con esclusione assoluta di ogni altro magistrato, salvo quelli pei quali siano costituite speciali giurisdizioni, l'ha sempre mantenuta e difesa vigorosamente contro ogni attacco ed usurpazione che volevasi operare.

La Cassazione di Roma è andata anzi più in là quando ancora la giustizia amministrativa non erasi costituita, ed ha giudicato allora che, anche se gli atti e provvedimenti concernessero semplici interessi e rientrassero quindi nel potere discrezionale delle pubbliche autorità amministrative, si potesse ricorrere all'autorità giudiziaria per la illegittimità dei detti atti e provvedimenti, ossia per incompetenza per eccesso di potere o per violazione di legge. Perocchè, come ebbe a dichiarare l'Auriti, discutendosi il progetto della legge sui conflitti di attribuzione, nella tornata della Camera dei deputati del 1° maggio del 1874:

« Si era detto ordinariamente così: *quando l'autorità amministrativa procede con eccesso di potere, o senza le forme prescritte, fuori dei limiti ad essa assegnati, e col suo atto lede l'INTERESSE di un cittadino, questo interesse evidentemente in tal caso DIVENTA UN DIRITTO*; la sua qualità di diritto l'attinge da quelle forme, da quei limiti, da quelle garentie tutelari, che la legge prescriveva all'autorità amministrativa, e che furono violati. *Se il privato reclama per riconoscimento di questo diritto, L'AUTORITÀ GIUDIZIARIA È COMPETENTE* perchè giudica dell'atto del potere amministrativo, *non nell'esercizio di facoltà prudenziale attribuita ad esso dalla legge, ma bensì nel rapporto coi precetti imperativi della legge, e coi diritti offesi del cittadino, e far rispettare i primi e tutelare i secondi è compito proprio della magistratura* ».

E così infatti erasi sempre giudicato dalla Cassazione di Roma sino al 1889, e basta leggere, tra le altre, la sentenza dei 23 aprile 1883, Miraglia presidente, Giudice relatore ed estensore, P. M. De Falco (concl. conformi) riportata dalla Corte Suprema a pagina 485 dell'anno VIII:

« Considerando, ivi si legge, che il Tribunale, in quanto alla questione della competenza dell'autorità giudiziaria, disse, che se era cosa indiscutibile la non ingerenza dell'autorità giudiziaria negli atti del Sindaco, messi a tutela della pubblica sanità, era pur vero che questi atti, per essere autorevoli, debbano avere le condizioni e le forme volute dalle leggi, e che l'esame della legalità di essi entri nelle attribuzioni dell'autorità giudiziaria...

« Considerando, che certamente la sentenza impugnata non potrebbe essere riprovata da questa Corte regolatrice, in quanto al principio che vi si vede affermato nel cominciamento delle sue considerazioni di diritto, quelle cioè di aversi dalle giurisdizioni ordinarie la compe-

tenza a valutare la legalità dell'atto amministrativo senza della quale l'atto amministrativo viene a mancare di autorità, e resta soggetto alla ordinaria giurisdizione. Imperocchè questo esame ha carattere giuridico, e forma oggetto appunto della questione stessa di competenza, che allora può dirsi mancare alla giurisdizione ordinaria, quando l'atto amministrativo sia autorevole e lo è quando esso è stato emesso dall'autorità amministrativa nei limiti delle sue attribuzioni, e nelle condizioni e colle forme prescritte dalle leggi.

« Considerando che non così la detta sentenza apparisce incensurabile allorchè, discendendo ad esaminare il merito della legalità del provvedimento sanitario dato dal Sindaco di Origgio per la deviazione del rigagnolo che attraversava l'abitato di quel Comune, ed a cui era stata attribuita una delle cause della patita infezione tifoidea petecchiale dell'anno 1879, affermava che quell'atto come illegale mancasse di autorità amministrativa, perchè sarebbe stato dato dal Sindaco, senza averne le attribuzioni e senza le condizioni e le forme volute dalle leggi.

« Imperocchè, innanzi tutto, non può dirsi che il Sindaco di Origgio fosse rimasto esautorato dalle deliberazioni del Consiglio comunale, dalle relazioni delle Commissioni e Consigli sanitari e dalle prescrizioni del delegato sanitario, emesse ad occasione della malattia del 1879; ed egli invece conservava integre le attribuzioni che gli sono affidate dalla legge comunale cogli art. 103 e 104 nell'interesse della pubblica igiene e dagli art. 1, 28 e 29 della legge sulla pubblica sanità, che affidano ai sindaci la tutela e la polizia sanitaria, non che la vigilanza in materia igienica, estensibile alla rimozione degli oggetti che siano cagione d'insalubrità. Per lo che è chiaro che il Sindaco emetteva il provvedimento in quistione nei limiti delle sue attribuzioni ».

Non è quindi esatto che, come venne affermato e si afferma tuttavia, la difesa e tutela della legittimità negli atti e provvedimenti amministrativi concernenti semplici interessi, non avesse, a termini della legge del 1865, altro presidio che quello del ricorso gerarchico, e solo per effetto della legge del 1889, art. 24, sia stata costituita ed elevata ad un vero diritto soggettivo, ossia ad un interesse protetto da azione esperibile davanti la giurisdizione amministrativa. L'osservanza delle forme, il rispetto dei limiti delle proprie e delle altrui attribuzioni nello esplicamento dei poteri discrezionali delle diverse autorità amministrative, se pur toccassero semplici interessi, costituiva anche prima della legge del 1889 un vero e proprio diritto, con questa differenza però, che, mentre prima poteva e doveva farsi valere innanzi alla autorità giudiziaria, devesi ora far valere innanzi alla giurisdizione amministrativa.

Onde fu già fatto osservare, sin dal 1897, che non fosse esatta la opinione che, con la istituzione della giustizia amministrativa, nulla fosse

stato sottratto alla competenza dell'autorità giudiziaria, quale risultava dalla legge del 1865, e dall'altra del 1877.

Nelle relazioni del Ministero, come in taluna delle relazioni delle Commissioni sulle due leggi del 1889 e del 1890, e nelle discussioni tenutesi nei due rami del Parlamento, a calmare forse le preoccupazioni di coloro, che temevano venisse a mancare ai privati pei loro diritti, di fronte all'Amministrazione, la garanzia e tutela dei Tribunali, si rinvenivano infatti frequenti ed esplicite dichiarazioni in codesto senso, le quali trovano anche un tal quale riscontro e fondamento nella lettera delle succitate disposizioni.

La verità tuttavia è che, se prima delle nuove leggi, e quando non esistevano che Tribunali ordinari, ai quali erano demandate tutte le materie nelle quali si facesse questione di diritto, ed autorità amministrative, a cui erano attribuiti tutti gli affari, nei quali di diritto non fosse contesa, doveva naturalmente ritenersi, e fu sempre ritenuto nella giurisprudenza, che tutte le questioni di legittimità, anche quando si riferissero a provvedimenti emessi sopra materie prettamente amministrative, nelle quali non poteva verificarsi se non offesa o pregiudizio d'interessi, rientrassero nella esclusiva competenza dell'autorità giudiziaria; posteriormente tutte codeste questioni attinenti alla legittimità dell'atto o provvedimento amministrativo, diretto a governare e regolare semplici interessi, e che sono senza dubbio vere e proprie questioni di diritto, non più ai Tribunali, bensì al magistrato amministrativo siano state attribuite.

Lo disse il Ministero nella sua relazione (10 aprile 1888) alla Camera, sebbene poi soggiungesse che, *con ciò non si veniva punto a diminuire la competenza dell'autorità giudiziaria*; lo espose lucidamente la dottissima relazione dell'ufficio centrale del Senato; risulta da precise disposizioni dell'una e dell'altra legge. Le quali statuiscano, che al magistrato amministrativo incomba decidere sopra i ricorsi, che abbiano bensì per oggetto un interesse d'individui o di enti morali giuridici, ma vengano prodotti per incompetenza, per eccesso di potere, o per violazione di legge, aggiungendosi che *le sue decisioni debbano essere motivate in conformità delle leggi che regolano la materia*.

Per lo che fin d'allora mi parve doversi ritenere, che non si possa più oggi affermare, come prima con ragione si affermava, che ogni questione di diritto sia demandata alla competenza giudiziaria, poichè vi sono invece tutte le questioni, prettamente giuridiche, riguardanti la legittimità o meno degli atti o provvedimenti, che tocchino od offendano semplici interessi, le quali sono demandate alla giurisdizione amministrativa.

La forma risente sempre della natura propria del soggetto a cui si riferisce, e le forme tutelari degli interessi risentono necessariamente della natura di questi, costituendone, potrebbe dirsi, il complemento, nella stessa guisa che sono parte integrante dei diritti, e dalla natura

propria dei diritti, ritraggono il loro modo di essere le forme, che a garanzia e tutela di essi sono dalla legge stabilite; quindi al legislatore è parso logico che, le questioni che sorgono sulle une, come le questioni che sorgono sulle altre, debbano anch'esse, nel loro esplicarsi, seguire rispettivamente, le prime la procedura e competenza amministrativa, le seconde la procedura e competenza giudiziaria.

Secondo questo, che ritenni e ritengo il vero pensiero legislativo, la linea di divisione tra le due competenze è sempre quella, che separa le questioni di diritto perfetto, dalle questioni di semplice interesse, comprendendo però tra queste anche le questioni di forma, legalità e legittimità dell'atto o provvedimento amministrativo, che a semplici interessi si riferisce, e comprendendo tra quelle tutte e sole le questioni di forma, o di sostanza, sollevate in ordine ad atti e provvedimenti dell'autorità amministrativa, i quali tocchino ed offendano, direttamente od indirettamente, *veri e propri rapporti giuridici individuali o soggettivi*, sia che abbiano il loro fondamento nel privato, sia che lo abbiano nel pubblico diritto.

Le questioni di forma e di legittimità insomma dovranno, agli effetti di determinare la competenza, considerarsi come questioni attinenti ad interessi quando si riferiscano a provvedimenti concernenti semplici interessi; dovranno invece considerarsi come questioni di diritto, quando la materia, su cui cadono gli atti, della cui legalità si discute, sia materia sostanzialmente giuridica.

Ed è ben chiaro che, adottandosi tale principio, non si possa nei singoli casi determinare la competenza per l'uno, piuttosto che per l'altro magistrato, senza ricercare insieme con l'oggetto anche la *causa petendi*, il titolo della domanda; poichè come ogni effetto dalla sua causa, così la domanda e, con la domanda, la controversia che si solleva, prende forma e natura specifica di domanda e questione di diritto perfetto, o di domanda e questione di semplice interesse, dalla speciale causa donde deriva, dal titolo sopra cui si fonda, mentre l'oggetto per sè solo ed indipendentemente dal titolo, non ne rivela, non ne pone mai in evidenza il carattere vero ed effettivo: nè si possa mai dal magistrato amministrativo conoscere di una domanda, che, sebbene abbia per oggetto la revocazione o l'annullamento dell'atto o provvedimento, si poggi però sopra un diritto perfetto, essendo evidente che, per decidere, se meriti o no accoglimento la domanda di revocazione o di annullamento, si debba necessariamente giudicare del titolo, ossia diritto su cui la domanda è fondata. Ciò che dal magistrato amministrativo non potrebbe farsi, senza invadere il campo del magistrato giudiziario, e senza far sorgere così la possibilità di un conflitto, non puramente teorico, ma pratico e sostanziale, tra il giudicato dell'uno e quello che fosse per emettersi dall'altro, ove, esaurito il giudizio amministrativo, alle parti piacesse, trattandosi di un diritto, rivolgersi anche all'autorità giudiziaria.

In questi sensi si è sempre spiegata e mantenuta la giurisprudenza della Cassazione di Roma, e credo che così, se pur non si trovi all'unisono con talune elevate aspirazioni della scienza, si rispecchi però in essa il pensiero legislativo attuale, che è quello a cui solo la Corte di Cassazione deve mirare.

²² Veggansi le osservazioni dell'Auriti, del Mantellini, del Pisanelli e del Mancini nelle tornate della Camera dei deputati del 1° e 2 maggio 1876 sul progetto, che poi divenne legge del 31 marzo 1877, sui conflitti di attribuzioni.

²³ Per rilevare quanto il contenzioso amministrativo francese sia nel suo complesso ordinamento organico e nei suoi speciali atteggiamenti, piantato e costituito diversamente dal nostro, basterà leggere questi brevi cenni del LAFERRIÈRE (*Juridiction administrative*, volume I, pag. 15 e seguenti):

« Les pouvoirs des tribunaux administratifs n'ont pas la même nature et la même étendue dans toutes les matières contentieuses. Ce sont, selon les cas: des pouvoirs de *pleine juridiction*, comportant l'exercice d'un arbitrage complet, de fait et de droit, sur le litige; — ou des pouvoirs d'*annulation* limités au droit d'annuler les actes entachés d'illégalité, sans que le juge administratif ait le pouvoir de les réformer et de leur substituer sa propre décision; — ou des pouvoirs d'*interprétation*, consistant uniquement à déterminer le sens et la portée d'un acte administratif ou à apprécier sa valeur légale, sans faire l'application de l'acte aux parties intéressées; — ou enfin des pouvoirs de *répression* consistant à réprimer les infractions commises aux lois et règlements qui protègent le domaine public et en assurent la destination légale ».

« *Contentieux de pleine juridiction*. — Cette première branche du contentieux administratif comprend de nombreuses catégories d'affaires dans lesquelles la juridiction administrative exerce les pouvoirs les plus larges. Elle est juge du fait et du droit, elle prononce entre l'administration et ses contradicteurs comme les tribunaux ordinaires entre deux parties litigantes; elle réforme les décisions prises par l'administration, non seulement quand elles sont illégales, mais encore lorsqu'elles sont erronées; elle leur substitue des décisions nouvelles; elle constate des obligations et prononce des condamnations pécuniaires.

« A cette division du contentieux administratif se rattachent les contestations qui s'élèvent entre l'administration et les particuliers, au sujet de divers contrats intéressant la marche des services publics et dont le contentieux a été réservé à la juridiction administrative par des dispositions de lois générales ou spéciales. Tels sont: les marchés passés pour l'exécution des travaux publics, sans qu'il y ait lieu de distinguer si les travaux sont exécutés par l'Etat, les départements,



les communes ou les établissements publics; les marchés de fourniture, mais seulement lorsqu'ils sont passés par l'Etat; les conventions intervenues entre l'Etat et les particuliers en matière d'emprunts, d'émissions et de conversions de rentes et d'autres opérations du Trésor public; et d'une manière générale les conventions d'où résulte une créance contre l'Etat, à moins qu'elles n'aient le caractère de contrats prévus et régis par le droit privé.

« Outre les engagements nés des contrats, le contentieux de pleine juridiction comprend les débats qui s'élèvent sur les obligations pécuniaires de l'Etat nées des autres sources d'obligations, des quasi-contrats, des quasi-délits, de la loi. Telles sont les réclamations d'indemnités formées contre le Trésor public à raison de faits imputables à l'Etat ou de fautes commises par ses agents; celles qui ont pour objet des dommages causés par les travaux publics, par les occupations de terrains et les extractions de matériaux se rattachant à ces travaux, quelle que soit l'administration qui les fasse exécuter; telles sont encore les réclamations relatives aux traitements, soldes et pensions des fonctionnaires civils et militaires.

« Appartiennent enfin au contentieux de pleine juridiction les contestations qui s'élèvent au sujet d'opérations administratives d'où résultent des obligations ou des droits: comptabilité publique; assiette et recouvrement de l'impôt direct et des taxes assimilées; partages de biens communaux; recrutement; opérations électorales, etc.; notons toutefois que le contentieux du recrutement et celui de la comptabilité publique ressortissent, pour l'exercice de la pleine juridiction, à des tribunaux spéciaux (Cour des comptes, conseils de révision), dont la compétence ne s'étend pas à d'autres natures d'affaires.

« *Contentieux de l'annulation.* — Lorsque les actes et décisions de l'administration ont le caractère d'actes de commandement et de puissance publique, ils ne peuvent pas être revisés et réformés par la juridiction administrative; ils ne peuvent être qu'annulés, et seulement pour illégalité, non pour inopportunité ou fausse appréciation des faits. Le seul recours contentieux qui puisse être dirigé contre les actes de cette nature est le recours à fin d'annulation qui porte le nom de *recours pour excès de pouvoir*.

« Le Conseil d'Etat, associé après l'an VIII à cette attribution d'ordre gouvernemental, l'étendit progressivement aux différents cas d'illégalité que sa jurisprudence réunit sous la dénomination générale d'*excès de pouvoir*: incompétence, vice de forme, violation de la loi, abus d'un pouvoir légal détourné de sa destination régulière.

« Les pouvoirs d'annulation et de cassation que la juridiction administrative supérieure exerce à l'égard des actes administratifs, s'appliquent également à des décisions ayant un caractère juridictionnel, lorsque ces décisions émanent de juridictions spéciales statuant en dernier ressort, telles que la Cour des comptes, les conseils de révi-

sion, le conseil supérieur de l'instruction publique. Les décisions rendues par ces tribunaux spéciaux ne relèvent pas du Conseil d'Etat en appel, elles ne peuvent pas être revisées et réformées par lui; mais elles peuvent être cassées si elles sont entachées d'incompétence, d'excès de pouvoir et, dans certains cas, de violation de la loi, c'est-à-dire d'erreur de droit.

« *Contentieux de l'interprétation.* — L'interprétation litigieuse des actes administratifs rentre dans le contentieux de ces actes; par suite, elle est réservée à la juridiction administrative, alors même qu'elle se discute entre parties privées, au cours d'une contestation relevant des tribunaux judiciaires. Le débat qui s'élève sur l'interprétation de l'acte administratif invoqué dans un litige judiciaire, se distingue et se détache du fond même de ce litige; il le tient en suspens jusqu'à ce que la question préjudicielle d'interprétation ait été résolue par le juge compétent. Il en est de même si la contestation engagée devant les tribunaux judiciaires, au lieu de porter sur l'interprétation de l'acte administratif, porte sur sa validité. Dans un cas comme dans l'autre, l'acte administratif est en cause: de là l'intervention du juge administratif.

« Il est à remarquer que si le débat préjudiciel a porté sur la validité de l'acte administratif et si l'acte est reconnu illégal, la décision de la juridiction administrative qui constate et déclare cette illégalité n'a nullement pour effet de mettre l'acte à néant. N'intervenant que comme élément d'un jugement à rendre par un autre tribunal, elle laisse subsister l'acte même qu'elle condamne. A ce point de vue, le contentieux de l'interprétation diffère essentiellement du contentieux de l'annulation: l'un et l'autre peuvent porter sur une question identique, celle de savoir si l'acte administratif contesté est ou non légal et valable; mais tandis que le pouvoir d'annulation permet de mettre l'acte à néant comme conséquence de son illégalité reconnue, le pouvoir d'interprétation ne permet d'émettre qu'une simple déclaration d'invalidité.

« *Contentieux de la répression.* — Les contestations qui rentrent dans cette dernière division du contentieux administratif diffèrent des précédentes en ce qu'elles ont pour objet immédiat non des actes ou décisions de l'autorité administrative, mais certains actes émanés de particuliers et dénoncés comme illicites par l'administration qui en requiert la répression. Ces actes sont ceux qui portent atteinte à l'intégrité et à la destination légale de la grande voirie, — c'est-à-dire de la partie du domaine public qui comprend les voies de communication naturelles ou artificielles servant à la circulation générale: routes de terre, voies ferrées, cours d'eau navigables ou flottables, canaux, ports maritimes, rivages de la mer, — ainsi que de divers ouvrages que la loi a placés sous le même régime de protection légale, tels que les ouvrages de fortification, les lignes télégraphiques, les travaux d'endigement dûment autorisés, etc....

« L'atteinte portée à ce domaine et à ces ouvrages constitue une infraction spéciale dite *contravention de grande voirie*, dont la répression et la réparation sont confiées à la juridiction administrative ».

E la enorme differenza tra la legislazione francese e la italiana spicca ancora più chiara ed evidente, se si tien conto del modo in cui siasi svolta la giurisprudenza in Francia.

« D'après une jurisprudence constante et une doctrine unanime, scrive Jacquelin (op. cit, pag. 26 e 27), la règle d'après laquelle les tribunaux ne peuvent pas s'immiscer dans l'administration a été poussée jusque dans ses conséquences extrêmes, au point de répudier tout caractère de réciprocité. Elle ne signifie pas seulement qu'il est interdit aux tribunaux d'accomplir des actes de l'administration active, comme autrefois les Parlements; elle signifie en outre qu'il leur est défendu d'apprécier la légalité de tout acte administratif ou même de l'interpréter, de sorte qu'ils sont incompétents pour juger les litiges qui s'élèvent entre les particuliers et l'administration. « Il semble que dans cette conception l'on considère que juger un procès de cette nature, ce n'est pas encore faire autre chose qu'administrer. La pratique a donc fait dériver de la prohibition pour les tribunaux de s'immiscer dans l'administration la règle de leur incompétence générale à l'égard du contentieux administratif. Et cette règle entraîne une double conséquence: d'une part les tribunaux judiciaires doivent s'abstenir de statuer en pareille matière à moins qu'un texte spécial ne soit venu leur accorder expressément la connaissance d'un litige particulier; d'autre part ils ne peuvent même pas interpréter un acte administratif, ni apprécier sa légalité, lorsque cet acte est en jeu incidemment au cours d'un procès purement judiciaire, d'un procès entre deux particuliers, pour lequel par suite ils sont compétents; dans ce cas les tribunaux judiciaires doivent surseoir à toute procédure jusqu'à ce que l'interprétation de l'acte administratif ou que la question de sa légalité ait été tranchée par l'autorité administrative compétente pour en connaître; il y a lieu alors à une question préjudicielle devant laquelle s'arrête la compétence des tribunaux ordinaires. Tel est le sens, telle est la portée à l'heure actuelle de la prohibition contenue dans les textes de 1790, de 1791 et de l'an III qui ont été rapportés plus haut ».

²⁴ Il Giorgi, a pag. 413 del 1° volume della *Dottrina delle persone giuridiche*, ha scritto:

« Non questa cosa io qui la dico in aria, senza averci prima pensato bene; ma la dico in conseguenza dell'avere osservato, che il senno del Supremo Consesso giudiziario ha già saputo moderare perfino l'applicazione dell'art. 2 della legge 1865 sull'abolizione del contenzioso amministrativo: quell'articolo, che nella imprecisione della sua lettera gli avrebbe dato il comodo di appropriare all'ordine giudiziario la cognizione intrinseca di ogni atto amministrativo; quell'articolo, che la

Cassazione di Roma, senza lasciarsi sedurre dalla tentazione, ha ristretto al giudizio di legittimità, rilasciando la cognizione del merito allo stesso potere esecutivo. E con grandissimo accorgimento; se no, l'amministrazione pubblica sarebbe andata tutta quanta in soggezione del giudice.

« Con questo titolo di provata sapienza la Corte Suprema ci affida che il potere giudiziario non oltrepasserà mai i confini della costituzione politica, quantunque a custode e regolatore delle sue attribuzioni non abbia che sè medesimo, ci dimostra che se in Italia la compilazione delle leggi non riesce sempre bene, se ne trova facilmente il correttivo nella prudenza di chi deve applicarle ».

²⁵ Il Consiglio di Stato, come già è stato rilevato nel *Foro Italiano*, nella *Giurisprudenza Italiana* ed in altre Riviste, non si è dipartito dai criterii seguiti sempre dalla Cassazione di Roma, ed in ispecie sul punto che più ha formato e forma tuttavia oggetto di vivaci disquisizioni, se cioè, possa la IV Sezione del Consiglio di Stato conoscere della legittimità o meno dell'atto, o provvedimento amministrativo anche quando concerne diritti e non semplici interessi, osservando che:

« Quali che siano le questioni sollevate con l'attuale ricorso, in sostanza il ricorrente non intende se non di oppugnare e togliere di mezzo un provvedimento ritenuto lesivo di un suo diritto perfetto e dedotto a base dell'azione già spiegata innanzi all'autorità giudiziaria; e però, a tenore degli art. 2 e 4 della legge 20 marzo 1865 sul contenzioso amministrativo, combinati con l'art. 22 della legge organica sul Consiglio di Stato, la vertenza sollevata col ricorso viene a trascendere i limiti assegnati alla competenza di questa sede.

« Non giova obiettare che col ricorso si chiede l'annullamento del decreto, e che tale domanda era estranea all'azione promossa innanzi all'autorità giudiziaria e improponibile innanzi a tale autorità, essendo agevole osservare in contrario che, non dalla semplice formula di una domanda di annullamento, ma dall'intrinseco carattere dei rapporti giuridici, che si pretendono già stabiliti fra le parti, può dipendere la competenza o meno di questa sede a decidere sulla vertenza, mentre altrimenti, attraverso alla forma di una domanda di annullamento non vi sarebbe atto o provvedimento della pubblica amministrazione, che potesse sfuggire al sindacato di questa giurisdizione, e resterebbero praticamente cancellati i limiti che ne prescrivono la sfera di competenza in confronto a quella dell'autorità giudiziaria.

« Basta invece ricordare che la citata disposizione della legge sul Consiglio di Stato non investe questa sede del potere di giudicare in ogni caso circa la legittimità degli atti e dei provvedimenti della pubblica amministrazione, ma ne attribuisce tale cognizione solo in quanto i ricorsi non siano di competenza dell'autorità

giudiziaria; cioè appunto in quanto non si pretenda che gli atti o i provvedimenti abbiano leso un diritto civile o politico e in quanto non sia legalmente possibile difendere, e far valere il diritto stesso mercè azione giudiziaria, essendo nell'ipotesi opposta riservata la facoltà di adire la giurisdizione amministrativa (V Sezione di questo Collegio) posteriormente al giudicato dei Tribunali per ottenere che l'autorità amministrativa si uniforimi al giudicato medesimo in quanto al caso deciso, giusta quanto è prescritto dagli art. 4 della citata legge sul contenzioso, e 23 della legge sul Consiglio di Stato ».

Vi è anzi da notare che la stessa massima è stata adottata anche nei rapporti tra la IV e la V Sezione dello stesso Consiglio di Stato, nel senso che quando il ricorso attenga a materia che rientri nella competenza della V Sezione, sia incompetente la quarta a conoscere pur della sola legittimità dell'atto amministrativo impugnato, come rilevasi dalle seguenti elaborate considerazioni, che leggonsi nella decisione dei 18 marzo 1909, est. Di Fratta, Pres. Inghilleri (*Foro Ital.*, p. 3^a, col. 145):

« Che, preliminarmente ad ogni altra, s'impone anche per questo Collegio la indagine sulla propria competenza a conoscere del proposto ricorso.

« Che sentitasi la opportunità di sdoppiare l'organo supremo della giustizia amministrativa, il patrio legislatore, mentre manteneva a questa IV Sezione la sua funzione normale di giudice di mera legittimità, assegnava alla V Sezione, di nuova creazione, la potestà di giudicare, anche in merito, sui ricorsi relativi alle materie che veniva enumerando, ed in ispecie sui ricorsi riflettenti a tutte le controversie che da qualsiasi legge generale o speciale già fossero deferite alla giurisdizione del Consiglio di Stato anche per il merito (art. 22, 23, n. 21, legge testo unico 17 agosto 1907, n. 638).

« Che se così è, e se nel campo amministrativo, giudicare e decidere anche in merito, vuol dire aver la potestà di rivedere e sindacare ciò che l'autorità avrebbe dovuto fare in ossequio alla legge, e non fare, ciò che, violando la legge, e disconoscendo le precise risultanze degli atti e documenti, l'autorità stessa abbia mal fatto: egli è abbastanza evidente come in tutte le materie contemplate nella citata disposizione dell'art. 23, legge 17 agosto 1907, la questione di legittimità non possa assolutamente scindersi da quella di merito, e che l'una e l'altra debbano, per necessaria connessione, avere lo stesso ed unico giudice.

« Che del resto, se mai un dubbio potesse presentarsi, ritiene questo Collegio che, e per il principio dell'economia dei giudizi, e più ancora poi per la somma convenienza di evitare, nei limiti del possibile, il grave sconcio di giudicati contraddittori, il dubbio stesso dovrebbe sempre venire di preferenza risoluto nel senso che ad una sola delle due Sezioni giurisdizionali di questo Consiglio sia e debba essere devoluta la cognizione di tutte le contestazioni attinenti alla soggetta

materia, qualunque si sia la formula del provvedimento impugnato e quali si siano i motivi dedotti per il suo annullamento; e le discorse cose escludono che, di fronte alla legge vigente, questo giudice possa aversi in questo Collegio.

²⁶ Ecco i punti principali sui quali è tuttavia oscillante e contraddittoria la giurisprudenza:

In tema:

di confisca di armi costituenti corpo di reato (cap. art. 36 Cod. pen.):

- Sentenza 21 luglio 1901, ric. Ferrari
» 17 dicembre 1907, ric. P. M. in causa Bonelli
» 30 aprile 1908, ric. P. M. in causa Iannacchino
» 6 marzo 1908, ric. Barbini
» 24 marzo 1908, ric. Pinzanti
» 25 giugno 1908, ric. Caporali

di oltraggio con minaccia (art. 195 cap.):

- Sentenza 26 nov. 1896, ric. P. M. c. Cristofoli
» 28 genn. 1897, ric. Ferrari
» 1° marzo 1899, ric. Papale Guerrera
» 7 genn. 1901, ric. Mozzetti
» 16 aprile 1903, ric. De Nardo
» 22 dicembre 1903, ric. P. M. in causa Bassetti
» 5 genn. 1904, ric. P. M. in causa Castello
» 27 marzo 1908, ric. Grioni

di sottrazione di oggetti pignorati:

- Sentenza 13 marzo 1891, ric. Saraceno
» 14 nov. 1892, ric. Faelli
» 12 ottobre 1893, ric. Noteglia
» 13 genn. 1894, ric. Bosano-Pelis
» 14 giug. 1895, ric. Mocci
» 17 nov. 1898, ric. Giannone
» 3 maggio 1904, ric. Sgubba
» 20 giugno 1907, ric. Fontana
» 7 genn. 1908, ric. P. M. c. Falconi

di falsa quietanza in vaglia postale o telegrafico:

- Sentenza 4 febb. 1895, ric. Calai
» 3 aprile 1902, confl. in causa Enea
» 23 aprile 1903, confl. in causa Azzolini
» 27 giug. 1904, confl. in causa Brandari
» 29 genn. 1906, in causa Cattaneo
» 27 sett. 1907, ric. Del Favero
» 16 marzo 1908, in causa Lenzi

di ritrattazione nella falsa testimonianza:

- Sentenza 25 giugno 1907, ric. Russo
- » 18 luglio 1908, ric. Vinci
- » 28 dic. 1908, ric. Cirelli e Spadoni

sull'interpretazione dell'art. 3 legge 30 gennaio 1902 sul casellario giudiziario:

- Sentenza 11 dic. 1902, ric. Bolgorini
- » 26 nov. 1904, ric. Bedosti
- » 13 nov. 1905, ric. Scabbia
- » 2 sett. 1906, ric. Chittoni
- » 26 marzo 1904, ric. Felcioli

sulla competenza prorogata del pretore:

- Sentenza 11 aprile 1908, confl. in causa Moroni
- » 5 marzo 1908, confl. in causa Derin
- » 5 nov. 1907, confl. in causa Verrone
- » 26 sett. 1908, confl. in causa Urli

sul termine della interposizione del ricorso della parte civile e del P. M. nel caso di assoluzione dell'imputato:

- Sentenza 2 dic. 1907, causa Bruzzi
- » 9 dic. 1907, ric. P. M. c. Bisso
- » 25 febb. 1908, ric. P. M. c. Terrone
- » 26 marzo 1908, ric. Scarcella

sul termine dell'appello del Procuratore del Re avverso sentenza pretoria:

- Sentenza 25 luglio 1907, ric. Guarini
- » 10 genn. 1908, ric. Melodia
- » 28 genn. 1908, ric. Canu Rocca
- » 5 dic. 1908, ric. P. M. c. Di Casola

sulla mutazione della definizione giuridica del fatto in sede d'appello:

- Sentenza 31 ott. 1907, ric. Cellamare
- » 21 febb. 1907, ric. Panizza
- » 20 luglio 1908, ric. D'Abramo
- » 22 aprile 1909, ric. Cirio
- » 22 genn. 1909, ric. Giribaldi

Le controversie nelle quali più specialmente esiste discrepanza tra le sentenze della I e della II Sezione sono:

In tema di violenza privata e sciopero:

- Sentenza 10 dic. 1908, ric. Franceschini ed altri
» 6 febb. 1908, in causa Benaglia
» 8 luglio 1908, in causa Capugno
» 5 nov. 1908, ric. Ferrari
» 9 genn. 1909, ric. Michelotti

In tema di falsa quietanza in vaglia postale o telegrafico:

- Sentenza 29 genn. 1906, in causa Cattaneo
» 12 maggio 1906, confi. in causa Granaiola
» 8 maggio 1907, confi. in causa D'Alessandro
» 16 marzo 1908, in causa Lenzi
» 29 sett. 1909, confi. in causa Di Bartolomeo

In tema d'interpretazione dell'art. 54 Legge di P. S. e 59 del Regolamento:

- Sentenza 23 nov. 1905, ric. Pusineri
» 13 marzo 1908, ric. P. M. c. Facchia
» 25 genn. 1909, ric. P. M. c. Gai
» 19 genn. 1909, ric. P. M. c. Rosina
» 15 marzo 1906, ric. Ballettini
» 3 nov. 1906, ric. Cansano
» 21 marzo 1907, ric. Tacchinardi
» 18 aprile 1907, ric. P. M. c. Ferri

In tema di condanna condizionale:

- Sentenza 16 agosto 1906, ric. Maiolino
» 23 maggio 1907, ric. Ciotti
» 18 maggio 1908, ric. Proc. Gen. nell'interesse della legge
in causa Laurino
» 3 sett. 1907, ric. Ghiaroni
» 5 maggio 1908, ric. Borella

sulla competenza prorogata del pretore:

- | | | |
|---|---|---------|
| Sentenza 11 apr. 1908, confi. in causa Moroni | } | I Sez. |
| » 5 marzo 1908, confi. in causa Derin | | |
| » 5 nov. 1908, confi. in causa Verrone | } | II Sez. |
| » 9 febb. 1906, ric. Palladino e Cavalletti | | |
| » 2 luglio 1907, ric. Vatasso | | |
| » 10 genn. 1908, ric. Masci | | |
| » 7 sett. 1908, ric. Mazzone | | |

sul termine della interposizione del ricorso della parte civ. e del P. M. nel caso di assoluzione dell'imputato:

Sentenza 25 febb. 1908, ric. P. M. c. Terrone	} II Sez.
» 26 marzo 1908, ric. Scarcella	
» 16 genn. 1908, ric. P. M. c. D'Amato	} I Sez.
» 4 agosto 1908, ric. Bruschi ed altri	
» 2 maggio 1908, ric. Mulsi	

²⁷ La tendenza scientifica odierna, per verità, sembra che si spieghi in un senso affatto opposto alla massima fondamentale di tecnica legislativa: *Optima lex est, quae nullum relinquit arbitrium*. Oggi si pensa che, non essendo possibile nel precetto legislativo prevedere e contemplare tutte le varie e speciali contingenze di fatto, debba essere attribuita al magistrato la facoltà di piegare ed adattare le disposizioni della legge alle diverse e molteplici condizioni e circostanze che siano, nei singoli casi, per verificarsi.

« Un exemple de la liberté judiciaire, scrive il Leroy (*La Loi*, pagine 183 e 175), est donné par l'avant-projet de Code civil suisse, cette œuvre du professeur Huber qui est le plus admirable effort juridique du XIX^e siècle. Tenant compte de la nécessité inéluctable, il accorde au juge des attributions législatives, parce que fonctionnellement il a le mandat de faire prévaloir le droit.

« Une telle règle affirme implicitement que la législation est toujours insuffisante »,

Même dans les cas où le législateur a formulé, déclaré le droit, le juge n'est pas absolument lié par la règle législative: la règle législative doit être conçue de telle façon, écrit M. Huber, que le juge puisse « statuer librement ». Le législateur évitera donc d'édicter, par exemple, des règles, qui ne peuvent être qu'arbitraires, sur les preuves, sur l'estimation des dommages-intérêts, sur l'obligation d'acquitter, sur les nullités du mariage, sur la bonne ou la mauvaise foi, sur la valeur des faits qui peuvent indiquer un relâchement des liens conjugaux, etc. Le rédacteur de l'avant-projet espère qu'il pourra ainsi se former une coutume qui suivra les mœurs et les besoins, mobile comme il convient, laissant au droit toute sa plasticité. La loi est mobilisée. Dans toutes ces parties où cependant, remarque le professeur Huber, « il serait évidemment possible de formuler une règle générale, le juge aura à extraire de la réalité, comme le législateur, la meilleure règle applicable aux cas particuliers ». C'est volontairement donc que le législateur abdique sa souveraineté à la barre des prétoires. « Nulle imitation, nulle science, nul effort d'imagination ne peuvent suppléer aux impérieuses exigences de la vie ». Toutefois l'illustre professeur arrête la liberté du juge en un point précis. « Le législateur doit se souvenir qu'il a charge de donner des ordres et non des conseils ».

Le projet de Code civil allemand, lui aussi, donnait au juge le droit d'interprétation sur l'engagement des parties; librement, mais d'une autre façon. Le juge n'a pas à examiner si les parties ont contracté en pleine connaissance de cause; il n'a pas à rechercher les intentions; mais la déclaration faite, il doit la considérer comme désormais indépendante des parties, il doit la reviser objectivement en quelque sorte, non en vue du seul intérêt individuel, mais en la confrontant avec l'utilité générale, avec la morale courante. Ainsi le juge passe maître du droit des conventions. Ajoutons de plus qu'on rencontre assez souvent au cours du Code, mais peut-être trop rarement, des expressions de ce genre: « Les circonstances de l'espèce décideront si cela est impossible — si cela a peu d'importance, — s'il existe une raison importante, etc. ».

Avec le temps, la Cour de cassation s'écarta de plus en plus de la mission subordonnée dans laquelle avait voulu l'enfermer la Constituante: son rôle s'étend, elle s'érige en arbitre souverain de l'interprétation pratique, elle s'émancipe de la tutelle législative à un tel point qu'elle devient progressivement un véritable législateur au second degré.

Elle apparaît en fait d'abord, en droit ensuite, comme « une activité autonome ». Evolution qui d'ailleurs n'est pas isolée; elle rejoint celle du Conseil d'Etat, qui empiète lui aussi sur le Prince en surveillant ses abus de pouvoir.

Ces deux juridictions prennent donc sur la loi et les législateurs une autorité, qui au début du régime républicain n'appartenait qu'aux seuls mandataires élus de la nation. Dualité par où apparaît le caractère de nécessité de ces changements.

²⁸ La Corte di Cassazione coi suoi responsi, ha scritto il nostro chiarissimo e carissimo Mortara (vol. I, pagina 79), dà ai magistrati, sottoposti al di lei controllo, una serie di norme, delle quali essi sono liberi di tenere un conto maggiore o minore: l'esperienza insegna che il magistrato coscienzioso e prudente senza asservire il proprio pensiero all'autorità della Corte regolatrice, sa in modo e a tempo opportuno prestarle ragionevole ossequio. Nè per altro la stessa Corte di Cassazione è così vincolata dai precedenti propri che non le sia lecito talvolta dipartirsene. Nessuna legge ciò le divieta; soltanto alla grave ponderazione dei magistrati che la compongono è conferito il delicato compito di esaminare se, per un mutamento di interpretazione, militino motivi ragguardevoli e imprescindibili. Senza dubbio, motivi di questa specie possono verificarsi: o perchè una data interpretazione non sia più in armonia con quei bisogni della convivenza civile cui intende provvedere una certa norma giuridica: o perchè lo studio meglio maturato di una questione riveli l'errore della soluzione datale per l'addietro; o perchè l'esperienza additi gravi inconvenienti

pratici nell'antica interpretazione, a cui convenga riparare. In ogni modo è indiscutibile che il mutamento di una massima stabilita dalla Corte di Cassazione e tenuta ferma per lungo tempo può esercitare effetti paragonabili a quelli della modificazione di una legge. Perciò il deliberarlo ha una grande importanza e involge una seria responsabilità. Quando vediamo modificate o ripudiate con soverchia facilità, a brevi distanze di tempo, le massime accolte, peggio ancora, quando vediamo alternarsi nelle successive pronunzie di una Corte di Cassazione, tesi fra loro contrarie, dobbiamo indurne la dolorosa convinzione che quell'alto magistrato non adempia correttamente il proprio ufficio.

La Corte di Cassazione di Francia fu spesso lodata per la sua grande renitenza ad abbandonare una interpretazione di legge, dopo averla con ripetute pronunzie fissata, quand'anche il giudizio comune le sia sfavorevole.

Non a torto essa professa l'opinione che il migliore correttivo ad una giurisprudenza errata sia in generale una interpretazione autentica; questa pone in guardia i cittadini per l'avvenire, ammonendo che i loro futuri contrasti su di un tema determinato avranno soluzione diversa da quella che riceveranno in passato; invece la giurisprudenza che abbia il difetto di oscillazioni continue, di improvvisi pentimenti, agisce sul passato ma lascia nel buio più completo l'avvenire; il che è quanto di peggio possa farsi nel campo della giustizia.

²⁹ V. DE FALCO, *Discorso inaugurale* del 1884.

³⁰ Al vertice dell'edifizio giudiziario tedesco è il Tribunale dell'Impero (*Reichsgericht*), il quale ha la missione di difendere la Costituzione dell'Impero e le leggi federali che costituiscono il patrimonio comune degli Stati federati e di mantenere l'unità nell'interpretazione giurisprudenziale.

Esso ha, quindi, una competenza di terza e ultima istanza, in linea di revisione contro le decisioni definitive, le quali siano impugnate per violazione o falsa applicazione della costituzione, delle leggi federali, o di quelle altre leggi che sono comuni a più Stati...

Molto importante è il sistema che fu adottato per mantenere l'unità della giurisprudenza del Tribunale malgrado la divisione in sezioni; quando una Camera o Senato civile o penale creda di dovere deviare nella decisione della questione di diritto, dalla massima adottata da un altro Senato o dal *plenum* dei Senati, deve rinviar la causa innanzi ai Senati civili riuniti, o ai Senati penali, secondo che si tratta di causa civile o penale.

Innanzitutto a questi Senati riuniti, che prendono il nome di *plenum*, la causa è di nuovo discussa, sentiti due relatori, di cui uno appar-

tiene al Senato che vuole introdurre la nuova massima giurisprudenziale, e sentito, inoltre, l'avvocato generale superiore dell'Impero.

La decisione del *plenum* è obbligatoria solamente per quella data causa.

Quindi, allo scopo di stabilire se le massime adottate siano o no conformi alla giurisprudenza del Tribunale dell'Impero, ogni Senato conserva un libro di giurisprudenza (*Präjudizienbuch*), dove sono segnate per disteso, o con abbreviazione, le decisioni che il Senato ritenga così importanti da meritare ricordo; la tenuta di questi libri è regolata con norme minuziose. (PIOLA CASELLI, *La Magistratura*, pag. 163 e 164).

³¹ L'art. 37 del citato testo unico del 1908 è così concepito:

« Se l'una o l'altra Sezione riconosce che il punto di diritto sottoposto al suo esame ha dato luogo a precedenti decisioni in sede giurisdizionale tra loro difformi, potrà, su richiesta delle parti o di ufficio rinviare con ordinanza la discussione della controversia all'adunanza plenaria col concorso di nove votanti.

« Alla stessa adunanza plenaria spetterà esclusivamente di regolare la competenza quando sorgano conflitti positivi o negativi di giurisdizione fra la IV e la V Sezione.

« Per tali effetti saranno, al principio di ogni anno, designati con R. decreto, il presidente e quattro consiglieri per ciascuna Sezione giurisdizionale, che dovranno costituire l'adunanza plenaria, e il segretario incaricato d'assistervi.

« Le norme del procedimento saranno determinate dal regolamento ».

³² « Altro è che l'interpretazione della norma giuridica serva, con la propria mobilità, ad adattarla ai successivi mutamenti di bisogni sociali o di circostanze, altro che essa ne vada mutando e variando l'applicazione in guise fra loro repugnanti, nel medesimo periodo di tempo; così che il viaggiatore il quale percorre il territorio dello Stato, con la vertiginosa rapidità dell'automobile, possa trovarsi sottoposto da ora in ora a leggi diverse in grazia delle diverse interpretazioni date dai tribunali di provincie diverse ad unico testo.

« Se l'inconveniente è, fino ad un certo punto, inevitabile, come quello che nasce dalla istituzione necessaria di numerosi organi giurisdizionali, deve, per quanto possibile, essere attenuato, affinché alla unità della legge corrisponda, almeno nello spazio, l'unità della giurisprudenza: e solo nel tempo sia questa lasciata libera di muoversi e di mutare, come il carattere della funzione giurisdizionale esige. L'unità della giurisprudenza, così intesa, è essenziale fattore di giustizia; poichè nel regime della separazione dei poteri l'unica garanzia della giustizia è l'applicazione della legge in modo uguale a tutti i

casi e a tutte le persone. Posto adunque che la molteplicità degli organi giurisdizionali costituisce un ostacolo permanente alla unità della giurisprudenza, conveniva che fossevi riparato con un istituto speciale ideato e ordinato così da agire in modo costante sopra l'attività di codesti organi, per collegarla, disciplinarla, ottenerne quell'armonia che spontaneamente essi non saprebbero realizzare: e tutto ciò senza che fosse diminuita la loro reciproca indipendenza e senza assoggettarli a una vera e propria subordinazione la quale sarebbe incompatibile con l'ufficio a cui ciascun organo è separatamente destinato ». (MORTARA, vol. I, pag. 76).

³³ È stato recentemente pubblicato un pregevolissimo lavoro del prof. Stoppato, il quale, da par suo, espone e dimostra con ampiezza e dottrina, quanto sia pericoloso ed iniquo pronunziare la condanna condizionale senza bene esaminare e ponderare, se concorrano le ragioni e gli scopi per le quali e pei quali è stata istituita.

³⁴ Fra i moltissimi lavori pubblicati, tutti preziosissimi, rammento: prof. GIORGIO MORTARA, *Indagini sulla delinquenza in Italia*; A. GUARNIERI-VENTIMIGLIA, *La delinquenza e la correzione dei minorenni*; LUIGI TROMPEO, *Relazione sul Patronato dei minorenni condannati condizionalmente in Roma*, 1909; avv. E. DONETTI, *Le piccole vittime del disonore, abbandonati, discoli, delinquenti*; LUIGI LUCCHINI, *Sui risultati della circolare II maggio 1908 concernente la delinquenza dei minorenni*, relazione della Commissione di statistica giudiziaria, sessione del dicembre 1909; ENRICO PESSINA, *Intorno il Tribunale dei minorenni*, memoria letta all'Accademia di Napoli, atti dell'Accademia, da pag. 467 a pag. 494; Miss LUCY BARTELETT, *Discorso al Patronato dei minorenni condannati condizionalmente*, 1909; prof. ALESSANDRO STOPPATO, *I discorsi dei Procuratori generali*, relazione alla Commissione di statistica giudiziaria e notarile nella sessione del dicembre 1909; FERRERI e DE SANCTIS, *Al VI Congresso internazionale di psicologia* nel Bollettino dell'Associazione romana per la cura medico-pedagogica dei fanciulli anormali e deficienti poveri, ottobre 1909, anno III, n. 12; ANTONIO MORRO, *Psicologia della pubertà*, nella *Rivista di pedagogia correttiva*, Torino, 1909; ATTILIO LAVAGNA, *Per i minorenni delinquenti. Giudici speciali o educazione protettrice?* *Cassazione Unica*, XX, n. 26, 27 e 28; GIUSEPPE E. MORTINA, *Trattamento penale dei minorenni delinquenti e Tribunali speciali dell'infanzia in Germania*, Torino, estratto dalla *Rivista penale*, 1909, vol. LXIX, fasc. IV, pag. 24; BRENNO BERTONI, *La protezione dei minorenni nella nuova legislazione svizzera*, Roma, *Rivista Italiana di sociologia*, maggio-agosto 1909; FANNY DOLMAZZO, *La tutela sociale dei fanciulli abbandonati o travati*, Torino, Bocca, 1910, pag. 115; RAFFAELE MAJETTI, *La circolare del ministro Orlando*, *La Pretura*, Roma, 1909, n. 5-8, pag. 16; ID., *Per la difesa sociale*, foglio periodico di propa-

ganda per la redenzione dei minorenni condannati, Roma, 1909; GAETANO AMALFI, *Carceri e riformatori*, Napoli, nella rivista *l'Accomolo*, gennaio-febbraio 1909; G. PETRACCONI, *I tribunali per minorenni*, Palermo, nella rivista *il Progresso del diritto criminale*, luglio-agosto 1909, da pag. 68 a pag. 80; MARIO DE MAURO, *La delinquenza dei minorenni*, discorso inaugurale dell'Università di Catania, 1909, pag. 28; EDOARDO MAJNO, *Il sistema della prova*, relazione per l'anno 1908-909 del Patronato di Milano dei condannati condizionalmente, pag. 45; GUGLIELMO MILIA, *Delinquenza dei minorenni*, Sarteano, tip. Gentilini, 1909, pag. 31; F. E. PUIZERIO, *Minorenni delinquenti*, conferenza, 1909, pag. 23, tip. Zammit; BRUNO FRANCHI, *Fatti e documenti romani d'antropologia pedagogica e sociologica criminale*, §§ 3 e 9 in *Scuola positiva*, luglio 1907; ID., *Le direttive di un piano di attuazione degli istituti e provvedimenti concernenti i minorenni*, nota in *Scuola positiva*, novembre 1909; GIUSEPPE CESARE POLA, *Per un Comitato di difesa dei fanciulli tradotti in giustizia*, Torino, 1907, pag. 48, presso la sede del Comitato di difesa dei fanciulli in Torino, via Corte d'appello 16; ID., *La giustizia per i piccoli delinquenti*, conferenza a Roma in *Conferenze e Profusioni*, 1° settembre 1908, Roma, via Tomacelli 15; ID., *I primi passi del Comitato di difesa dei fanciulli in Torino*, 1910, presso il Comitato stesso in via Corte d'appello 16; ID., *Per il Tribunale speciale dei fanciulli*, Torino, nella *Rivista di Pedagogia correttiva*, 1909, n. dell'ottobre-novembre; E. MARTINAZZOLI, *Per la prevenzione della criminalità giovanile*, estratto dalla *Rivista Italiana di sociologia*, a. XIII, fasc. V-VI, 1909; D. G. B. MESSINA, *Conferenza sulla educazione della gioventù*, Palermo, Scuola tip. Colonia agricola S. Martino, 1910; GIUSEPPE CESARE POLA, *Il casellario scolastico e la delinquenza precoce*, Imola, 1909, Coop. tip. Galeati, estratto dalla rivista dell'Istituto di pedagogia sperimentale in Milano del prof. Pizzoli; TERESA FONDI-MATTANI, *Sostituzione e limitazione di lavoro industriale negli Istituti di beneficenza e di pena*, Pistoia, 1908, Stab. tip. Niccolai, pag. 22; LUIGI ORDINE, *La delinquenza dei minorenni*, estratto dalla *Rivista penale* del 1909; ERMINIA MONTINI, *Studio di riforma educativa dei riformatori femminili italiani*, relazione al Congresso nazionale delle scuole italiane, Roma, 20 dicembre 1909, estratto dagli atti del Congresso; P. BERTONI, *La protezione dell'infanzia nella legislazione svizzera*, in *Rivista italiana di sociologia*, 1909, fasc. maggio-giugno.

³⁵ Nel 14 dello scorso dicembre la suddetta Commissione si recò a visitare il Riformatorio di S. Michele qui in Roma. Vi erano più che cencinquanta giovanetti, tutti raccolti in tanti diversi compartimenti, e bene avviati all'arte, per la quale ciascuno di essi aveva dimostrato speciale attitudine. Non vi era nulla, dal lato igienico, istruttivo, educativo e morale, che fosse trascurato e non fosse perfettamente corretto. Dalle risposte ch'essi davano alle varie domande, che

da ciascuno dei commissari furono con istudio loro rivolte, si rilevava ed ammirava quanto ne fosse schietto, buono e diritto il carattere.

Poco prima di dipartirsi si eseguirono esercizi ginnastici con ammirevole prontezza, precisione ed esattezza di movimenti, si fece della musica dove non faceva certamente difetto la più delicata armonia; e da ultimo il giovanetto dodicenne Malerba Francesco da Catania declamò una poesia composta dal suo istitutore Luigi Traversa dal titolo: *Alla mamma*. La declamazione non poteva essere più efficace, e sin dalle prime parole vibrava tale una passione e tale un senso di melanconia in quel giovanetto, che tutti ne furono immediatamente attratti con affetto e con ammirazione, e quando giunse agli ultimi versi:

Lungi da te son io, bacciar ti voglio,
tra sogni, amor, chimere e melodie,
a te ritorneran le labbra mie

era egli così commosso che le sue parole erano rotte dal pianto, e strappò le lagrime a tutti!

Ecco dunque come in quel giovanetto i sensi brutali e malvagi sorti ed alimentati nell'atra sentina della corruzione, da cui venne sottratto, e trasportato in più *spirabil aere*, erano stati vinti dai sentimenti onesti e delicati, ed era così diventato vivo e potente l'amor santo verso della mamma. L'opera della redenzione non poteva essere più completa, nè potrebbe essere più grande e più lusinghiera la morale soddisfazione del direttore generale Alessandro Doria, a cui tutta l'opera stupenda del moderno indirizzo ed ordinamento dei Riformatori è dovuta, e del direttore speciale del Riformatorio di S. Michele Sig. G. Vicchi, che con tanta intelligenza e con tanto amore ne ha comprese e ne attua le alte e nobili finalità.

Sarà mai possibile che dinanzi a codesti fatti, che scuotono tutte le fibre, e tutta l'anima infiammano di compassione, di carità, di affetto pei fanciulli poveri e diseredati, non si senta ognuno sospinto a porgere loro la mano per recare ad essi quel maggior beneficio che sia possibile sollevarli e redimerli?

È un appello che l'umanità fa all'umanità, e che più specialmente e più potentemente dovrebbe esser sentito *dalle donne che hanno intelletto d'amore e dalle quali molto la patria attende*.

³⁶ Veggasi la relazione presentata dal prof. Stoppato alla Commissione di statistica giudiziaria nel dicembre 1909.

³⁷ Anche in Francia, lo accennai già nell'anno scorso, come ne informa PIERRE MOREL (*La police à Paris*) « on se demande avec quelle inquiétude en présence de ces multiples cambriolages n'y a-t-il plus de police? N'y a-t-il plus de magistrats? »

« Et la police déclare que la faute de l'insécurité des rues de Paris remonte aux magistrats et ceux-ci affirment que la police est seule coupable.

« Écoutons cette dernière. En moins de quatre ans, dit-elle, une moyenne de 60,000 arrestations ont été effectuées sur la voie publique au cours de rafles, mais 8000 à peine ont été maintenues. Tout cela, c'est de la faute des juges d'instruction qui, au lieu de faire des enquêtes approfondies sur les gens que nous leur envoyons, les remettent en liberté sur de vagues certificats.

« Rien que dans le quartier du Faubourg Montmartre, nous connaissons l'existence de bandes de malfaiteurs venant de Marseille, d'Alger, Toulon, etc., ils ont presque tous déjà été arrêtés.

« A l'heure actuelle ils sont tous en liberté, chacun d'entre eux ayant exhibé un certificat de placiers en marchandises diverses.

« Et l'autorité judiciaire de répondre à la Préfecture: Si vous arrêtez en masse, vous relâchez aussi en masse et ne nous envoyez qu'un faible résidu de vos rafles, votre système consistant à ménager neuf apaches en arrêter un dixième parce que les neuf premiers ont donné ou donneront quelques indications utiles ».

³⁸ V. *La Revue politique et parlementaire* (mai 1908) un article de M. Fernend Faure.

³⁹ La pratique démontre que la loi est incapable par elle-même de réaliser la communauté d'intérêts entre les citoyens: ce n'est qu'une trêve instable entre les partis; ce n'est plus la voix de la raison, le commandement de la volonté générale; c'est la voix sans majesté des partis en lutte. La doctrine a suivi cette évolution. On peut donc dire qu'il ne s'est pas établi en France un régime de légalité. On en appelle encore aux lois, mais ces appels ne correspondent plus à une doctrine fixe, à la doctrine formulée à la fin du XVIII^e siècle par les légistes de la Révolution.

A la doctrine du « règne de la loi » s'est substituée une autre doctrine, qui ne doit pas être confondue avec elle, que l'on peut appeler: le gouvernement de l'opinion. (LEROY, op. cit., pag. 328).

⁴⁰ La démocratie contemporaine ne dit plus: la loi — comme le disait la démocratie de Bailly ou de Robespierre. La loi a cessé d'être un impératif catégorique; elle est privée de ses vieux attributs. Résolutions des Chambres, contrôle des ligues politiques, action des syndicats, règlements de l'Exécutif, sommations de la presse mêlent leur voix à la sienne et la couvrent souvent.

La loi n'est plus cette « mère des citoyens » que vénéraient les légistes de la Révolution et de l'Empire avec l'enthousiasme des ci-

toyens d'Athènes ou de Rome aux jours héroïques; aujourd'hui elle est en voie de déchéance, comme était déchue à la veille de 1789 la royauté, encore nominalelement souveraine.

Nous assistons aux transformations les plus décisives des notions politiques, des institutions constitutionnelles qui, par leur rationalisme, semblaient avoir été mises à l'abri de telles évolutions. Mais si nous discernons quelques changements, nous ne pouvons cependant donner que des indications vagues sur les formes qui naîtront: nous sentons mieux que nous ne voyons. « Nous semblons arrivés, écrit Benjamin Kidd, à une époque où tous les hommes ont le sentiment instinctif qu'une période déterminée de l'évolution de la civilisation occidentale est close, et qu'une ère nouvelle va s'ouvrir ». Le célèbre auteur de *l'Evolution sociale* remarque lui aussi l'incertitude des directions: « Et cette époque a ceci de curieux, écrit-il, c'est que les hommes qui nous parlent au nom de la science et de l'autorité ne nous fournissent aucun indice sur la direction que suivra le progrès futur ». De toutes parts, en effet, sont signalées des « crises »: M. Charles Benoist a étudié la « crise » de l'Etat; M. G. Sorel et les exégètes modernistes, la « crise » de la pensée catholique; M. H. Poincaré, la « crise » de la science expérimentale; la « crise » de la morale a de nombreux historiens depuis Nietzsche; de toutes parts, sont publiés des livres critiques qui signalent la disparition des anciennes certitudes, de cette synthèse philosophique qui parut définitive aux savants et aux philosophes du XVIII^e siècle. « La superstition scientifique est fort en baisse aujourd'hui », comme le remarque M. G. Sorel. La loi elle-même enfin, cette forme d'autorité qui semblait se confondre avec la raison, n'a pas échappé à l'universelle revision des concepts traditionnels.

Que reste-t-il des prévisions sur l'avenir de la démocratie, et particulièrement sur l'avenir du règne de la loi, formulées en 1834, par Tocqueville? Le célèbre publiciste prévoyait le développement pacifique d'une démocratie où « tous regardant la loi comme leur ouvrage, l'aimeraient et s'y soumettraient sans peine »; il croyait que « l'Etat serait à l'abri de la tyrannie et de la licence » par la loi, par « l'association libre des citoyens » qui pourrait remplacer alors la puissance individuelle des nobles. Les théoriciens n'ont pas prévu la substitution de l'opinion mouvante et changeante aux lois fixes, scrupuleusement obéies: il n'y a plus d'impératif légal. On pourrait même se demander si le régime est encore républicain, car, on se le rappelle, Rousseau ne considérait comme républicain qu'un « gouvernement guidé par la volonté générale qui est la loi ». (LEROY, op. cit., 349-348. V. anche KAUTSKY, *Parlementarisme et socialisme*, pag. 94 e seg.; M. HENRY CHARDON, *L'administration de la France*, pag. 133; M. HENRI POINCARÉ, pag. 248-251, e BARTHELEMY, *Le rôle du pouvoir exécutif dans les Républiques modernes*, pag. 685).

⁴¹ Poichè ritengo sempre che, come scrive il Mayer: « La loi donne à la justice le fondement indispensable de son activité; il n'y a pas de jugement autrement que sur la base d'une règle de droit: *nulla poena sine lege*.

« Et de même que l'ancienne loi sur la justice, l'acte législatif émis dans la forme constitutionnelle est placé au-dessus de toute autre activité de l'Etat, comme une volonté supérieure et juridiquement plus forte: la loi est *irréfragable*. En d'autres termes, la volonté de l'Etat, lorsqu'elle a cette origine, ne peut valablement être annulée, modifiée ou privée de ses effets par aucune autre voie; de son côté, elle annule tous les actes déjà émis au nom de l'Etat, qui lui sont contraires ». (MAYER OTTO, *Le droit administratif allemand*, vol. I, pag. 92 e 89).