

6.° All'asciugamento e alla bonificazione dei terreni paludosi, per li molteplici oggetti di agricoltura e di sanità, e quindi di popolazione, di commercio, ec. ec.

7.° Alla cessione del terreno, ed alle servitù necessarie per lo scavo delle miniere, previa la debita indennizzazione al proprietario.

§ 1555. CXLII. Queste sono le restrizioni che nel Regno d'Italia soffre la stabile proprietà, e il pieno esercizio del dominio immobiliare in favore della cosa pubblica. La loro necessità è per sè manifesta, e la loro sola enunciazione forma l'elogio della provvidenza e della moderazione del Legislatore. Se avesse fatto di meno, non avrebbe provveduto a bastanza; e se avesse fatto di più, avrebbe ecceduto i suoi poteri.

Per la qual cosa nulla dirò delle leggi prescriventi la coltivazione di ogni fondo, o i prodotti che i proprietarj debbono coltivare. La saviezza del Governo ben intese che un paese che molti secoli fa era perfettamente coltivato fino su le alture dei monti (come nota il Guicciardini) non aveva bisogno d'una pedagogia agraria, operando ivi meglio l'interesse nazionale, che il Governo.

Nulla dirò pure dei vincoli, delle servitù e delle prestazioni feudali d'ogni genere, aggravanti le proprietà e degradanti l'agricoltura; nulla delle altre restrizioni su le mutazioni dei fondi caricati da perpetui livelli, decime (1), e molto più da fedecommissi e primogeniture, contrarie ad ogni ragione civile, commerciale, morale e di Stato (2). Basti quello che ho detto su 'l Codice civile per dimostrare che avendoci esso per una specie di postliminio richiamati all'eredità dei nostri maggiori, malmenata dai secoli della barbarie, non ci lascia desiderare più nulla nè su la santità dei possessi, nè su 'l libero e naturale movimento delle stabili proprietà. — Ma s'egli è vero che il sistema delle stabili proprietà è la prima ed essenzial base d'ogni ragione civile amministrativa e di Stato, noi dobbiamo augurarci che la Legislazione attuale sia eternamente mantenuta ed apprezzata, poste in non cale tutte le querele degli schiavi ciechi delle abitudini passate, i quali sdegnando perfino di gettar l'occhio su i beneficj del tempo, osano proscriverli, perchè difformi dal loro rancidume.

(1) Con queste riflessioni non si autorizza una riforma arbitraria, violenta e spogliativa; ma si tocca la necessità di sciogliere i vincoli ond'è impacciata l'agricoltura: ciò che può farsi da cui spetta, con opportuni compensi. (DG) — (2) È notabile su ciò quanto fu scritto nell'Opera intitolata *Il Caf-fè*, stampata in Milano fino dal 1764.

## LIBRO V. (1)

### NOTA I.

Su 'l senso preciso di *pubblica amministrazione* in relazione alla competenza di giudicare affari contenziosi (2).

§ 1556. **P**er ben comprendere il senso proprio e pratico della locuzione di *pubblica amministrazione* è d'uopo far precedere un processo logico, nel quale convien separare e raffigurare il senso proprio di *amministrazione* considerata in generale; indi conviene determinare il senso proprio di *pubblico* come persona e come qualità; e finalmente riunire questi elementi, ed applicarli al *régime pubblico*.

#### I. Idèa di amministrazione.

§ 1557. Multiplici sono i sensi e variate le materie nelle quali s'impiega questa parola di *amministrazione*. Dicesi, per esempio, amministrare una medicina, amministrare i Sacramenti, amministrare un patrimonio; così pure parlasi dell'amministrazione dei tutori, curatori, procuratori, dei Comuni, degli Ospedali, ec. Qual è il concetto radicale di questa idèa? Dopo un'esatta analisi delle idèe racchiuse sotto la parola *amministrazione*, considerata nei diversi casi ne quali viene impiegata, risulta che l'amministrazione, considerata *in fatto*, e prescindendo dalla buona o mala qualità della medesima, altro non è che = una serie di azioni interessanti, eseguite per propria autorità o nativa o dativa sopra date materie, a riguardo di sè stesso o di altri =. E però *amministrare* egli è lo stesso che esercitare per autorità propria o nativa o dativa una serie d'azioni interessanti sopra date materie, a riguardo di sè stesso o di altri.

4.° Vuolsi in primo luogo che l'azione sia *interessante* o nel suo immediato effetto, o per la sua intenzione a produrre poi un dato effetto

(1) Questo Libro è composto di tre Note che l'Autore stesso trasse dal suo *Giornale di Giurisprudenza Universale* dell'an. 1812, Tomo V. pag. 295 a 351. Nell'Annotazione IV. in fine del Volume ho riportato la discussione alla quale furono apposte. (DG)  
(2) Si confronti questa Nota I. co' i precedenti §§ 1566 e seg., dove si trovano maggiormente sviluppate alcune idèe qui ripetute. (DG)

interessante. Un atto di mera curiosità sopra un oggetto di amministrazione senza la mira di alcun effetto utile conseguente, non potrebbe ricevere nel comune concetto il carattere di *amministrazione* nè riguardo alle cose, nè riguardo alla persona. L'*utilità* o positiva o negativa forma il perpetuo fine di qualunque amministrazione *di fatto*.

2.° L'azione solamente *a prò* d'un terzo, fatta astrazione dall'*autorità* o nativa o dativa, non è amministrare, perchè ciò è comune al semplice *soccorso* o ad un *servigio* prestato.

3.° Così pure l'agire direttamente su la *persona*, come, per esempio, nell'educazione, non è propriamente amministrare, ma bensì educare, reggere, dirigere, ec.: per questa ragione nella definizione fu posto *sopra una materia qualunque*.

4.° Fu detto finalmente *a riguardo di sè stesso o di altri*. Di fatto nel senso comune si dice che un tale fu interdetto dall'amministrazione del proprio patrimonio, come dicesi interdetto dall'amministrazione d'una tutela, appunto perchè l'idea di *amministrazione* si verifica nel padrone stesso a riguardo delle cose proprie, come in altre persone a riguardo delle cose altrui.

#### II. Idea di *Publico* come persona e qualità.

§ 4558. Convieni ora esaminare la qualità di *publica* aggiunta all'idea principale di *amministrazione*. La denominazione di *publico*, della quale ad ogni tratto si fa uso, sveglia un'idea confusa, cui è necessario ridurre ad un più esatto concetto, specialmente perchè si applica in sensi affatto diversi. Ognuno sa che la parola *publico* talvolta s'impiega come predicato di cosa o di persona, e talvolta si assume per indicare un aggregato di persone che chiamasi *Publico*. Così dicesi, per esempio, *è nota al Publico la tal cosa; il Publico dice questo o quest'altro*, ec. È dunque necessario trovare la radice comune per darne la giusta definizione.

È incontrastabile che *pochi privati* non formano un *Publico*: non lo formano nè meno certe classi considerate isolatamente, benchè siano numerose. Dall'altra parte poi l'unione delle nazioni non costituisce veramente un *Publico*, ma bensì l'intero genere umano. Nè meno con questo nome s'intendono molti uomini erranti in seno di una selvaggia indipendenza; perchè non essendovi fra loro nè colleganza, nè comunione di pensieri e di affari, non formano una persona collettiva: concetto ch'è indivisibile dalla denominazione di *Publico* considerato come *persona*. Rimane adunque che il *Publico*, riguardato come persona, altro

non possa essere che = una società vivente in colleganza, nella quale havvi un esercizio comune di lingua e di commercio, considerata sotto un concetto unico, collettivo ed indivisibile. =

Per la qual cosa è manifesto che una cosa qualunque acquista la denominazione di *publica* per la sua relazione a tutto l'*aggregato* di una società, che si figura costituire la persona collettiva ed individuale di un *Publico*. Questa relazione nelle sue diverse applicazioni è sempre immutabile, e qualifica ogni disposizione legislativa ed ogni altra operazione, come *publica*.

#### III. Idea di *publica amministrazione*, di *cosa publica*, di *ragion publica*. Carattere esecutivo essenziale all'amministrazione publica.

§ 4559. Rinnendo pertanto i concetti separatamente fin qui analizzati, ed applicandoli al régime publico di una società politica, l'amministrazione publica sarà = quella serie di azioni interessanti tutta una società politica, eseguite per autorità sovrana o propria o delegata sopra le materie appartenenti ed interessanti tutto il Corpo politico o la Sovranità medesima. =

In questo senso *amministrare* egli è lo stesso che *governare*; e però il *governare*, considerato come *funzione esecutiva*, sarà = esercitare per autorità sovrana o propria o delegata quella serie di azioni interessanti il Corpo politico o il Principato, a norma dei rapporti della cosa publica. =

L'idea della *cosa publica* si forma astraendo l'interesse comune a tutto il Corpo da quello che dicesi *privato*.

Considerando questo interesse publico in un solo concetto suo proprio, e costituendolo come *fine* delle operazioni dell'Autorità imperante, ne nasce un sistema di mezzi, e quindi d'azioni relative al fine proposto. Questo sistema di mezzi e di azioni viene determinato dalle esigenze di questo *Publico*, tanto per procurare un bene, quanto per allontanare un male. Il complesso di queste esigenze appellasi *cosa publica*.

La *ragion publica* pertanto sarà = il sistema necessario delle cose e delle azioni, in quanto è determinato dall'interesse di tutto il Corpo politico =. L'interesse ne forma il fine o l'intento; l'unione è la subordinazione dei mezzi ne forma l'ordine o il sistema.

Questa ragion publica forma propriamente la prima *regola* della publica amministrazione. Essa detta la legge che determina la *ragion publica positiva* per chi comanda e per chi serve; essa fissa gli oggetti delle attribuzioni.

Ma se la pubblica amministrazione consiste in una serie di azioni, dunque essa è essenzialmente attiva; se poi è sottomessa a certe regole positive, o sia a leggi, essa è essenzialmente esecutiva; se finalmente non può appartenere a verun privato, ma alla sola pubblica Autorità, essa è essenzialmente governativa.

In questo senso pertanto l'amministrazione pubblica sarà distinta dalla pura legislazione di ragion pubblica. Parimente considerando che la serie degli atti che la compongono dev'essere eseguita necessariamente tanto dal Principe, quanto dai Magistrati destinati dalla Costituzione e dai Regolamenti organici, ne risulterà che l'amministrazione pubblica propriamente consisterà = nell'azione del Governo, ossia dei pubblici funzionarj, tanto in relazione ai loro superiori ed eguali, quanto in relazione ai loro amministrati, onde far procedere la cosa pubblica giusta le norme legalmente stabilite. =

Queste norme, come ognuno vede, debbono necessariamente statuire sopra due oggetti. Il primo si è l'interesse pubblico considerato rispetto alla nazione, e fatta astrazione dalle operazioni necessarie dei funzionarj incaricati della direzione o sorveglianza dell'interesse nazionale. Il secondo si è la maniera prescritta agli stessi funzionarj, onde agire in vista dell'autorità a loro delegata dal Governo, avuto riguardo al fine della cosa pubblica.

Questa distinzione è appunto quella alla quale allude il Consiglio di Stato ne' suoi Motivi. Ivi contemplando la pubblica amministrazione nelle viste antecedenti del Legislatore, distingue opportunamente l'oggetto dall'altro; talchè quando contempla il solo fine della cosa pubblica, le disposizioni della legge diconsi più tosto di ragion pubblica, che di amministrazione pubblica: allorchè poi contempla le incumbenze dei funzionarj pubblici, e comanda loro di procedere con un determinato ordine, le disposizioni suddette diconsi di amministrazione pubblica. Prova di ciò ne sia la definizione di atto amministrativo (1), nel quale il soggetto essendo o un giudizio, o un ordine, o un fatto di un ammi-

(1) *Acte administratif c'est ou une arrêté, une décision de l'Autorité administrative, ou une action, un fait de l'administrateur, qui a rapport à ses fonctions.* (Merlin, *Repertoire de Jurisprudence*, Tom. I. p. 65, V. *Acte administratif*)  
 » si collocano naturalmente tutte le operazioni che si eseguono, dietro gli ordini del Governo, da' suoi agenti immediati sotto la sua sorveglianza, e co' i fondi somministrati dal Tesoro pubblico. » (Decreto 2. Germile, anno V. Vedi *Giornale di Giurisprudenza*, Tom. II. pag. 313 (a).)

(a) Vedi l'Annotazione X. in fine di questo Volume. (DG)

nistratore relativo alle sue funzioni, e necessariamente subordinato alla legge, si concentra la considerazione alle sole operazioni esecutive dell'incaricato del Governo, e si fa astrazione dagli atti che i cittadini debbono eseguire, o dalla materia su la quale gli amministratori stessi giudicano, comandano od operano. In breve, sotto quest'aspetto si tien conto più tosto dell'atto del funzionario, e della maniera della gestione del medesimo, di quello che del fine della gestione medesima, e della obbedienza che debbono prestare i privati.

#### IV. Doppio carattere dell'autorità del funzionario pubblico.

§ 1560. Premesse queste nozioni su 'l concetto proprio della pubblica amministrazione, giova ora considerarla in relazione alla competenza. Postochè l'autorità del pubblico magistrato o funzionario è un'emanazione legittima della Sovranità, e l'esercizio della medesima si deve considerare come l'azione stessa del Governo spiegata co 'l mezzo della persona da lui delegata, ne nasce la conseguenza che il detto magistrato o funzionario sostiene tre relazioni: la prima verso il Sovrano; la seconda verso gli amministrati; la terza verso ogni altro funzionario.

Sotto la prima egli adempie un dovere, o, a dir meglio, una servitù, e perciò dicesi servire il Governo; sotto la seconda egli esercita un diritto, o, a dir meglio, una podestà; finalmente sotto la terza egli esercita un'autorità propria, con la quale se non può comandare all'altro funzionario indipendente, può ciò non ostante pretendere di non essere turbato nell'esercizio della propria autorità; e può talvolta esigere la cooperazione dell'altro funzionario per quella colleganza e concorso di azioni ch'è indispensabile alla vita ed al buon ordine complessivo dello Stato.

L'autorità del funzionario, in quanto si considera propria di lui ed indipendente da quella di un altro, riceve il nome di attribuzione propria.

#### V. Idèa di competenza e d'incompetenza. Modi diversi d'incompetenza.

§ 1561. La competenza abbraccia tutte queste relazioni. Essa per altro nel suo proprio concetto viene determinata da una relazione puramente logica fra i termini della legge costituente il potere del magistrato o del funzionario, e l'esercizio pratico degli atti comandati o vietati dalla legge nel costituire il potere medesimo.

Nell'affermare o negare la competenza, la mente fa un paragone, nel quale da una parte consulta la disposizione della legge che stabilì i

doveri e i poteri del magistrato, e dall'altra esamina la conformità o difformità degli atti del magistrato o del funzionario co' l' disposto dalla legge medesima. Se li trova o li figura, per ipotesi, conformi, pronuncia esistere la competenza; quando li trova o li figura difformi, pronuncia esistere la incompetenza.

La *competenza* pertanto, presa come qualità astratta, altro non sarà che = la conformità della podestà e del di lei esercizio, appartenente ad un dato funzionario o funzionarj pubblici, con le leggi costituenti la podestà medesima = (1).

La *competenza*, considerata come *potere*, sarà = la facoltà di esercitare un'autorità conferita a norma delle leggi attributive l'autorità medesima. =

L'*incompetenza* sarà = la difformità o la contrarietà di questa podestà e degli atti di lei con le leggi suddette. =

Nell'*incompetenza* per altro non si deve comprendere l'*usurpazione assoluta* di potere che facessero un privato, arrogandosi facoltà riservate alla sola Sovranità. Questo sarebbe un formale *delitto*: come, per esempio, quello del carcere privato; quello di farsi giustizia di propria mano; ed altri simili.

In forza delle distinzioni dei poteri stabiliti dalle Costituzioni, l'incompetenza dei funzionarj e dei magistrati si verifica in tre modi principali; cioè:

1.° *Usurpando* un potere riservato ad un altro funzionario o gerarchia; lo che appellasi *eccesso di potere*. Su questo si può consultare quanto fu premesso in quest'Opera, per rilevare in che esso consista, e quali ne siano le conseguenze (2).

2.° *Denegando* l'esercizio del potere commesso nei casi ne' quali la legge obbliga il magistrato a prestarlo o per il pubblico o per il privato interesse.

3.° Finalmente con l'esercitare bensì la propria autorità nelle materie proprie, ma eccedendo la *misura* o i *limiti* imposti all'esercizio stesso dalla legge.

(1) *COMPÉTENCE c'est le droit de juger une affaire contentieuse, ou d'expédier un acte de juridiction volontaire.* (Merlin, *Repertoire*, V. *Compétence*.)  
(2) *Giornale di Giurisprudenza*, Tom. IV. pag. 215 a 219 (a).

(a) Il brano qui citato si legge in questo Vol. VII. pag. 550 a 552. (DG)

VI. Della competenza o incompetenza a giudicare rispetto alle Autorità giudiziarie ed amministrative.

§ 4562. In questi tre modi principalmente può essere violata la competenza. L'*eccesso di potere* è quello solo che può cadere nelle presenti considerazioni, e questo più specialmente nei rapporti che passano fra le Autorità amministrative e giudiziarie.

E siccome sotto questo rapporto il punto di ricerca non abbraccia propriamente le operazioni attive e dispositive (nel che propriamente consiste l'amministrazione), ma si restringe unicamente alla *facoltà di giudicare*; così in ultima analisi si limita alla questione, *a chi appartenga la facoltà di giudicare* in oggetti portati avanti l'una o l'altra Autorità.

È fuori di questione che gli oggetti puramente civili e criminali non possono essere mai oggetto di contestazione di competenza fra l'Autorità giudiziaria ed amministrativa, allorchè non involgano relazioni interessanti la gerarchia amministrativa. È pur chiaro, che allorchè un Tribunale civile volesse conoscere d'un atto di podestà d'un funzionario governativo, e viceversa quando un funzionario governativo volesse conoscere d'un atto del Tribunale civile, l'incompetenza sarebbe manifesta, in vista dell'indipendenza che le Costituzioni hanno posta fra l'una e l'altra gerarchia (1).

La cosa pare questionabile allorchè l'oggetto è di *ragion pubblica*, e vi sia mescolato l'interesse civile, non in virtù di un atto della podestà amministrativa, ma in virtù dei rapporti reali delle cose, per le quali si verifichi un conflitto fra il diritto privato e la cosa pubblica.

Ritenuta ferma la distinzione fra una questione di *ragion pubblica* e una questione di *pubblica amministrazione*, si osserva in primo luogo che il carattere di *ragion pubblica* non può servire di criterio per discernere la controversia.

Quale materia vi può essere mai, che vesta maggiormente il carattere di *ragion pubblica*, della materia criminale, la quale è tutta propria ed esclusiva della Sovranità, ed uno dei diritti di Maestà? E pure la materia criminale non è di *pubblica amministrazione*, nel senso adottato nelle nuove leggi.

(1) Vedi *Regolamento organico* 13 Giugno al 131; *Giornale di Giurisprudenza*, Tom. I. pag. 1806, art. 154; *Codice penale*, art. 129 pag. 33 e 34 (a), Tom. II. pag. 351 a 355 (b).

(a) Vedi questo brano in séguito, § 1589. (DG) — (b) Vedi questo luogo in séguito, § 1574 e 1575. (DG)

La qualità quindi generica di *ragion pubblica* non serve di caratteristico per fissare la competenza di un giudizio. Ciò tanto più si verifica considerando i limiti delle leggi penali, le quali si estendono ad ogni ramo della cosa pubblica e delle private, talchè l'oggetto della legge, sia pubblico sia privato, non può far variare la competenza.

Per questa ragione nel *Giornale di Giurisprudenza* fu distinta la *ragion pubblica* dalla *pubblica amministrazione*, in relazione alla competenza di giudicare, di cui parliamo (1).

Risulta all'opposto, che nel *contenzioso*, in cui vengono a conflitto le ragioni civili private con le pubbliche, i Tribunali civili sono d'ordinario competenti, e le Amministrazioni pubbliche sono veri Tribunali di eccezione. Prova ne sia, che quando lo Stato o chi lo rappresenta pretende qualche cosa riguardante la proprietà in via contenziosa dal privato, lo fa convenire avanti i Tribunali civili, malgrado che si tratti dell'eminente interesse dello Stato medesimo; e se l'Autorità governativa intervenga a decidere una questione che dicesi di competenza amministrativa, essa in tal caso non fa le funzioni simultanee di giudice e di parte, ma bensì quella di terzo arbitro fra le operazioni di un suo agente ed i diritti del privato; talchè, quanto può convenire ad un Consiglio di Prefettura, per esempio, il giudicare in nome del Governo in date circostanze, altrettanto sconverrebbe ad un'Amministrazione demaniale, il cui unico ed esclusivo oggetto trovasi essenzialmente in conflitto col privato interesse.

Tutto esaminato, in ultima analisi pare che il Governo dica ai funzionarj: = Quando si tratta soltanto d'una questione di diritto toccante la proprietà fra me ed un privato, acconsento che il giudice civile decida fra lui e me: all'opposto quando si tratta di giudicare dell'*operato* di quei funzionarj che agiscono dietro ordine od impulso mio diretto, e sotto la mia sorveglianza, in conflitto del privato, io voglio che il giudizio venga pronunciato o da me stesso, o da Corpi superiori che appartengono alla gerarchia governativa. =

VII. Della competenza di giudicare negli affari puramente amministrativi e negli affari di natura mista. Conciliazione di questa Nota con altre dottrine esposte nel *Giornale di Giurisprudenza*.

§ 1563. Premesse queste nozioni, rimane ora lo schiarimento il più importante. Se confrontiamo le cose dette fin qui con le cose esposte

(1) Vedi in séguito di questo scritto i §§ 1567 e seg.

nel *Giornale di Giurisprudenza* (1), sembra nascere una contraddizione; perocchè, in forza delle dottrine ivi esposte, pare essere questione di competenza amministrativa ogni questione che versa su le materie di *ragion pubblica*, l'amministrazione delle quali è affidata agli agenti del Governo o espressamente o implicitamente, avuto riguardo ai rapporti naturali della materia amministrata.

Ora è vero o no che tutto ciò che spetta alla ragione economica dello Stato proprio della Sovranità, tutto ciò che si riferisce agli oggetti di Finanza è di *ragion pubblica*, e per ciò stesso di *ragione amministrativa*? Ne viene forse la conseguenza che il giudizio su le questioni relative appartenga all'Autorità amministrativa? Come sarebbe possibile di conciliare questa conseguenza con la tesi contraria testè fissata? Ma se questa tesi sarebbe falsa, come dunque si può verificare che debbasi per massima riguardare di pubblica competenza, o sia meglio di competenza amministrativa, il giudizio d'una questione che versa sopra una materia di pubblica ragione?

Io accordo che, riguardando le cose in un'astratta generalità, può sorgere questo senso di contraddizione, a motivo dei molteplici aspetti, sotto i quali si può ravvisare la cosa; ed a motivo pure dei molteplici sensi, nei quali si suole applicare la denominazione di *pubblica amministrazione*. Ma più esattamente ponderando i termini delle proposizioni suddette, la contraddizione sparisce, e ne sorge una perfetta armonia, ed un più preciso lume direttivo della Giurisprudenza e delle Decisioni.

Per giungere a questo fine conviene separare gli argomenti della ricerca. Altro è il dire che una data materia sia per sè stessa di *ragion pubblica*, cioè riguardante ed interessante l'universalità dei cittadini considerati come aggregato, o come costituenti una sola ed individua persona; ed altro è il dire che l'*amministrazione* delle materie medesime sia affidata agli agenti immediati del Governo, detti volgarmente *amministratori*, ad esclusione di altri agenti pubblici preposti all'*ordine civile*. Inoltre altro è il dire che ai detti agenti sia commessa l'*amministrazione* delle materie suddette di pubblica ragione; ed altro è il dire che ai medesimi sia commesso il *giudizio* degli affari contenziosi riguardanti le materie da loro amministrate. Finalmente altro è il dire che si fatto giudizio sia loro attribuito dalla legge, quando si tratti soltanto del pubblico interesse (nel quale il privato non saprebbe legalmente vestire che il carattere di suddito ossequioso, e quindi obbligato ad una passiva obe-

(1) Vedi in séguito di questo scritto i §§ 1567 e seg.

dienza); ed altro è il dire che si fatto giudizio appartenga loro nel caso che il pubblico interesse venga a conflitto co' l' privato diritto di proprietà, nel quale la legge riconosce il cittadino come giusto ed autorevole *contraditore*.

Ognun vede che la competenza di amministrare non importa essenzialmente quella di giudicare; nè la competenza di giudicare nelle materie di pubblica gestione importa il diritto di giudicare, allorchè possono venire a conflitto i diritti di privata ragione, riservati dalla Costituzione al cittadino medesimo. Nel primo caso il cittadino vestendo il solo carattere di amministrato, non presenta altro titolo che quello di sudditanza, il quale può bensì autorizzarlo a querelarsi del modo con cui viene trattato da un funzionario, e a ricorrere al superiore per frenare o correggere la soperchieria; ma non può autorizzarlo a contraporre un diritto *proprio*, per fare conflitto co' l' diritto della cosa pubblica. Nel secondo caso per lo contrario, nel quale si tratta di quella *autarcheia* personale di diritti e d'interessi, cui le Costituzioni serbano illesa e proteggono, e la indipendenza della quale viene guarentita dall'ordine giudiziario, si verifica veramente la collisione di due *ordini* fra loro distinti; allora il caso non è più *semplice*, ma *misto*. Nasce allora una terza specie di rapporti, i quali non si possono riguardare nè come di ragione puramente pubblica, nè come di ragione puramente privata. E sebene in linea d'*interesse* debba prevalere l'interesse pubblico su' l' privato dentro i limiti della necessità; ciò non ostante non ne viene la conseguenza, che debba prevalere il Foro amministrativo su' l' Foro civile per giudicare del conflitto. In vero, considerando che il Governo è fatto per gli uomini, e non gli uomini per il Governo, dalle vigenti nostre Costituzioni fu consacrato il principio, che il privato trae avanti ai proprj Tribunali lo Stato e la Corona, allorchè si controverte del puro diritto di proprietà.

Sia pur dunque vero che, considerando i tre ordini essenziali componenti il Corpo politico e le tre ragioni relative (cioè la *ragione civile*, la *ragione civica* o *politica*, e la *ragione di Stato*) in un senso *diviso*, e volendosi sapere se la data questione sia di pubblica amministrazione, o no, convenga esaminare a quale dei tre ordini appartenga la cosa contestata tanto per *ragione del diritto*, quanto per *ragione dell'amministrazione*, come fu fatto nel luogo citato del *Giornale di Giurisprudenza*: ciò servirà bensì per conoscere dentro il circolo di ogni ordine quale possa essere la competenza *propria* di ogni Autorità, per attribuire così a ciascun giudice la propria giurisdizione, e farla rispettare da ogni al-

tro; ma non potrà servire giammai a determinare la rispettiva *prevalenza* di Foro, quando vengono in legittimo *conflitto* i pubblici e i privati diritti: stantechè in questo caso si esce dal rispettivo circolo, e si mescolano le rispettive azioni ed interessi.

Questa *prevalenza* di Foro in caso di *conflitto* forma precisamente l'oggetto del presente discorso.

Posto questo stato di cose, si contradice forse alla *coincidenza* della ragion pubblica e dell'amministrazione pubblica con la giudicatura amministrativa, allorchè l'affare sia puramente di pubblica ragione, nè siavi mescolanza o conflitto? Nella stessa maniera che, conoscendo che una vendita fra privati appartiene unicamente alla ragione civile, si deduce legalmente che debba appartenere ai Tribunali civili la cognizione di ogni questione che versa su' l' contratto medesimo; si deduce pure essere di ragione pubblica amministrativa una questione di pura amministrazione pubblica, in cui manca ogni conflitto. Ma la teoria dei casi o di *semplice ragione pubblica* o di *semplice ragione civile* non basta per decidere i casi di *ragione mista*: conviene trovare per questi casi il principio, co' il quale legalmente si faccia prevalere o il Foro civile o il Foro amministrativo. Ora questo principio qual è? Conviene rispondere con distinzione. O si tratta del conflitto di semplice diritto originario di proprietà, in cui non sia intervenuto verun fatto governativo; o si tratta dello stesso conflitto, nel quale intervenne un atto governativo. Nel primo caso prevale il Foro civile; nel secondo l' amministrativo.

Alcuni esempj chiariranno vie più questa risposta. Non v'ha dubbio, a cagione d'esempio, che l'amministrazione delle Finanze o del Demanio non sia un ramo di amministrazione pubblica, precisamente dell'amministrazione dello Stato considerato nella sua individua unità, e come persona dotata di un dominio eminente, per il quale provvede agl'interessi di tutto il Corpo politico, fatta astrazione dalla utilità che può derivare al cittadino o dall'amministrazione privata, o dall'amministrazione civica. Non v'ha dubbio nè meno che la gestione ossia l'amministrazione di questa parte della cosa pubblica non sia così riservata agli agenti della Finanza o del Demanio, che qualunque altra Autorità o civile o civica, che si volesse ingerire in questa gestione, commetterebbe un vero eccesso di potere. Da ciò si rende manifesto che quì noi abbiamo una materia di *vera ragione pubblica e di Stato*, ed un'amministrazione pure pubblica e di Stato. Ma ne viene forse la conseguenza, che nel caso di una controversia di diritto di proprietà fra il Demanio ed il privato la facoltà di giudicare appartenga al Demanio medesimo? È certo che no. Quì anzi

il cittadino trae avanti ai proprj Tribunali l'Amministrazione demaniale, benchè essa faccia valere un diritto di ragione pubblica, anzi di Stato, e benchè l'amministrazione e la direzione di questo interesse competa esclusivamente a lui (1).

Il principio quindi della prevalenza dell'interesse pubblico non serve a determinare la prevalenza di giurisdizione contenziosa. L'amministrazione esclusiva eziandio, o separata o riunita a questo prevalente interesse, non serve a determinare questa competenza di giudizio.

Nè qui si dica che ciò deriva dalla incompatibilità sopra avvertita di amministrare e di giudicare in oggetto di proprio interesse, almeno per la responsabilità dell'agente demaniale; avvegnachè se questo fosse il solo motivo della incompetenza di giudicare, e la competenza del giudizio dovesse seguire la competenza di amministrazione, il giudizio della controversia di proprietà sarebbe stato demandato all'autorità dei Consigli di Prefettura o del Re nel suo Consiglio di Stato, e non mai all'autorità dei Tribunali civili; e così la competenza del giudizio sarebbe stata riservata sempre all'Autorità governativa, nè mai sarebbe stata demandata ai Tribunali civili.

E perchè dunque le leggi affidarono ai Tribunali civili il diritto di giudicare in una materia che per una parte almeno è di ragione e di amministrazione, o sia di gestione pubblica? Egli è manifesto che ciò fu fatto perchè il diritto di privata proprietà viene a conflitto col diritto di proprietà dello Stato; e nel conflitto di questi due ordini diversi, quello della privata proprietà, anteriore allo stato politico, deve avere la preferenza (2).

Ciò riguarda la prima parte della risposta. Passiamo alla seconda, ed insistiamo su l'esempio recato. Fingasi che l'Amministrazione demaniale abbia praticato un atto di alienazione, e sia intervenuta l'Autorità prefettizia a convalidare l'aggiudicazione o il contratto, previe le consuete e prescritte notificazioni. Fingasi dall'altra parte un terzo privato, la cui proprietà venga lesa dall'alienazione medesima. I rapporti di vero diritto, fondati su i titoli originarj di proprietà, non rimangono forse gli stessi tanto prima, quanto dopo la fatta alienazione? Il diritto di

(1) Vedi Decreto di Governo, riportato nel *Giornale di Giurisprudenza* a pag. 171-172 del Tomo II. (a) (2) Vedi Tomo II. del *Giornale di Giurisprudenza*, pag. 171-172 (b).

(a) (b) Veggasi l'Annotazione V. in fine di questo scritto, nella quale si sono indicati i periodi che si leggono nelle pagine del Giornale suddetto citate in queste Note. (DG)

opposizione a tutela della proprietà può essere mai tolto al privato? Questo non mai. E pure la competenza a giudicare su la opposizione stessa non rimane più la medesima: imperocchè risulta che prima dell'alienazione il giudizio su l'opposizione apparteneva ai Tribunali (1); e dopo l'alienazione non appartiene più ai Tribunali medesimi, ma all'Autorità amministrativa, e così ai Consigli di Prefettura, o al Consiglio di Stato, ai quali fu commesso il contenzioso amministrativo del pubblico Demanio. Qual è la ragione di questa variazione? Le variazioni dei titoli no, perchè le ragioni del diritto di proprietà rimangono nello stesso stato. Qual è dunque la ragione della differenza fra l'uno e l'altro caso? Nel primo non abbiamo altro che lo stato reale dei diritti, senza mescolanza di alcun atto di Autorità governativa; nel secondo è intervenuto un atto governativo, detto altrimenti *atto di autorità amministrativa*, su la validità o gli effetti del quale se i Tribunali civili dovessero pronunciare, ne risulterebbe la pernicioso conseguenza di potere snaturare l'amministrazione, e sottoporre le operazioni stesse del Governo all'impero dei Tribunali civili (2).

Si domanderà quale può essere in questo caso la parte del diritto di privata proprietà. Si risponde, ch'esso viene conservato in tutta la sua integrità, e si lascia libero il campo alla sua azione, postochè la Costituzione riserva formalmente il diritto di tutela e d'indennità. Qual è dunque la perdita che fa il cittadino? Egli perde solamente il diritto di far giudicare la controversia fra lui e la nazione dai proprj Tribunali, sotto la protezione dei quali sta il suo stato. Questa perdita poi non è forzata, ma totalmente volontaria a lui, poichè egli la poteva prevenire mediante l'opposizione, dietro il pubblico avviso precedente all'alienazione. Con quest'atto poteva far valere le sue ragioni avanti ai Tribunali, conservare la propria competenza civile, anche ad onta che l'alienazione venisse posteriormente consumata con la scorta dell'Autorità amministrativa (3).

Quindi la variazione del Foro diventa così la conseguenza più tosto di un atto volontario del privato, che di una disposizione coattiva della

(1) Vedi Tomo II. del *Giornale di Giurisprudenza*, pag. 183 e seg. (a) trasporto che per legge si fa senza sua saputa dal Governo, egli ritiene il diritto del proprio Foro. Vedi Tomo V. del *Giornale di*

(2) Vedi *Giornale di Giurisprudenza*, Tomo I. pag. 96 (b). *Giurisprudenza*, pag. 167 (c).

(3) Questo è così vero, che nel caso di un

(a) Vedi l'Annotazione V. in fine di questo Volume. (DG) — (b) Vedi l'Annotazione I. pag. 1595. (DG) — (c) Vedi l'Annotazione VI. in fine di questo Volume. (DG)

legge. Ma dall'altra parte la legge considerando il prevalente interesse dell'andamento continuo dell'amministrazione, e la sconvenienza di assoggettare il fatto del Governo al giudizio dei Tribunali civili, non doveva sacrificare all'indolenza del privato questi eminenti interessi; ma doveva all'opposto, in conseguenza dell'indipendenza e superiorità dell'Autorità governativa, attrarre la cognizione del diritto privato alla sola Autorità competente a conoscere dell'intenzione, del valore e degli effetti proprj degli atti governativi.

Ecco in ultima analisi l'aspetto proprio del punto di questione esaminato fin qui. Da ciò risulta non esservi contraddizione alcuna fra le cose altrove insegnate e le cose esposte in questa Nota; poichè le prime tendono a dimostrare quale sia oggetto di pubblica amministrazione sì per la gestione che per il giudizio, considerando l'oggetto medesimo nella propria sfera presa isolatamente, e senza mescolanza alcuna; le seconde tendono a dimostrare quale sia la competenza, o, a dir meglio, a chi appartenga il giudizio, allorchè si mescolano le relazioni dell'ordine pubblico e del privato nelle scambievoli loro azioni ed interessi: e in questa ipotesi il criterio differenziale sta nel vedere se nell'affare controverso si verifichi una pura questione di diritto senza un atto intermedio governativo; o pure se nell'affare sia intervenuto l'atto governativo, per cui i Tribunali siano interdetti a pronunciare su l' medesimo.

A questa specie di affari si riferiscono le teorie poste in fronte al *Giornale di Giurisprudenza* (1), e specialmente le sei regole fondamentali ivi dedotte; come lo prova la loro stessa intestazione, nella quale si esprime la competenza di giudicare delle Autorità amministrative e giudiziarie nei loro *rapporti scambievoli*. Ristretto il discorso ai casi misti, la dottrina era imperfetta. Conveniva trattare eziandio dei casi puri dei due ordini separati, e della ragione fondamentale della rispettiva competenza giudiziaria, allorchè accade di conoscere d'un affare appartenente *esclusivamente* all'uno o all'altro ordine considerato isolatamente. Ecco perchè fu giudicato prezzo dell'opera di trattare la materia anche sotto questo secondo aspetto (Tom. II. pag. 339 e seguenti (2)), segnando particolarmente i contrasegni che possono far distinguere l'ordine pubblico dal privato in relazione alla competenza giudiziaria propria ed esclusiva dei medesimi. Così la trattazione del sog-

(1) Vedi in séguito di quest'Opera i paragrafi 1580 e seg. (DG)

(2) Vedi in séguito di questo scritto i paragrafi 1569 e seg. (DG)

getto fondamentale diveniva completa, perocchè si consideravano i due ordini civile e pubblico prima in senso isolato, indi in senso composto, e precisamente operanti l'uno su l'altro.

#### VIII. Riduzione delle idèe ad un solo punto di vista sistematico.

§ 1564. E qui si apre un punto di vista luminoso, onde chiamare ad un atto solo di derivazione tutte le singolari distinzioni e decisioni nel caso appunto in cui nello stesso affare di ragione civile concorrono i privati diritti ed un atto amministrativo.

Postochè il soggetto fondamentale della questione si figura di ragione civile, ne nasce la conseguenza che i rapporti reali e naturali dell'affare controverso sono di ragione civile. Ritenuto questo supposto, ne viene la necessaria conseguenza, che i rapporti di giustizia riguardanti il merito dell'affare sono essenzialmente di ragione civile; e quindi tutte le illazioni d'interesse e di diritto non conoscono altri limiti, che quelli dell'affare medesimo.

Da ciò viene la importante e perpetua conseguenza, che la ragione civile è l'unica e predominante per la decisione della questione in merito; e per lo contrario la ragione amministrativa, quanto alla competenza del giudice civile, non è che puramente accidentale ed incidente, postochè la natura intrinseca dell'affare è per sè civile, e poteva esistere senza il concorso del fatto amministrativo: e però ne sorge la grande regola, che in questi affari la ragione amministrativa agisce in via di semplice *eccezione*, e non mai in via di *regola* ordinaria.

Posto questo canone importante, ne emergono tutte le conseguenze regolatrici della competenza di giudicare in tutti quegli affari, nei quali vi ha un concorso di fatti amministrativi con le ragioni puramente civili. Tali sono, per esempio, le seguenti.

1.º Postochè l'atto amministrativo in un affare di sua natura civile non agisce che in via di eccezione, esso non può essere esteso oltre i suoi *naturali confini*. Dunque nella decisione dovrà tenersi conto solamente della *costituzione* propria dell'atto amministrativo, e dei di lui *effetti* proprj ed immediati.

Così un atto di tutela non si dovrà far valere come atto dispositivo e decisivo di diritto fra la parte tutelata ed il terzo.

Così un mero placito, onde abilitare taluno a conseguire un dato beneficio, non si dovrà far valere come atto dispositivo e decisivo di diritto fra la parte che ottenne il placito ed il terzo.

Così una mera riserva, pronunciata in via amministrativa, delle ragioni civili delle parti non altera nè la natura dell'affare, nè la competenza giudiziaria.

Viceversa, cadendo questione su la validità, l'intenzione o l'effetto proprio dell'atto amministrativo medesimo, ancorchè non disponga del diritto civile delle parti, è di pertinenza della stessa Autorità amministrativa, senza eccedere i confini proprj dell'atto medesimo.

2.º Postochè l'autorità di decidere in via amministrativa in un affare d'altronde di sua natura civile non può oltrepassare la costituzione e gli effetti proprj dell'atto, ne nasce la seconda regola speciale, che nello stesso affare l'Autorità civile potrà pronunciare in quella parte antecedente, concomitante e conseguente, che non è colpita dall'effetto proprio dell'atto amministrativo.

E qui si deve consultare se l'atto amministrativo, o sia meglio la questione amministrativa, sia *assorbente*, *pregiudiziale* o *concorrente* con la questione civile. Nel primo caso, come porta la natura stessa della cosa, prevale assolutamente il Foro amministrativo; nel secondo il Foro civile non agisce se non dopo che l'amministrativo abbia pronunciato. In questo caso però la *dipendenza* di ordine non risulta dalla natura propria dell'atto amministrativo, ma bensì dalla *connessione essenziale* delle cose, la quale fa sì che se la questione civile fosse *pregiudiziale*, il Foro amministrativo si troverebbe *dipendente* dal civile. Qui dunque propriamente la competenza non nasce dalla qualità delle attribuzioni, ma precisamente dalla natura reale delle cose stesse che si trovano connesse e dipendenti fra loro in qualità di antecedenti e conseguenti. Quando poi la questione sia semplicemente *concorrente*, nulla osta che le rispettive Autorità civili ed amministrative pronuncino entro la propria sfera, senz'aver altro riguardo che ai termini reali ed attuali della questione loro presentata (1).

3.º Quand'anche il fatto amministrativo formi l'unico titolo fondamentale del diritto civile del privato (come, per esempio, ogni specie di contratti contemplati dal Codice civile), e che per conseguenza in una data controversia il contratto avvenuto si possa riguardare come *unica fonte* di diritto; ciò non ostante tutte le questioni emergenti da questa unica fonte non sono di competenza amministrativa, ma sono tali solamente quelle che possono versare su l'intenzione dell'atto, e su l'effetto

(1) Vedi *Giornale di Giurisprudenza*, Tomo II. pag. 317 a 320 (a).

(a) Vedi le pag. 437 e 439 di questo Volume VII. (DG)

proprio voluto da questa intenzione: e per lo contrario sono di competenza civile tutte le altre questioni, le quali, fermo stante quest'effetto proprio, nè posta in dubbio l'intenzione suddetta, possono insorgere in conseguenza del contratto (1).

Tutte queste regole, relative alla competenza *ratione materiae* nelle scambievoli relazioni fra l'Autorità governativa e giudiziaria, sono risul-

(1) Vedi il celebre e classico Decreto governativo riportato nel *Giornale di Giurisprudenza*, Tomo I. pag. 95 a 98 (a).

(a) Vedi l'Annotazione I. in séguito di quest'Opera. — Giova qui riferire alcune *Riflessioni* che si leggono a questo proposito nel *Giornale* suddetto, Tomo VII. pag. 138-139 e 145, le quali hanno relazione a quanto è detto in alcuni Articoli in esse citati, che sono riprodotti in questo Volume nelle pagine che saranno a suo luogo indicate. Ecco il tenore di queste osservazioni, che ho riunito insieme dacchè erano analoghe, e non abbisognava riportare le discussioni che vi avevano dato occasione, perchè potevano intendersi anche da sole.

« Più volte si è parlato del *concorso* della questione civile con l'amministrativa; nel quale l'una delle due è principale, e l'altra *pregiudiziale* (vedi in questo Volume pag. 437 a 439, 420 a 422, e specialmente la nota (2) a pag. 421, e questo paragrafo 1564). Abbiamo pure notato, che anche adottandosi il modo teorico di decidere le questioni di competenza usitato fin qui, si poteva ciò non ostante distinguere le due questioni, e sospendere la decisione amministrativa fino a che la civile *pregiudiziale* fosse definita (vedi pag. 420 a 422). Ecco un caso, nel quale troviamo verificato ed eseguito quanto allora fu da noi desiderato; ed ecco avvalorata con un apposito Decreto (12 Dicembre 1811) la massima di *ordine* suggerita dalla ragione. »

« Abbiamo pure fin da principio notato, che col modo di pronunciare in forma di tesi, come si fa in Italia, più tosto che in forma di sentenza o di decisione giudiziale (come nei Decreti di Sua Maestà emanati nell'Impero), non si annullano in via positiva le decisioni incompetenti inferiori,

» ma solamente in una maniera implicita o indiretta. Ecco ciò che si è verificato nella Causa ora riferita. In essa era intervenuta una *Decisione* prefettizia capace di neutralizzare la cognizione dei Tribunali, malgrado la sua incompetenza (vedi il seguente § 1591). Ciò non ostante si prescinde da una speciale disposizione annullante la detta *Decisione*, e la *Causa* civile *pregiudiziale* viene lasciata ai Tribunali civili, come voleva ragione. Così senz'avvocare la *Causa* tutta al Consiglio, per decidere separatamente la questione dell'incompetenza della *Decisione* prefettizia, e poi rimettere la questione *pregiudiziale* civile ai Tribunali civili, si provvede a dirittura con un solo Decreto all'uno ed all'altro oggetto, come richiede il buon ordine, ed il bisogno dell'amministrazione della giustizia. »

« Anche in un altro Decreto (18 Dicembre 1811) la *Decisione* del Consiglio di Prefettura si considera come non avvenuta, e viene realmente annullata; ma ciò si fa soltanto in una maniera implicita ed indiretta. Per altro se la questione non era amministrativa per il merito, era di competenza del Re nel suo Consiglio di Stato per l'incidente della *Decisione* incompetente della Prefettura, la quale se bene si fosse mescolata contro ogni ragione in un affare civile, ciò non ostante non poteva essere corretta che dal suo Superiore amministrativo, cioè dal Re nel suo Consiglio di Stato, al quale solo spetta di annullare gli atti delle Prefetture e dei loro Consigli, e di dirimere e regolare il conflitto fra le Autorità civili ed amministrative, come Superiore comune di ambedue. » (DG)

tati certissimi ed incontroverti dei ripetuti Decreti e Decisioni supreme allegate in quest'Opera (1).

Nulla crediamo di aggiungere della competenza o incompetenza *ratione personae*, la quale deriva dall'indipendenza reciproca delle funzioni delle due gerarchie, per cui l'una non può giudicare l'altra; ma in ogni caso si deve ricorrere al Capo e Regolatore comune per farsi far ragione.

Conchiuderò solamente con l'osservare, essere assolutamente assurdo ed incompetente il motivo molte volte usitato, onde far valere come di competenza amministrativa un punto di questione, perchè solamente dalla decisione del medesimo ne possa nascere un futuro pregiudizio d'interesse alla causa pubblica: quasi che fosse ingiusto l'affermare ch'essa, come ha dei diritti, non possa avere anche delle obbligazioni; e quasi che sia vietato ai Tribunali il pronunciare in contraddittorio o per assolvere o per condannare, o per attribuire o per negare una ragione, allorchè una delle parti sia la Causa pubblica, per essere solamente Causa pubblica, fatta astrazione se si tratti di conoscere di un atto amministrativo, o no.

### NOTA II.

Che sotto l'incompetenza *ratione materiae* comprendasi anche l'incompetenza di attribuzione giudiziaria o amministrativa.

§ 1565. Nell'incominciare questa Nota io non posso a meno di manifestare una specie di ritrosia per dover riprodurre una spiegazione ovvia e notoria a chiunque ha salutato i limitari della Giurisprudenza. Io non l'avrei fatto, se una perpetua speranza non mi avesse manifestato almeno un oblio delle espresse disposizioni degli art. 169 al 172 del Codice di procedura civile, allorchè si tratta della declinatoria per motivo d'incompetenza *ratione materiae*; quasichè non si comprendessero anche le Cause di pubblica amministrazione, e quindi non si dovesse usare dello stesso modo di procedere.

Omettendo qui di esporre che cosa si comprenda sotto la frase *incompetenza per ragione di materia*, mi contenterò di addurre il seguente passo del sig. Merlin, applicato appunto al Codice di procedura civile, e decisivo specialmente su la questione, se sotto l'incompetenza

(1) Cioè nel *Giornale di Giurisprudenza*. Vedi la *Dichiarazione in fine* di questo scritto, pag. 1585. (DG)

per ragione di materia si comprenda anche l'attribuzione amministrativa; e quindi se nel caso che questa eccezione cada avanti al Foro civile, si debba o no procedere secondo il disposto degli articoli citati, che contemplano tutti que' casi nei quali non havvi conflitto.

« On distingue l'incompétence matérielle, *ratione materiae*, de l'incompétence personnelle, *ratione personae*. »

« La première a lieu lorsqu'un juge connaît d'une matière attribuée à un autre juge. »

« L'incompétence *ratione personae* est quand dans les matières de son ressort, un juge prononce entre des personnes qui ne sont point ses justiciables. »

« Le vice de l'incompétence *ratione materiae* est radical, et ne peut se couvrir ni par l'acquiescement, ni par la comparution des parties. »

« Ce principe, reconnu dans tous les temps, est de nouveau consacré par les art. 170 et 424 du Code de procédure civile. »

« Et c'est sur ce fondement que par un arrêt rendu le 5 Fructidor, an IX., sur un conflit d'attributions entre le Conseil de Préfecture et les Tribunaux du Département de la Somme, le Gouvernement a décidé qu'une affaire administrative sur laquelle les parties avaient plaidé volontairement devant les Tribunaux pendant plusieurs années, devait être renvoyée au Conseil de Préfecture, parceque *les incompétences prononcées à raison de la matière et puisées dans l'ordre publique, ne se couvrent pas* » (1).

Dà questo passo evidentemente risulta che la natura puramente amministrativa di un affare forma per li giudici civili un titolo d'incompetenza per ragione di materia; e ciò dietro l'autorità del citato Decreto governativo, e della intelligenza comune e notoria della Giurisprudenza.

Ciò viene confermato anche da una recentissima autorità, di cui ecco le parole:

« Si distinguono due sorte d'incompetenze: l'incompetenza *ratione personae*, e l'incompetenza *ratione materiae*. La prima è di Diritto privato; la seconda di Diritto pubblico. L'incompetenza *ratione personae* fu stabilita per il solo interesse del reo convenuto. Essa ha dato luogo a quest'assioma vulgare: *actor sequitur forum rei*.... Devesi dire altrimenti dell'incompetenza *ratione materiae*, la quale, come

(1) Vedi *Répertoire*, V. *Incompétence*, Tomo VI, pag. 66.

« dissi, è di Diritto pubblico. Gli affari, secondo la loro natura, appartengono o all'Autorità amministrativa, o all'Autorità giudiziaria. Questa divisione è stata necessaria tanto per evitare la confusione dei poteri, quanto per facilitare la decisione delle liti che possono insorgere fra particolari, e che li obbligano a ricorrere alle diverse Autorità stabilite dalla legge. »

« Queste divisioni, rese necessarie dall'interesse pubblico, essendo state una volta stabilite, impongono ad ognuno il dovere di conformarsi in modo, che non ista in facoltà delle parti stesse di sottoporsi ad una giurisdizione incompetente. E però la legge ha imposto ai giudici, nel caso d'incompetenza *ratione materiae*, l'obbligazione di disfarsi da sé stessi della contestazione che fu malamente portata avanti a loro, allorchè le parti omettono di dimandare la remissione. Tal è la disposizione formale dell'art. 170 del Codice di procedura civile. »

« L'art. 172 vuole che questa sorta di eccezione sia giudicata sommaria, senza poter essere riservata nè congiunta al merito principale. Di fatto sarebbe assurdo portare la decisione in merito di una lite avanti ad un Tribunale, la cui competenza è contrastata, e che per avventura deve da sé stesso disimpegnarsi dalla contestazione che gli è sottoposta » (1).

Questo passo non abbisogna di commentario per confermare il nostro assunto. Faremo solamente osservare, che per espresso dovere ogni Tribunale deve pronunciare su l'articolo dell'incompetenza di cui parliamo, anche per il motivo di evitare l'accusa di eccesso di potere, che fu sempre compreso sotto il titolo generale d'*incompetenza*. Di fatti, obbligato il Giudice a rendere giustizia negli affari portati avanti a lui, egli commette un atto contrario al suo dovere disimpegnandosi senza ragione della cognizione da lui implorata, o negando di pronunciare, o rimettendo semplicemente l'affare ad altra Autorità (2). Egli dunque per evitare l'accusa d'eccesso di potere non solamente deve disfarsi d'un

(1) *Jurisprudence des Cours souveraines sur la procédure*, Tomo XIII. pag. 143-144 (Paris chez Garnery 1812).

(2) « Vi ha eccesso di potere ... tutte le volte che un Agente od un Ufficiale di Polizia, un Giudice, un Tribunale o una Corte violano le regole di competenza, o sovvertono l'ordine delle giurisdizioni, sia esercitando la loro autorità in affari di altrui competenza; sia esercitando funzioni diverse da quelle che a loro sono attribuite negli affari di loro competenza; sia offendendo l'autorità della cosa giudicata; sia che, dimettendosi in tutto o in parte da un affare di propria competenza, lo deleghi o no ad altra Autorità. » (Art. 15. § 4. del Codice di procedura penale.)

affare da lui creduto di altrui pertinenza, ma eziandio deve addurne il motivo; e per ciò stesso è costretto a pronunciare con cognizione di causa che l'affare non è di sua competenza, ma di altrui, ed ordinarne la remissione al Giudice competente. Come si potrebbe ciò verificare con lo stravagante metodo semplicemente intenzionale, col quale si pretende che il Giudice a bocca chiusa, e senza pronunciare o motivare il suo giudizio, si spogli della cognizione di un affare, e lo rimetta ad altra Autorità? Come si potrebbe prevenire le remissioni puramente temerarie, e prevenire le capricciose o inutili protrazioni della giustizia?

L'opinione quindi che combattiamo, oltr'essere evidentemente ed espressamente contraria ai citati articoli del Codice di procedura civile, è formalmente nociva a quella spedita amministrazione della giustizia, che tutte le leggi esigono come primo bisogno, e che dettò la disposizione dell'art. 4. del Codice Napoleone.

Se ancora abbisognasse, in appoggio della legge, di aggiungere la costante pratica autorizzata da Decisioni superiori, a ciò servirà di prova la seguente Nota.

### NOTA III.

Decisioni delle Corti d'Appello dell'Impero francese su 'l punto d'incompetenza d'attribuzione per affare amministrativo.

§ 1566. 1.º La Corte d'Appello di Parigi, con sua Decisione del 15 Genajo 1808, giudicò dell'eccezione d'incompetenza di attribuzione, ed annullò una Sentenza del Tribunale di prima Istanza (1).

2.º La Corte d'Appello di Tolosa, con sua Decisione del 6 Termidoro, anno XII., riformò un Giudizio di prima Istanza, in cui era stata trattata l'eccezione d'incompetenza assoluta, e rigettò la domanda della parte stessa, che aveva opposta tale eccezione (2).

3.º La Corte d'Appello di Douay, con sua Decisione del giorno 24 Giugno 1806, decidendo il punto della competenza di attribuzione, rimise la causa all'Autorità amministrativa. Questa Decisione fu confermata dalla Corte di Cassazione il 30 Ottobre 1807 (3).

4.º La Corte d'Appello di Colmar, avanti la quale era stata proposta espressamente la questione d'incompetenza di attribuzione, decise la questione stessa giudicando della competenza. Questa Decisione del

(1) Sirey, Tomo X. Parte II. pag. 544. — (2) Sirey, Tomo V. Parte II. pag. 6 e 7. —

(3) Sirey, Tomo XI. Parte II. pag. 67 e 68.

giorno 16 Piovoso, anno XII, fu confermata dalla Corte di Cassazione con sua Decisione del giorno 13 Messidoro, anno XII (1).

5.° La Corte d'Appello di Parigi, su la questione precisa di competenza d'attribuzione, decise espressamente, *rigettando* la declinatoria per questo titolo. Questa Decisione fu confermata dalla Corte di Cassazione il giorno 14 Brumale, anno XIII (2).

6.° Avanti la Corte d'Appello di Torino fu espressamente eccepito d'incompetenza per ragione di materia del Tribunale civile inferiore. Essa nel giorno 20 Giugno 1807 espressamente *annullò* la detta Sentenza, e dichiarò che l'affare era di *competenza amministrativa*; e quindi rimise le parti avanti alla medesima (3).

7.° Decisione della Corte d'Appello di Parigi, che confermò la Sentenza del Tribunale di commercio della stessa città, a fronte della eccezione d'incompetenza di attribuzione espressamente allegata; la qual Decisione fu confermata li 2 Germinale, anno XI, dalla Corte di Cassazione. (4).

(1) Sirey, Tomo IV. Parte II. pag. 505 a 507.

(2) Sirey, Tomo V. Parte I. pag. 214 a 216.

(3) Sirey, Tom. VII. Part. II. p. 678 a 682.

(4) Sirey, Tomo III. Parte II. pag. 246.

## LIBRO VI. (1)

Quali sono in generale le questioni che si possono dire di pubblica amministrazione, e quali nell'attuale sistema del Regno quelle che si possono dire di competenza amministrativa?

### RISPOSTA IN ORDINE TEORICO.

§ 1567. = Si può dire in generale essere per sè stesse questioni di *pubblica amministrazione* tutte quelle che cadono sopra oggetti di loro natura appartenenti alla *ragione pubblica*, considerata tanto in relazione alla persona individua dello Stato, quanto in relazione ai cittadini contemplati nella loro generalità.

Si può dire nell'attuale sistema del Regno essere questioni di *competenza amministrativa* tutte quelle che cadono o sopra *oggetti* attribuiti da leggi generali o speciali all'Autorità amministrativa, o sopra *atti* della medesima, o i loro effetti proprj, qualunque sia l'affare nel quale tali atti intervengono. =

### RISPOSTA IN ORDINE LEGISLATIVO.

§ 1568. = Si può dire nell'attuale sistema del Regno essere questioni di *competenza amministrativa* tutte quelle che cadono o sopra *oggetti* attribuiti da leggi generali o speciali all'Autorità amministrativa, o sopra *atti* della medesima, o i loro effetti proprj, qualunque sia l'affare nel quale tali atti intervengono.

Nel silenzio o nell'oscurità della legge sono questioni di *competenza amministrativa* tutte quelle che cadono sopra oggetti di loro natura appartenenti alla *ragione pubblica*, considerata tanto in relazione alla persona individua dello Stato, quanto in relazione ai cittadini contemplati nella loro generalità, semprechè la loro cognizione non sia stata attribuita ad altra Autorità. =

(1) È tratto dal *Giornale di Giurisprudenza Universale* dell'anno 1812, Tomo II. pag. 355 a 368. (DG)

## ARTICOLO I.

Ragioni del quesito.

§ 1569. La prima parte del quesito, come ognuno vede, è di *ragione naturale*, perchè deriva dalla natura stessa delle cose, indipendentemente dalle disposizioni positive delle Leggi e dei Regolamenti di qualunque Governo. La seconda parte è tutta di *ragione positiva*, perchè è fondata unicamente su l'autorità delle Costituzioni, delle Leggi e dei Regolamenti del Regno.

Quantunque in molti Stati di Europa siasi usato, e attualmente si usi ancora, di cumulare nelle stesse persone attribuzioni amministrative e giudiziarie (dette altrimenti *politiche e civili*), ciò non ostante per questa unione esse non cangiano la rispettiva natura, come non la cangiano la tiara e la spada unite nello stesso Principe.

Così pure nell'attuale sistema del Regno, fatta la separazione della gerarchia giudiziaria dall'amministrativa, e resele indipendenti l'una dall'altra, benchè il Legislatore nel fissarne le attribuzioni possa avere per lo più seguito la *natura* intrinseca degli affari; ciò non ostante non si può assumere codesta natura come criterio pratico nel giudicare: sì perchè talvolta il Legislatore per superiori considerazioni nell'assegnare le competenze può aver deviato dall'indole naturale dell'affare; e sì perchè il criterio eminente dell'amministratore e del magistrato sta nella legge. Egli dunque è costretto a riconoscere la competenza delle attribuzioni dietro l'assegnazione fatta dalla legge all'una o all'altra gerarchia, fatta astrazione a quale delle due dovesse il detto affare naturalmente appartenere. Per questa ragione nella seconda parte del quesito non fu domandato quali siano le questioni di *pubblica amministrazione*; ma bensì quali siano le questioni di *competenza amministrativa*, per distinguere quelle che sono tali di loro natura da quelle che sono rese tali per autorità positiva.

Ma siccome nel silenzio assoluto o nell'oscurità della legge relativa alle competenze dell'ordine amministrativo conviene ricorrere ai principj naturali di ragione; così è necessario conoscere quali per *ragione naturale* siano le questioni di pubblica amministrazione, onde nel caso che si presenti effettivamente una questione, la quale si riferisca ad un oggetto che non è di ragione civile, ma che nello stesso tempo non fu domandato, nè per disposizione speciale nè per disposizione generale, all'Autorità amministrativa, determinare a chi ne compete la cognizione.

Egli è però necessario guardarsi che la illazione non vada a ferire non solamente le disposizioni espresse, ma nè meno lo *spirito* del sistema della ragione positiva, perocchè in pratica il ricorso alla ragione naturale delle cose non può essere mai che *sussidiario*.

In forza di queste considerazioni pare che la prima parte della risposta, che nell'ordine logico precede la seconda (perchè la ragione naturale o essenziale delle cose precede la ragione volontaria e positiva), si possa convertire in un canone positivo e regolatore della Giurisprudenza che supplisce alla legge.

Ecco il perchè volendo io insinuare un eminente e pieno criterio, co'l quale potere in ogni caso riconoscere a quale Autorità possa appartenere la cognizione di un dato affare, ho dovuto proporre il quesito nei termini sovra espressi; e il perchè la risposta (fatta astrazione dalla sua intrinseca verità) deve necessariamente abbracciare due parti.

Dopo le cose di ragione e di autorità premesse in questo Giornale (1), pare che la soluzione del proposto quesito dovrebbe emergere come spontanea conseguenza. Ma più addentro considerando la materia, si troverà che tutto quello che fu esposto fin qui, quanto è sufficiente a preparare una più precisa e categorica risposta in una *parte subalterna*, cioè in quella che riguarda le collisioni fra l'ordine giudiziario ed amministrativo; altrettanto è insufficiente a determinare quel principio direttivo che deve abbracciare *tutta* la sfera della ragione amministrativa, sia che si riguardi la disposizione della legge, sia che si riguardi l'operato dei funzionarj, sia che l'affare cada sotto le considerazioni manifestate dal Legislatore, sia ch'esso cada sotto l'impero dei principj generali di ragione. Per lo che co'l proposto quesito si spingono le vedute dei lettori sopra *tutto* l'orizzonte della competenza amministrativa, tanto ad oggetto di rendere più preciso il criterio giuridico su le materie che a modo di preparazione furono trattate in questo Giornale, quanto ad oggetto di compiere il quadro delle nozioni direttrici in punto di competenza amministrativa. Ecco le ragioni della posizione del quesito.

(1) Essendo questo Libro tratto, come si disse, dal Tomo II. del *Giornale di Giurisprudenza*, si può riferire questa indicazione alla seguente Appendice, che consta di Articoli già inseriti nel Tomo I. del Giornale medesimo. Si veggano pure le Annotazioni I. II.

V. e VII. che seguiranno, ed altri brani inseriti in questa Collezione, estratti dai Tomi I. e II. del *Giornale di Giurisprudenza*. Ad agevolare la ricerca servirà il Catalogo che se ne dà in fine di questo Volume.

## ARTICOLO II.

Limiti del quesito.

§ 1570. Prima di passare a spiegare il tenore ed a comprovare la verità della risposta, giova avvertire che altro è il determinare in via di massima i caratteri perpetui delle questioni di competenza amministrativa, onde prevenire i conflitti e gli eccessi di potere; ed altro è il pronunciare o d'Ufficio o in via contenziosa su la questione stessa della competenza.

Nel primo caso si tratta delle attribuzioni considerate in sè medesime, fatta astrazione dalle persone che possono violarle, o che ne possono giudicare autorevolmente: nel secondo caso si tratta dell'autorità rispettiva del giudice o del funzionario a giudicare del punto stesso della competenza, o del fatto stesso col quale può violarla o difenderla.

Quando un funzionario giudica della competenza, egli non esercita veramente una funzione nè di ragione civile, nè di ragione amministrativa; ma esercita propriamente una funzione di ragione costituzionale, perocchè le Costituzioni nel fissare le attribuzioni si diramano fino alle più piccole Autorità costituite.

Quando il funzionario viola la competenza, sia offendendo le attribuzioni o la giurisdizione altrui, sia ricusando d'usare di quell'autorità che le Costituzioni gli comandarono di esercitare; o quando si oppone all'usurpazione fatta da altra Autorità del potere a lui confidato; ragion vuole che si debba ricorrere ad una superiore Autorità, la quale reprimendo gli abusi, corregga il mal fatto, costringa ad agire, e tolga il conflitto. Tutto ciò forma parte del *régime costituzionale*.

In forza di questa considerazione sorgono due domande; cioè:

1.° Quali siano le *persone* autorizzate a giudicare degli atti competenti o incompetenti delle Autorità giudiziarie o amministrative, a mantenere l'ordine delle attribuzioni e delle giurisdizioni, a dirimere i conflitti, a reprimere o riparare le violazioni fatte all'ordine delle competenze?

2.° Come si deve procedere in tutte queste operazioni?

Tali questioni non si riferiscono, è vero, al diritto statuyente e regolatore delle competenze, ma bensì alla parte giudiziaria riguardante l'esercizio del potere delegato, prescindendo dal merito dell'affare. Quelle che riguardano il diritto statuyente si possono dire antecedenti all'esercizio pratico delle rispettive Autorità; quelle che riguardano il

fatto reale di questo esercizio si possono dire susseguenti. Ma siccome il Legislatore deve sempre statuire sotto ambedue le posizioni sì antecedenti che susseguenti, così il quesito può abbracciare alcune questioni di diritto susseguente, in quanto per massima una data Autorità è indipendente da una data altra.

Ecco i confini, dentro i quali versa il quesito.

## ARTICOLO III.

Osservazione su la cassazione governativa de' giudizj dei Tribunali civili in punto di competenza d'attribuzioni.

§ 1574. Qui cade opportunamente un'osservazione. Postochè le Autorità costituite a pronunciare su i conflitti e gli eccessi di potere non giudicano nè dispongono in qualità di giudici d'una data materia civile o amministrativa, ma in qualità di tutori e regolatori della competenza, esse debbono essenzialmente avere il potere di annullare tutti gli atti incompetenti, e di regolare nel conflitto, o in qualunque altra circostanza, l'esercizio pratico del potere assegnato dalle leggi ad ogni Autorità costituita. Per questa ragione la Corte di Cassazione, fra i Tribunali civili, o fra i Tribunali civili e militari di terra e di mare, fu costituita regolatrice delle competenze. Quando pronuncia in questa qualità, essa non giudica o statuisce in qualità di Tribunale civile o di Tribunale criminale, ma in qualità di Autorità tutoria della costituzione dei poteri delle dette gerarchie. In tale qualità pertanto essa annulla anche d'Ufficio gli atti incompetenti, corregge gli eccessi di potere, e rimette le cause alle Autorità competenti.

La stessa ragione e lo stesso metodo conviene pure al Re nel suo Consiglio di Stato. Costituito giudice supremo dell'ordine amministrativo, egli esercita fra le Autorità amministrative anche una cassazione di diritto per motivo di atti incompetenti, o di conflitto fra le medesime. Egli pure esercita lo stesso diritto su le Autorità giudiziarie ed amministrative, quando l'una o l'altra, uscendo dalla propria provincia, invade la competenza dell'altra, o esse contrastano fra loro per l'esercizio della rispettiva autorità sopra un dato oggetto. La necessità stessa delle cose importa un tale diritto ed esercizio dell'autorità del Re. Imperocchè l'ordine giudiziario e l'ordine amministrativo essendo stati, per la Costituzione e per le leggi, separati e resi scambievolmente indipendenti, non possono essere giudici l'uno dell'altro; e però fra essi l'unico superiore e regolatore comune essendo il Re, egli solo nel suo

Consiglio di Stato ha diritto di pronunciare su tutti gli atti che cadono nelle loro *scambievoli* relazioni. Senza di ciò non sarebbe provveduto alla tutela di una delle parti più importanti della Costituzione. Egli quindi ha diritto di cassare gli atti incompetenti per ragione di materia dei Tribunali civili, al pari degli atti delle Autorità amministrative.

Contro questa conclusione non si può muovere oggetto, in vista della forma dei Decreti di competenza riferiti di sopra (1), in que' casi nei quali se bene si verificassero giudicj incompetenti dei Tribunali civili, ciò non ostante tali giudicati non furono cassati o dichiarati come non avvenuti; imperocchè dal fatto di mere *dichiarazioni* di massima, ch'è piaciuto alla suprema Autorità di pronunciare, non lice dedurre la *manca*za di diritto a cassare atti incompetenti dei Tribunali civili, allorchè l'affare è di esclusiva competenza del Re, come unico giudice regolatore della controversia.

Nè a ciò può fare ostacolo, come alcuni immaginano, il riguardo che il Governo professa verso i giudicj dei Tribunali civili. Imperocchè un tale riguardo non cade su l'argomento della competenza di attribuzioni, ma cade unicamente su l'argomento dell'interesse dei cittadini, lo stato dei quali fu posto sotto la protezione dei Tribunali, e sottratto dal giudizio delle subalterne Autorità amministrative (2). Ora in una questione di competenza non si tratta nè dell'interesse, nè dello stato dei cittadini, ma della conservazione dell'ordine costituzionale. In una questione di competenza, qualunque ne sia il giudice, egli non pronuncia in qualità nè di giudice civile, nè di giudice criminale, nè di giudice amministrativo; ma in qualità di tutore del diritto costituzionale, o sia come giudice di Diritto pubblico del Regno.

Se a togliere ogni dubbio fosse necessario il soccorso dell'Autorità, io potrei citare gli esempj di tutti i Decreti governativi ed imperiali dell'Impero francese in punto di competenza, nei quali ogni volta che per

(1) Pare che l'Autore riferisca questo cenno alle Decisioni di competenza che nel *Giornale di Giurisprudenza* precedono lo scritto che forma questo Libro VI., e sono riportate nell'Annotazione VII. fra quelle che ho aggiunto a quest'Opera (in fine di questo Volume. (DG)

(2) « Il potere giudiziario è indipendente dall'amministrativo. Lo stato dei cittadini » è sotto la protezione dei Tribunali » (dice la Costituzione di Sua Maestà l'Imperatore, data al Principato di Varsavia). Viceversa si può dire: il potere amministrativo è indipendente dal giudiziario. Lo stato dell'amministrazione pubblica, non riservata al Re, sta sotto la protezione dell'Autorità amministrativa. Tanto essa quanto i Tribunali sono sotto la protezione del Re.

parte dei Tribunali civili intervenne un giudizio incompetente furono cassati, ossia dichiarati come non avvenuti. (1).

#### ARTICOLO IV.

Se il criterio allegato nella Risposta sia universale.

§ 1572. Prescindendo per ora dalla verità o falsità intrinseca del criterio stabilito nella Risposta, domando se sia universale, e però se si possa riposare su l' medesimo per farne uso in tutti i casi pratici, nei quali si tratti di determinare se una tale questione sia o no di competenza amministrativa.

A fine di rispondere con sicurezza è d'uopo prima di tutto assicurarsi quale, secondo le leggi, sia in generale il campo esclusivo, dentro il quale possono intervenire tali questioni; e precisamente quali le materie e quali le persone a cui si possono riferire, fatta astrazione se la questione sia o no di competenza civile o amministrativa.

Nel sistema organico ed amministrativo del Regno conviene prima di tutto fare una grande separazione di materie nel rapporto della competenza.

1.º Alcune sono di ordine totalmente legislativo; nel che si comprende la formazione delle leggi, e le interpretazioni loro legislative e regolamentari. Queste funzioni non cadono nella sfera nè del Quesito, nè della Risposta. Può, è vero, un giudice ed un amministratore commettere un eccesso di potere usurpando una tale funzione; ma allora si tratta di conoscere di un delitto, non mai d'una questione di competenza, in quel senso nel quale le Costituzioni e le Leggi hanno supposto i conflitti, le declinatorie e i giudicj regolatori. Questo primo ramo pertanto va detratto dalla sfera degli oggetti su i quali versa il criterio.

2.º Altre materie sono d'un ordine amministrativo così eminente, che la loro direzione e cognizione viene riservata al Re, o assoggettata a statuti costituzionali e di un ordine straordinario (2). Nè meno queste

(1) Alcuni esempj si possono vedere nel *Giornale di Giurisprudenza* (a).

(2) Tal è, per esempio, l'esercizio del diritto di grazia, il quale se venisse anche per iniziativa usurpato dai Tribunali o da altre Autorità amministrative inferiori, potrebbe bensì dar luogo ad una coercizione in via straordinaria per parte del Re, ma non potrebbe entrare mai nel novero di quelle questioni di competenza contemplate dagli Statuti e dai Regolamenti. Tali le altre materie contemplate negli art. 15. 17. 18. del sesto

(a) E se ne riferirono parecchi in quest'Opera stessa, Lib. V. in fine, e nelle Annotazioni che ho aggiunto in fine del Volume, pag. 1593 e seg. (DG)

possono cadere nella sfera delle materie contemplate nel quesito, su le quali è invocata la decisione del Re nel suo Consiglio di Stato.

3.° Vi sono materie, la cognizione e la disposizione delle quali è affidata in primo grado ed in via ordinaria ai Ministri ed alle Magistrature giudiziarie ed amministrative. Queste sono appunto quelle su le quali, secondo l'intenzione delle Costituzioni e delle Leggi, possono versare le questioni di cui si ragiona.

Determinato e circoscritto così il campo dell'indagine, vediamo se il criterio stabilito sia universale.

Due soli sono gli oggetti che si possono distinguere nell'esercizio di ogni Autorità costituita: il primo consiste nella *qualità* dell'affare, del quale il funzionario si deve occupare; il secondo consiste nella *prerogativa* del relativo Ministero od Ufficio. Il dato affare appartiene o no ad una tale magistratura? Ecco la prima questione. — Quel magistrato o funzionario è desso per le sue funzioni soggetto al giudizio, o è dipendente (1) dagli ordini di un dato altro? Ecco la seconda questione. Fuori delle cose e delle persone, e dei loro rapporti, vi può essere mai oggetto d'indagine?

Ciò posto, ne viene che tutto il soggetto, su'l quale possono cadere le controversie di competenza, fu contemplato nella prima parte della seconda Risposta.

#### ARTICOLO V.

Del modo di riconoscere la competenza per ragione della materia.

§ 4573. Ripigliamo l'una e l'altra di queste ricerche. Il dato affare appartiene o no ad una tale magistratura? Come potrò io rispondere con sicurezza a questa domanda? Domandare se il tale affare appartenga al dato Ministero od Ufficio, egli è lo stesso che domandare se la legge lo abbia di fatto *sottoposto* all'autorità del medesimo: la domanda è dunque tutta *di fatto*. Dunque la risposta dev'essere pure *di fatto*, e di *fatto positivo*, e comprovato o mediante la disposizione particolare o generale della legge organica, o mediante la ragione sussidiaria alla legge, avuto riguardo alla qualità della materia.

La risposta risulta essa affermativa? Allora conchiudo che l'Autorità amministrativa o la giudiziaria è la competente. Io allora conchiudo

Statuto costituzionale; e in generale ogni altra, su la quale all'occasione del contenzioso il Re non decide nel suo Consiglio di Stato.

(2) Anche nel *Giornale di Giurisprudenza* si legge *dipendente*. Confrontando però il seguente Articolo VI., sembra che forse debba leggersi *indipendente*. (DG)

che l'una può e l'altra non può validamente conoscere dell'affare medesimo. Risulta forse che una parte o un dato punto dell'affare appartiene ad una delle Autorità, e l'altro punto appartiene all'altra? Allora io conchiudo che ciascuna di esse dovrà conoscere e disporre della sua partita, ed astenersi dal conoscere e dall'ingerirsi nell'altra partita.

E perchè ciò? Perchè le leggi stabiliscono che ogni gerarchia deve conoscere *esclusivamente* degli affari commessi alla propria autorità, e che l'una non può ingerirsi nelle facende dell'altra; e ciò sotto pena di nullità, e talvolta eziandio sotto pene personali contro il funzionario che si mescolasse nell'altrui giurisdizione. Di fatto esaminate moltissime Decisioni segnatamente dell'Impero francese, e voi le vedrete appoggiate alle leggi che decretarono la separazione delle funzioni amministrative dalle giudiziarie, e che proibirono sotto penale sanzione ai rispettivi funzionari di mescolarsi nelle altrui incumbenze. Le stesse sanzioni esistono pure presso di noi (1).

Io veggio, voi mi direte, che allorquando ho determinata la totale o parziale appartenenza d'un affare o di una controversia ad una o ad altra Autorità, non può nascer dubbio veruno su la competenza rispettiva per ragione di materia, e quindi su i diritti e doveri che incombono ai giudici ed agli amministratori; ma la difficoltà sta appunto nel conoscere e nell'accertare codesta appartenenza. Ora come posso io procedere in ciò con la sicurezza di non errare?

Studiate, io rispondo, i Codici, le Leggi, i Regolamenti, le Risoluzioni, le Dichiarazioni; impossessatevi dei principj di ragione fondati nelle relazioni sì pubbliche che private; esaminate i ministeri ai quali è ordinata l'esecuzione del dato Regolamento o della data Legge; e voi procederete con cognizione di causa.

Pretendereste forse in una materia, che tutta dipende dalla volontà della legge, d'indovinare o per teoria filosofica, o per ispirazione di buon senso, come siano state costituite le Autorità dello Stato, e quali materie il Legislatore abbia affidate alla rispettiva loro direzione ed al loro giudizio? Il primo mezzo pertanto di determinare l'appartenenza di un dato affare sarà quello di studiare la disposizione delle leggi, e dedurre, o per disposizione espressa o per induzione, a quale Autorità sia commessa la direzione e la cognizione delle relative controversie. Ma lasciamo di trattenerci più oltre sopra un argomento ch' esce dalla sfera delle nostre ricerche.

(1) *Regolamento organico della giustizia* Codice di procedura penale, art. 15. — *Codice civile e criminale*, art. 153, 154, e 155. — *Codice penale*, art. 127.

## ARTICOLO VI.

Della competenza per ragione dell'esercizio delle funzioni.

§ 1574. Tutto il fin qui detto concerne la competenza, avuto riguardo alla *qualità* della materia, e fatta astrazione dalle operazioni o sia dal fatto dell'amministratore o del giudice civile. Ora succede il secondo titolo, derivante dalla qualità del ministero o dell'ufficio del giudice o dell'amministratore. Questo titolo, fatta astrazione dalla qualità intrinseca degli affari, è per se stesso indeterminato, perchè si riferisce ad ogni specie di atti d'Ufficio, siano giusti o ingiusti, competenti o incompetenti. Il principio dominante essendo l'*indipendenza* scambievole degli Uffici o dei Ministeri giudiziarij ed amministrativi, non solo importa di sua natura che gli uni non possano mescolarsi nelle facende degli altri, ma importa eziandio che gli uni non possano nè correggere, nè in altro modo controvertere gli atti degli altri, comunque fossero irregolari ed incompetenti: in ogni caso ciò dev'essere fatto dalla superiore Autorità, dalla quale ognuno dipende.

Si noti bene: in tali questioni non si tiene precisamente conto della *qualità* della materia su la quale cadde l'atto, ma principalmente se esso fu fatto d'Ufficio, ossia da un'Autorità nell'esercizio delle sue funzioni, sia di giudice o di amministratore.

Per lo che, sia che competentemente, sia che incompetentemente intervenga, per esempio, in una materia civile un atto di Autorità amministrativa, quando si tratta di controvertere la forza o la qualità o il suo effetto proprio, ciò non potrà essere eseguito dall'Autorità giudiziaria, ma o dall'Autorità amministrativa che praticò l'atto, o dalla superiore, dalla quale essa dipende: senza di ciò l'indipendenza del Ministero o dell'Ufficio non potrebb'essere conservata.

## ARTICOLO VII.

Avvertenza.

1575. Qui è d'uopo bene avvertire a due circostanze. La prima si è (1), che non ogni atto della persona o individuale o collettiva di un amministratore è atto di Autorità amministrativa, come non ogni atto della persona o individuale o collettiva d'un giudice è atto di Autorità

(1) Della seconda circostanza l'Autore parla nell'Articolo IX. (DG)

giudiziaria. Certamente nè meno il vulgo potrebbe confondere gli atti di domestica economia, la costituzione dei crediti e dei debiti privati, e le ordinazioni estranee all'Ufficio con atti d'Ufficio (1). Dunque la natura e la sfera dell'Ufficio determina l'autorità dell'atto. Egli è dunque importante di ritenere la definizione già allegata (2) dell'atto amministrativo, in quanto può formare oggetto di competenza.

A maggiore schiarimento conviene notare:

1.° Che vi sono certi atti demandati ad un'Autorità amministrativa, ma che sono *famulativi*, dirò così, dell'esercizio di un'altra Autorità. Così allorchando per ragioni demaniali o della Corona l'amministratore in figura di attore o di reo convenuto compare in giudizio, ed accorda o ricusa una data cosa, non pratica di quegli atti d'autorità amministrativa che possono cadere sotto la sfera della separazione delle funzioni o dell'indipendenza dei poteri; ma bensì un atto di pura amministrazione famulativa, perchè la legge stessa con l'averlo ordinato o autorizzato la procedura non indusse questa indipendenza (3).

2.° Lo stesso si verifica per gli atti di Polizia giudiziaria, esercitati da alcune persone che sono nello stesso tempo rivestite di funzioni amministrative. La qualità dell'ufficio subordinato all'ordine giudiziario non rende indipendenti i loro atti di Polizia giudiziaria dal potere giudiziario, benchè tali persone siano veramente pubblici amministratori.

3.° Non si può dire nè meno che appartengano ad atti di Autorità amministrativa le *testificazioni* che un individuo o un Corpo amministrativo fanno circa un atto esercitato da loro medesimi, od un fatto anche estrinseco; poichè il fare le funzioni di storico, anche munito di fede (come nei processi verbali), non produce veruna disposizione di fatto, e non impone veruna obbligazione ad alcuno. La qualità anche di depositario parziale della fede pubblica non entra nelle attribuzioni amministrative.

« Un certificato (dice il sig. Merlin) non è uno di quegli atti dell'Autorità amministrativa, ai quali è vietato al potere giudiziario di » contravenire. Altro è per parte di un'amministrazione il fare od ordinare ciò ch'è nelle sue *attribuzioni*, altro è intervenire come testimone per attestare ciò ch'essa ha inteso di fare o di ordina-

(1) Veggasi, per esempio, il caso singolare riferito nella Nota in fine di questo Lib. VI.

(2) Tomo I. del *Giornale di Giurisprudenza*, pag. 35. (a)

(a) Vedi in séguito di questo scritto il paragrafo 1589. (DG)

(3) Se ne veggia un esempio nella Causa fra il pubblico Demanio e Martinengo nel *Giornale di Giurisprudenza Universale*, Tomo I. pag. 278. (b)

(b) Vedi l'Annotazione VIII. in fine di questo Volume. (DG)

» *re* (1). Nel primo caso essa veramente AGISCE COME AUTORITÀ, e niun Tribunale può decidere il contrario di ciò ch'essa ha fatto ed ordinato; ma nel secondo caso essa non agisce più come Autorità » (2).

Da tutto ciò pertanto lice conchiudere, che allorquando si tratta di conoscere della rispettiva competenza in un affare per ragione degli atti praticati da un Ufficio o da un Ministero amministrativo o giudiziario, converrà osservare la qualità generale, se esso sia o no d'Ufficio o di Ministero; poichè la legge vuole la reciproca indipendenza di tali Uffici o Ministeri, e non la indipendenza delle operazioni indefinite dei giudici e degli amministratori.

### ARTICOLO VIII.

Quando possa o non possa appartenere ai Giudici ordinarij il decidere in vista d'un atto non ufficiale d'un Amministratore.

§ 1576. Quà cade un'osservazione. Allorchè un amministratore emette una ordinazione o decisione *incompetente*, non esce forse dalla sfera delle sue attribuzioni? E pure un'ordinazione o decisione incompetente dev'essere rispettata dal potere giudiziario. E perchè ciò? Perchè si dice fatta per autorità amministrativa; e però la decisione o l'ordinazione non può essere corretta che dall'autorità amministrativa. Ora fra gli atti incompetenti non vi possono forse entrare anche atti *estranei* alle attribuzioni, e non essere per conseguenza d'Ufficio, ossia relativi alle funzioni dell'amministratore? Il conoscere della competenza od incompetenza originale dell'atto non è forse riservato alla superiore Autorità amministrativa? Dunque anche il conoscere se quel tal atto sia o no d'Ufficio apparterrà pure alla stessa Autorità. Ne verrà forse da ciò che il giudice civile non possa pronunciare sopra un affare allorchè v'intervenisse un atto che non era d'Ufficio?

#### RISPOSTA.

Prima di tutto conviene distinguere il soggetto della teoria antecedente dal soggetto della obiezione. Altro è dire quali atti si debbano in sè stessi caratterizzare di autorità amministrativa, e quali no; ed altro è dire a chi compete di conoscere del punto dell'appartenenza allorchè

(1) Con quanta maggiore ragione dee valere il principio allorchè l'attestazione versa sopra un altro oggetto! (2) *Questions de droit*, V. *Biens nationaux*, § 1. Tom. II, pag. 46.

sorge questione su di esso. La prima ricerca versa su la *natura* stessa dell'atto, fatta astrazione dal giudice che ne può conoscere; la seconda ricerca ha per oggetto di determinare *quale debba essere il giudice* che deve pronunciare su la questione, se quel tal atto sia o no d'Ufficio, e se per conseguenza sia o no capace a fondare una giurisdizione.

Allorchè esiste l'atto dell'amministratore, e che non è assolutamente d'Ufficio, ma non insorga questione alcuna su la sua qualità di ufficiale o non-ufficiale, il giudice può, in un affare di sua natura civile, procedere alla decisione, come in qualunque altro caso. Allora il giudice civile, prendendo per sua norma la legge generale delle attribuzioni, non si erige giudice dell'atto praticato, ma propriamente verifica i confini della propria giurisdizione, e si assicura di non violare la giurisdizione altrui, giudicando d'un affare di sua natura civile, e naturalmente sottoposto alla propria giurisdizione.

Per lo contrario se si move questione se l'atto per sè stesso fosse o no nelle attribuzioni generali dell'amministratore, e quindi fosse o non fosse d'Ufficio, si move una questione radicale di attribuzione, la quale pare che dovrebb'essere decisa dalla superiore Autorità amministrativa; perchè altrimenti sarebbe in balia dell'Autorità giudiziaria di attentare contro la sorgente stessa del potere amministrativo.

### ARTICOLO IX.

Differenza fra gli atti di gestione e gli atti di Autorità amministrativa.

§ 1577. La seconda circostanza a cui si dee riflettere si è, che non ogni atto, benchè competente ad un amministratore e che appartiene all'amministrazione, si può dire atto di Autorità amministrativa ad effetto di fondare o di escludere una competenza. Molti atti di semplice economia patrimoniale si debbono eseguire da uno o più amministratori; ma non per questo tali atti sono di Autorità amministrativa ad effetto di escludere i Tribunali dal conoscere delle questioni di *mio* e *tuo*, che possono insorgere tra l'amministratore ed il privato.

Così, per esempio, fingasi una resa di conto, in cui o da una parte o dall'altra insorga questione del rispettivo *dare* ed *avere* in affari puramente privati; fingasi pure una questione di confini, od altra simile contemplata dalle leggi civili, tra un'Amministrazione patrimoniale della Corona o dello Stato: si domanda se l'atto della resa di conto o della fissazione dei confini sia o no un atto che il determinato amministratore doveva eseguire, ed era relativo alle sue funzioni. È certo che si:

e pure tali atti non sono della natura amministrativa di cui si parla, ad oggetto di escludere la competenza dei Tribunali a conoscere delle questioni di *mio* e *tuo*, che possono insorgere tra il privato e l'amministrazione.

Dunque è manifesto che non ogni atto di amministrazione è atto di Autorità amministrativa ad oggetto di fondare una competenza amministrativa, e di escludere una competenza giudiziaria (1).

### ARTICOLO X.

Degli effetti proprj degli atti amministrativi.

§ 1578. Nella Risposta furono distinti gli *effetti proprj* degli atti dell'Autorità amministrativa dall'atto stesso considerato nella sua entità. Certamente se si potessero controvertere gli effetti naturali e immediati degli atti dell'Autorità amministrativa, si distruggerebbe essenzialmente l'amministrazione medesima. *Amministrare* è lo stesso che *agire*; ed *agire* è lo stesso che *produrre un determinato effetto*. Dunque distruggendo un determinato effetto dell'atto amministrativo si distruggerebbe l'entità stessa dell'amministrazione.

(1) A questo proposito giova riferire una Nota dell'Autore, che si legge nel *Giornale di Giurisprudenza*, Tomo II, pag. 133-134, relativa ad una Decisione emanata dal Consiglio di Stato, nella quale era espressamente stabilita la vera natura degli atti di Autorità amministrativa, e la loro distinzione dagli atti di pura amministrazione esecutiva o gestione.

Eccone le parole:

« Il vocabolo di *amministrazione* o di *atto amministrativo* racchiude tante varietà di senso, che per sé stesso non presenta quasi mai un segno distintivo, onde ben ragionare in materia di competenze. Al proposito di questa Decisione è bello il vedere la distinzione che si fa tra l'atto amministrativo considerato come *ordinazione*, come atto *imperativo*, come atto *giurisdizionale*, e tra l'atto amministrativo considerato come mera funzione *esecutiva*, o di pura *agenzia*. »

« La linea di demarcazione fra l'Autorità amministrativa e la giudiziaria non è determinata dalla materiale gestione, ma bensì dalla diversa *autorità imperativa* affidata all'una o all'altra gerarchia. Dunque gli atti che cadono sotto l'ispezione della competenza non sono gli atti di mera *agenzia*, ma bensì gli atti d'*impero*; e quindi gli atti di gestione, come direttamente ordinati dalla *giurisdizione pubblica* ed *imperativa* del funzionario, o del Corpo amministrativo o giudiziario. Un agente del Demanio riscuote o paga un canone ad un privato. Egli pratica certamente un atto di amministrazione. Ma da ciò ne viene forse che questo atto sia di quelli che possono far variare la *natura dell'atto*, e da civile ch'egli è renderlo di competenza politica, ossia amministrativa? La diversità delle idee specialmente importanti esige la diversità dei vocaboli, o almeno degli aggiunti. » (DG)

Qui però conviene avvertire di non estendere soverchiamente le idee, e di non inoltrare le illazioni al di là dell'entità stessa dell'atto: lo che viene indicato con la denominazione di *effetti proprj*; imperocchè, quantunque per una ragionevole connessione un determinato atto si riferisca ad un altro, non ne viene la conseguenza che il secondo atto appartenga all'Autorità amministrativa, posto che appartenne alla medesima il primo; e quindi che il potere giudiziario non possa conoscere del secondo atto, che per una naturale induzione pare dipendere dal primo. Il potere amministrativo non agisce negli affari civili che in via di eccezione, come fu avvertito (1). Dunque non conviene estendere la potenza amministrativa al di là della sfera dell'atto stesso, benchè vi possa essere una plausibile ragione; ma conviene restringerla all'atto medesimo, mentre non vi sarebbe più confine a cui arrestarsi.

Una prova ci viene somministrata dagli atti di Autorità tutoria, praticati, a cagione d'esempio, dai Consigli di Prefettura verso i Comuni, onde abilitarli a promuovere o a sostenere una lite civile. È naturale il dedurre da simili atti che il Consiglio che autorizzò la lite abbia pensato che la Comune attrice o rea convenuta non sia litigante temeraria, o pure che abbia ragione nel merito della causa. Si dirà perciò che il Consiglio di Prefettura abbia deciso la lite in favore della Comune, e che l'Autorità giudiziaria sia incompetente a decidere diversamente? Così pure suppongasì che una Comune faccia una compra, e questa sia approvata dall'Autorità amministrativa. Non potrà forse per questo il Tribunale giudicare su la rescissione del contratto provocata dal privato venditore a titolo di lesione? Si dirà forse che l'Autorità amministrativa abbia con ciò convalidato il contratto così irrevocabilmente, che l'Autorità giudiziaria non possa pronunciarne la rescissione? È certo che no. È troppo noto che i Tribunali civili, malgrado l'approvazione o l'autorizzazione dell'Autorità tutoria amministrativa, hanno il pieno diritto di decidere del merito dell'affare senz'aver riguardo all'opinione della stessa Autorità amministrativa.

Parlando dunque degli atti dell'Autorità amministrativa anche competenti, non si deve eccedere la sfera degli effetti proprj dell'atto medesimo sotto il pretesto di una ragionevole induzione ad un altro atto che sta fuori della sfera dell'atto amministrativo.

(1) Vedi *Giornale di Giurisprudenza*, Tomo I, pag. 58 e 59 (a).

(a) Vedi in seguito di questo scritto il § 1598. (DG)

Tutto il fin qui detto riguarda l'atto immediato e proprio avvenuto fra l'Autorità amministrativa ed il privato. Ma occorre un'altra considerazione; e questa è quella che riguarda il terzo che può avere interesse nell'atto medesimo. Qui è da osservarsi che tra gli effetti propri d'ogni atto amministrativo si deve annoverare quello di non togliere mai il diritto del terzo, o il suo equivalente; ma che per lo contrario questo diritto rimanga sempre illeso, sia che l'affare si debba trattare avanti l'Autorità giudiziaria, o avanti l'Autorità amministrativa. Rimane dunque la sola questione, se col semplice atto amministrativo si tolga al terzo il diritto, non nel merito, ma nell'ordine: vale a dire, se con l'atto amministrativo si cangi la competenza civile in competenza amministrativa rispetto al terzo, che non intervenne nell'atto di sua natura regolato da leggi civili.

Qui conviene rispondere con distinzione. O l'atto amministrativo doveva in forza delle leggi essere praticato in maniera che il terzo potesse averne precedente cognizione, o no. Nel primo caso tacendo il privato, e lasciando consummare l'atto, si presume acconsentire di cambiare giurisdizione: lo che non avviene quando egli fa opposizione, ed introduce la sua istanza avanti i Tribunali civili, come si è già avvertito (1). Questa regola ha pur luogo se, ad onta della legge, l'atto venisse consummato senza le precedenti formalità e notificazioni; mentre in questo caso facendo annullare l'atto dall'Autorità amministrativa, il privato sarebbe ripristinato nel diritto di sperimentare le sue ragioni avanti i Tribunali civili.

Nel secondo caso poi (cioè quando la legge non avesse ordinato una precedente notificazione, per cui il terzo avente interesse non potesse opporre le sue ragioni prima della consummazione dell'atto) egli non solamente conserva il diritto nel merito, ma eziandio quello della competenza civile; come ne fa fede il Parere del Consiglio di Stato dell'Impero francese, approvato da Sua Maestà Imperiale li 14 Marzo 1808 (2). Ciò deve servire di norma per ben valutare gli effetti propri degli atti

(1) Vedi Tom. II. del *Giornale di Giurisprudenza*, pag. 161 e 183. (a)

(2) *Considérant que les Tribunaux ne peuvent connaître des actes de l'Administration, e notamment des actes de vente des domaines nationaux;*

*Mais qu'il convient de faire une distinction entre la vente d'un domaine national, et le transfert d'une rente:*

*La vente d'un domaine national ne se fait qu'après des affiches et publications qui avertissent tous les intéressés.*

*Le transfert d'une rente est consommé, sans que le particulier réputé débiteur en ait pu avoir aucune connaissance.*

(a) Vedi l'Annotazione V. in fine di questo Volume. (DG)

dell'Autorità amministrativa anche rispetto al terzo, per quel gran principio, che i privati non solamente non possono essere spogliati dei loro diritti senza essere ascoltati, ma che eziandio non può essere loro tolta la ragione di venir giudicati dai Tribunali senza il loro espresso o tacito consenso.

#### ARTICOLO XI.

Schiarimento su la seconda parte della Risposta.

§ 1579. La seconda parte della Risposta è puramente sussidiaria alla prima. Dalla sua lettura facilmente si comprende che gli oggetti amministrativi furono determinati dietro le relazioni di ragione pubblica, considerata tanto rispetto allo Stato come persona individua, quanto rispetto ai cittadini considerati nella loro generalità.

Con ciò si è voluto indicare ogni relazione di *diritto* veramente pubblico, a differenza delle considerazioni di mero *ordine* pubblico, le quali si verificano per un naturale innesto anche negli affari puramente privati, come nel matrimonio, nella tutela, nelle ipoteche e nella prescrizione.

Da ciò viene, che tutte le materie di diritto pubblico sono anche di ordine pubblico; ma non tutte le materie di ordine pubblico sono di diritto pubblico, e quindi di pubblica amministrazione.

Affinchè dunque la risposta data al quesito sia intesa a dovere, è necessario che si annetta un senso preciso a queste locuzioni.

È noto che ogni individuo trasportato in società ha certi diritti così personali, che anche trasportato nella solitudine li riterrebbe sempre come mezzi onde provvedere alla propria conservazione. Nello stato sociale voluto dalla natura, e quindi dalla giustizia, lungi di perderli o diminuirli, ne rassicura anzi e ne sviluppa l'esercizio. Ma per ciò stesso che ogni uomo, a guisa d'una ruota o d'un pezzo della gran macchina della società, non può agire in un senso isolato, nè le sue azioni e comunicazioni possono essere indifferenti per tutta la comunanza; egli è costretto di ratterperare l'esercizio di questi diritti in modo, che ne risulti il bene comune, e quindi anche il maggiore vantaggio proprio. Da ciò l'esercizio delle facoltà dell'uomo divenuto cittadino deve necessariamente sentire l'influenza dello stato della comunanza, ed egli deve quindi modificare l'estensione e la forma dei diritti stessi privati e primitivi giusta le esigenze dell'interesse comune.

Allora nell'ordine delle azioni di diritto privato nascono certe forme e certe modificazioni, le quali essendo determinate dalle viste del-

l'interesse comune, cioè pubblico, si dicono con tutta verità *di ordine pubblico*, perchè l'ordine pubblico le esige, onde ottenere il bene della comunanza.

Ma ciò non toglie che il soggetto principale, a cui tali forme o azioni subalterne sono annesse, non sia veramente un *diritto privato*, od *oggetto di diritto e di appartenenza privata*. Molti esempj ne abbiamo nelle leggi civili tanto antiche quanto moderne, nelle quali si sente di continuo questa connessione ed influenza; talchè dal ben discernere quale sia il soggetto principale, e la sostanza su la quale cade la disposizione della legge, dipende il distinguere pure se essa versi sopra un diritto essenzialmente pubblico, o sopra un privato; e quindi se il soggetto sia di pubblico diritto, o pure semplicemente di ordine pubblico (1).

(1) Si è detto superiormente (§ 1575. nota 1.), che non tutti gli atti che emanano da un funzionario pubblico sono atti *d'Ufficio*. Il seguente caso straordinario n'è un esempio.

Un Aggiunto del *Maire* del Comune di Radon, Dipartimento dell'Orne, volendo contrarre matrimonio, ha trovato spedito di celebrarlo egli stesso.

Ecco il testo letterale di quest'Atto strano, e di cui non esiste forse esempio.

» L'anno 1807, li 23 Giugno.»

« Noi Nicola Pierre, Aggiunto ed Ufficiale dello stato civile del Comune di Radon, Dipartimento dell'Orne, Cantone e Municipalità d'Alençon e dell'Est. »

« Sono comparsi Nicola Pierre contadino, dell'età di 38 anni, figlio di legittimo matrimonio, del fur Giovanni e di Maria Alleaume suoi genitori, originario del Comune di Vinghamps, da 25 anni domiciliato nel Comune di Radon, da una parte; »

« E Francesca Marié, dell'età di 26 anni, figlia di legittimo matrimonio, di Pietro Marié contadino e Luigia Battier suoi genitori, originaria del Comune di Valframbert dall'altra. »

« I quali intendendo di far redigere l'Atto del loro matrimonio fra essi progettato, e del quale sono state fatte le pubblicazioni avanti le principali porte delle case del Comune di Radon e di Valframbert: la prima pubblicazione il 31 Maggio, giorno di

domenica, e la seconda li 7 Giugno a Radon; ed a Valframbert, la prima li 7 Giugno, e la seconda li 14 del detto mese, alle ore dieci del mattino dell'anno 1807: non essendoci stata fatta nè intimata alcuna opposizione al detto matrimonio, annuendo alle loro istanze, dopo aver fatto lettura di tutti i documenti qui sopra enunciati, e del Capo VI. del Titolo del Codice civile, intitolato DEL MATRIMONIO, abbiamo domandato al futuro sposo ed alla futura sposa, se essi vogliono prendersi per marito e moglie; ed avendo ciascuno di essi separatamente risposto di sì, dichiariamo in nome della legge, che Nicola Pierre e Francesca Marié sono uniti in matrimonio. In fede di che abbiamo steso l'Atto, ec. . . . . »

Il registro è sottoscritto Nicola Pierre, futuro sposo ed Aggiunto.

Il sig. Mars, Procuratore Imperiale presso il Tribunale civile d'Alençon, essendo stato informato dell'esistenza di quest'Atto, capo-d'opera di balordaggine, s'affrettò di domandarne la nullità in forza dell'art. 184 del Codice Napoleone. Noi riporteremo la Sentenza che venne proferita li 4 Gen. 1808.

« Il Tribunale considerando che, secondo l'art. 165. del Codice civile, qualunque matrimonio dev'essere celebrato pubblicamente avanti l'Ufficiale civile del domicilio dell'una delle parti; »

« Considerando che, giusta l'art. 171. dello stesso Codice, qualunque matrimonio che non è stato celebrato avanti l'Ufficiale civile competente può essere impugnato non solo da tutti coloro che vi hanno interesse, ma ancora dal pubblico Ministero; »

« Considerando che sotto il rapporto della morale, dell'ordine pubblico, e della sana ragione, è impossibile riconoscere in quello stesso che si unisce in matrimonio la qualità d'Ufficiale pubblico, e la capacità di ricevere le sue proprie dichiarazioni, di far constare e di giudicare in concorso di sè medesimo, se tutte le formalità prescritte siano state validamente adempiute; »

« Considerando che se il rispetto dovuto ai principj i più conosciuti non permette di lasciar sussistere un simile Atto di matrimonio, tuttavia la nullità, ch'è la conseguenza della violazione che n'è stata fatta, non impedisce in alcun modo al nominato Nicola Pierre di soddisfare ai doveri che

gl'impongono la buona fede di colei che voleva seco lui unirsi in matrimonio, e la nascita del figlio provenuto da questa unione illegale, contraendo una seconda unione in conformità alla legge; »

« Per questi motivi il Tribunale, sopra requisitoria del Procuratore Imperiale, dichiara nulli e di niun effetto gli Atti di pubblicazione del 31 Maggio e 7 Giugno ultimo scorso, come pure il preteso Atto di celebrazione di matrimonio del 23 del detto mese di Giugno; ordina che ad istanza del Procuratore Imperiale sarà fatta menzione della presente Sentenza in margine dei registri in cui questi Atti sono stati trascritti; salvo al detto Nicola Pierre ed a Francesca Marié di prendersi nuovamente in matrimonio, osservando le formalità richieste e prescritte dalla legge; e condanna i detti Nicola Pierre e Francesca Marié nelle spese. » (Mejan, *Recueil de Causes célèbres*, Tom. I. pag. 293 e seg.)