

---

## RECENSIONI

---

OPERE DI CONTARDO FERRINI: vol. I. *Studi di diritto romano bizantino*, a cura di V. ARANGIO-RUIZ. — Vol. II. *Studi sulle fonti del diritto romano*, a cura di E. ALBERTARIO. — Vol. III, *Studi vari di diritto pubblico e privato (Studi vari sulle obbligazioni, negozio giuridico e presunzioni)*, a cura di E. ALBERTARIO.

Hanno veduto la luce, editi dalla casa Hoepli, i primi tre volumi della raccolta delle opere del grande Romanista scomparso, promossa, con lodevolissima iniziativa, dal Comitato della 'Fondazione Castelli', raccolta all'edizione della quale attendono, con grande amore, alcuni dei più insigni nostri studiosi. Il compito, né lieve né facile, soprattutto pei primi due volumi, e pel quinto, data l'immensa mole di testi giuridici romani e greci, ed extragiuridici giustinianeî, pre- e post-giustinianeî e papirologici — tutti rigorosamente controllati — è stato diviso tra i vari collaboratori, occupandosi l'Albertario del volume II e del III, l'Arangio-Ruiz del I e del V, il Ciapessoni del IV, ed affidandosi all'Arangio-Ruiz la revisione generale di ogni volume, e l'arduo e delicato compito di controllo delle citazioni.

Dalla collezione sono escluse le opere di maggior mole, cioè alcune edizioni, cui molta parte della sua attività dedicò l'eruditissimo filologo (*Parafrasi di Teofilo, Digesto, Tipucito, Basilicorum supplementum alterum, Leges saeculares, La costituzione degli Ateniesi di Aristotele*), le opere di carattere generale, in cui impresse tanta orma della Sua mente larga e sintetica il grande storico e dommatico (*Pandette, Storia delle fonti del diritto romano e della giuris-*

*prudenza romana, Diritto romano, Diritto penale romano*), le più ampie monografie su argomenti speciali, di diritto romano e moderno, che con profondità ed acutezza di vedute trattò l'insigne giurista (*Legati e fedecommissi, Obbligazione, Limitazioni della proprietà fondiaria e servitù prediali*). Escluse sono anche le voci contenute in varie enciclopedie. Non sono inserite poi neppure, evidentemente perché di contenuto estraneo al campo del diritto, gli scritti di carattere morale e religioso, in cui si rivela il fervente cattolico, l'uomo di intemerati costumi, ed il profondo conoscitore della storia e della filosofia del Cristianesimo.

La raccolta si apre con prefazione di Pietro Bonfante, nella quale il nostro grande Romanista, con brevi ma magistrali tóchi, accenna alla vita del Ferrini e ne delinea il temperamento di uomo, di scienziato e di insegnante, tratteggia la Sua opera di studioso, per evocare finalmente “ la Sua dolce e pia figura morale „, ed il Suo ritratto fisico. Segue una breve relazione di Emilio Albertario, con la quale fa conoscere i criteri seguiti nella compilazione della raccolta.

Il primo volume, a cura del prof. Vincenzo Arangio-Ruiz, è dedicato agli studi di diritto romano bizantino. Sono in esso inseriti, in ordine cronologico, numerosi studi concernenti la parafrasi greca delle Istituzioni, che il Ferrini studiò sotto vari aspetti, raffrontandola anche con le Istituzioni di Gaio, i *Prolegomena* all'edizione, nonché scolî inediti alla Parafrasi stessa, ed una nota sullo *Stemma cognationum* greco, da lui rinvenuto. Seguono gli scritti contenenti i resti della versione anatoliana del *Codex*, l'indice dei *Digesti* di Stefano, la traduzione ed illustrazione di una novella di Costantino Monomaco, concernente la fondazione di una scuola di diritto a Costantinopoli, vari contributi alla reintegrazione dei Basilici. Vi sono poi altri studi: un contributo alla conoscenza del libro siro-romano, una edizione critica dell'interessante *nómos georgicós*. Il volume si chiude con un saggio bio-bibliografico su Zachariae von Liegenthal, il profondo studioso del diritto greco-romano, con alcune recensioni di lavori di diritto bizantino, e con un'appendice contenente traduzioni di scritti di quell'Autore, fatte dal Ferrini.

Il secondo volume, a cura del prof. Emilio Albertario, comprende studi sulle fonti del diritto romano. Si apre col discorso inaugurale, pronunziato a Modena nel 1891, sulle scuole di diritto in Roma antica. Contiene poi numerosi saggi su alcuni giureconsulti (Mela,

Plauzio, Tuberone, Pedio, Aulo Cascellio, Viviano, Fulcinio, Atilicino, Ottaveno) e su singole opere di altri (i *Digesti* di Alfeno Varo, i libri *ad Plautium* di Paolo, i libri *ad Neratium* del medesimo, i commentari di Ulpiano e di Paolo *ad legem Iuliam et Papiam*, i commentari di Terenzio Clemente e di Gaio alla stessa legge, le Istituzioni di Marciano). Vi è un gruppo di studi sulle Istituzioni giustiniane, tra cui l'acuto ed importantissimo lavoro palinogenetico *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, e su frammenti di opere pregiustiniane (fr. de formula Fabiana, *Fragmenta interpretationis Gaii Institutionum Augustodunensia*), dei quali ultimi insieme con lo Scialoia curò una nuova edizione. Alcuni scritti concernono cenni giuridici contenuti in Autori cristiani (Lattanzio, Arnobio, Minucio Felice, Sant'Ambrogio, di cui considera l'epistola XX). Anche questo volume si chiude con alcune recensioni, di opere attinenti alle fonti del diritto ed alla critica di esse.

Il terzo volume, di alto interesse per gli studiosi anche di diritto moderno, a cura del prof. Albertario, contiene tutti gli scritti di diritto romano ed attuale concernenti le obbligazioni, il negozio giuridico e le presunzioni. Si inizia col breve lavoro su *La colonia partiaria*, dove l'A. esamina, risolvendola affermativamente per l'epoca classica, la questione se la mercede, nella locazione, possa non consistere in pecunia numerata. Segue lo scritto *Sull'origine del contratto di società*, che l'A. studiò nelle sue varie forme, ricostruendo anche la formula dell'azione, e quello sull'origine del contratto di vendita. Viene poi l'ampio lavoro sulla *Storia e teoria del comodato nel diritto romano*, in cui l'A. si occupa, tra l'altro, assai largamente del tema della responsabilità, e degli argomenti, tanto travagliati più tardi, della *custodia*, della *diligentia*, della legittimazione dell'*actio furti*. Segue lo studio sulla *negotiorum gestio*, ed una nota, di diritto anche moderno, sulla *negotiorum gestio* a favore di un incapace, poi il lavoro sui *pacta*, in cui combatté la costruzione del *Manenti*, lo studio sulla *exceptio rei venditae et traditae*, due lavori, di cui l'uno in tedesco, sulla consunzione processuale dell'*actio de peculio*, la critica di una nuova teoria sulla revoca degli atti fraudolenti, e finalmente lo studio *A proposito di un libro del prof. Eisele sulla nullità dei contratti obbligatori per difetto di consenso*, e la nota *Sul valore giuridico della scommessa*.

È inserito poi un gruppo di lavori sul negozio giuridico: *Intenzione delle parti ed effetti del negozio giuridico*, *Sulla invalidazione*

*successiva dei negozi giuridici, Intorno al 'concursum causarum lucrativarum* „ Vengono finalmente gli studi sulle presunzioni: *Le presunzioni in diritto romano*, in cui esamina, con una rapida analisi, le varie ipotesi, *Note sulle presunzioni in diritto civile italiano*, *Ancora sulle presunzioni in diritto civile*, e finalmente la nota *Sulla presunzione di revoca del legato stabilita dall'art. 892 Codice civile*. Il volume si chiude con due recensioni.

Gli altri due volumi della raccolta conterranno gli altri scritti del Ferrini, sulle successioni (IV), sul diritto penale e su altri argomenti (V).

L'opera è molto diligentemente curata dagli insigni Editori — prescindiamo dai rilievi che si potrebbero muovere sulla ripartizione della materia, ed anche sulla distribuzione delle monografie in ciascun volume, perché tale distribuzione si sarà dovuta ispirare a vari criteri, imponderabili, e si saranno dovute presentare numerose difficoltà —, e rappresenta non solo un omaggio alla memoria del Grande, “Signore del domma e della storia „, ma un'opera utilissima per gli studiosi, non più costretti a ricercare in collezioni non sempre facilmente accessibili gli scritti del Ferrini, utili a tutti i giuristi, indispensabili ai romanisti, nessuno avendo come Lui, secondo ha detto il Bonfante, abbracciato così largamente gli aspetti infiniti della disciplina del diritto romano.

#### U. BRASIELLO

BATTAGLINI G., *Principii di diritto penale in rapporto alla nuova legislazione. Questioni preliminari*. Soc. An. Istituito Editoriale Scientifico — Milano, 1929 - VII - Pagg. xx-266.

Questo primo volume tratta delle *questioni preliminari*, cioè di quelle questioni — come avverte il chiaro autore — che, “per il „ loro carattere più generale, sono meno legate ad una legislazione „, determinata e al tempo stesso costituiscono sempre oggetto di vivo „ interesse da parte di giuristi e di non giuristi di ogni epoca e di „ ogni paese”.

Il Battaglini affronta i problemi più ardui del diritto penale; la sua non lieve fatica è tanto più utile in questi tempi in cui vengono affermandosi nuove idealità e l'orientazione etico-religiosa dello

Stato, parallelamente alla tendenza ad ampliare la sfera dei suoi fini sociali e dei còmputi di natura pubblica che esso intende perseguire e soddisfare, stimolano lo studioso ad un più profondo esame dei problemi fondamentali. Il giurista, ed ancora più il penalista giurista in attesa del nuovo codice, è perciò costretto a riandare al nocciolo di ogni questione e a rielaborare molti concetti per seguire il veloce cammino del legislatore e per armonizzarsi coi mutati criteri legislativi.

A questa necessaria esigenza si ispira anche il lavoro del Battaglini. L'attento esame critico delle varie dottrine criminali sorte in Italia, e più ancora l'esteso richiamo alla legislazione penale e ai progetti per il Codice penale italiano consentono all'Autore di additare gli sviluppi cui è giunta la dottrina in questi ultimi anni e di fissare chiaramente i diversi principî cui si sono attenuti i legislatori degli ex Stati italiani e pur quelli seguiti nei progetti del Codice penale unico (1864-1887), nel Codice penale italiano del 1889 e nel progetto Ferri del 1921. In questo ampio quadro trova pur posto il progetto Rocco del 1927 che si attiene ad un criterio eminentemente pratico nel conciliare il patrimonio tradizionale d'idee in materia penale con le esigenze nuove, che oggi sono poste al legislatore sia rispetto alla prevenzione sia rispetto alla repressione. Il nuovo ordine — bene avverte il Battaglini — vuole riaffermata energicamente in ogni campo l'autorità dello Stato e ristabilito il principio morale come cardine dell'ordine sociale (pag. 153). Su queste basi della riforma penale fissate da Alfredo Rocco si fonda il progetto del 1927 che il Battaglini ebbe già in alcuni punti ad esaminare (cfr. *Parere sul Progetto preliminare del Codice penale* presentato dalla Facoltà giuridica dell'Università di Pavia in "Studi nelle Scienze giuridiche e sociali", volume XII, 1928; *Alcune riflessioni sulle misure di sicurezza nelle Osservazioni intorno al progetto preliminare di un nuovo Codice penale*, nelle pubblicazioni dell'Università Cattolica, Milano, 1928, pagina 139 e segg.).

L'esame delle caratteristiche fondamentali del progetto quali l'aggravamento delle pene, il ripristino della pena di morte, il sistema delle pene accessorie, la maggior ampiezza del potere discrezionale del giudice, il nuovo sistema delle circostanze del reato, la soppressione della figura giuridica del reato continuato e del concorso formale o ideale di reati, il nuovo sistema delle misure di sicurezza ordinate in due classi: personali (distinte alla lor volta in detentive e non deten-

tive) e patrimoniali, che il legislatore considera come istituti di diritto amministrativo e di cui il progetto fa uso assai ampio (su ciò cfr. anche Rovelli, *Delle misure di sicurezza, osservazioni generali*, nelle pubblicazioni dell'Università Cattolica citate), come pure l'esame della parte speciale del progetto in cui si classificano i delitti secondo l'oggetto giuridico del reato, danno modo al Battaglini di saggiare la bontà del sistema e di proporre qua e là modificazioni e ritocchi.

Ciò è reso ancor più interessante dal continuo raffronto colle disposizioni del codice tuttora vigente e dal richiamo a criteri e a principî accolti in altri codici e in altri progetti. Tutta questa materia è sistemata nei capitoli II e III del volume.

I capitoli IV e V son dedicati al problema delle fonti del diritto penale e al problema della interpretazione della legge penale.

Il problema delle fonti del diritto penale ha sempre dato luogo a vivaci dispute. Per molti la sola legge è di per sé sufficiente a sopprimere tutte le difficoltà di interpretazione; e così con la codificazione si ritiene del tutto esaurito il compito del diritto naturale. Senza giungere agli estremi dello Geny, che combatteva una brillante battaglia contro l'esagerazione dell'elemento legale, il Battaglini vuole tuttavia “temperare un poco la eccessiva rigidezza che ha dominato sin qui nelle costruzioni giuridiche”, ed anche “attenuare la ripugnanza dei giuristi per il diritto naturale”. “Poiché il diritto positivo è incompleto ed ha lacune, nel diritto penale rimane una finestra aperta al diritto naturale come fonte sussidiaria del diritto”.

Nel nostro regime di legalità, fonti del diritto penale sono: 1° la legge, in linea primaria; 2° gli atti legislativi dell'amministrazione, in linea complementare, cioè quegli atti dell'amministrazione che pongono norme giuridiche, diritto obiettivo (leggi in senso materiale). Non è invece fonte di diritto la consuetudine che per il diritto penale è solo un mezzo, un elemento di interpretazione, e neppur sono fonti di diritto la dottrina e la giurisprudenza.

Per bene intendere le ragioni che spingono il Battaglini a considerare il diritto naturale come fonte di diritto nella giustizia penale, occorre chiarire il concetto che ha l'autore del diritto naturale. Son note le gravi discussioni in proposito. Il Battaglini accede alla concezione cattolica del diritto naturale, per la quale il diritto naturale in senso obiettivo è inteso come quel complesso di norme etiche naturali, che disciplinano i rapporti sociali in base al principio di giustizia. Concezione questa ben diversa da quelle degli illuministi

francesi. Però “ la sfera del diritto naturale coincide solo in parte „ con quella della morale sociale (pagg. 11 e 196) e cioè in quella „ parte che riguarda ciò che è strettamente dovuto nei rapporti nostri „ con gli altri ”. Tale premessa, sulla quale più volte l'autore insiste, è assolutamente indispensabile per intenderne il pensiero e consente di afferrare il contenuto e lo sviluppo della dottrina del Battaglini. Altre conseguenze egli poi ricava: il diritto naturale è immutabile, non ha quindi un contenuto variabile; il diritto positivo e il diritto naturale non sono due legislazioni parallele.

La conclusione è che il diritto naturale è fonte di diritto tanto nella fase della formulazione legislativa del diritto quanto nella fase dell'applicazione giudiziaria.

Si capisce che occorre però intendersi sul concetto di *fonte di diritto*. Sono fonti quelle a cui il legislatore attribuisce espressamente carattere di imperatività giuridica, oppure anche gli *imperativi morali* a cui si uniformano il legislatore nel formulare la legge e il giudice nell'applicarla? Evidentemente la dottrina del Battaglini obbliga a rimeditare la questione delle fonti al di fuori degli schemi seguiti sin qui. La scienza è fatta di queste discussioni e da esse trae i suoi progressi.

Del resto nel lavoro dell'autore è già accennata una distinzione tra *fonti formali* e *fonti sostanziali*. Difatti al § 26 son ben distinte le fonti formali dai principî di giustizia; come pure è detto altrove che fonti in senso tecnico sono solo quelle che si riconducono alla volontà dello Stato (cfr. pag. 209). Il chiaro autore, d'altra parte, ben potrà tornare su questi concetti, per dare a tutta la interessante materia delle fonti uno sviluppo ancor maggiore.

Il diritto naturale ha pure importanza — e ciò può essere meno controverso, perché la ricerca dello spirito della legge tocca anche i problemi morali — nel momento dell'interpretazione del diritto penale vigente “ dato che questo non altro è che un complesso di „ norme, tratte essenzialmente dai principî di giustizia, e munite di „ coazione da parte dello Stato ” (pag. 231). Né mancano in diritto penale, malgrado il suo carattere piuttosto rigido, minuto, circostanziato, formule elastiche, variabili che consentono variabilità di soluzione: in una parola i così detti *standards*, che incontrano favore in America e in Inghilterra. Le formule elastiche debbono essere interpretate in base al principio della razionalità, posto in rapporto a tutte le circostanze che la individualità concreta della specie pre-

sentata. Ed è qui appunto che il diritto naturale è mezzo di interpretazione, giacché “ la razionalità non si può ricavare che da considerazioni di giustizia, aderenti ai dati di fatto „.

Questi in breve, i concetti esposti con ordine e chiarezza dal Battaglini nell'ultima parte del lavoro, dopo aver trattato della necessità dell'interpretazione, dell'interpretazione in rapporto al soggetto, ai mezzi e ai risultati.

Non è qui possibile un diffuso esame dell'opera; l'impostazione nuova e originale che il Battaglini dà ad alcuni fra i più scottanti problemi della scienza del diritto penale (che non si confonde con la scienza penale di cui parlano molti positivisti) e il metodo seguito (il Battaglini è un tecnico giurista) mi inducono tuttavia ad alcune brevi osservazioni, tanto più che, or non è molto, gravi appunti furono mossi a quell'indirizzo scientifico che va sotto il nome di tecnico giuridico (cfr. Spirito, *La concezione tecnico-giuridica del diritto penale*, in “ Nuovi Studi „, 1929, fasc. 1, pag. 26 e segg.). Molti di questi appunti però non mi paion in tutto giustificati, né certo si potrebbe argomentare dal lavoro del Battaglini che, pur seguendo il metodo tecnico-giuridico, si richiama al diritto naturale, per rinforzare, a proprio vantaggio, l'accusa di inconsapevole e dogmatico eclettismo.

Certo il problema del metodo è fondamentale per lo studio e lo sviluppo della scienza del diritto penale, ma non si deve poi esagerarne la portata; neppure si deve pretendere che il giurista, in nome di un eccessivo ed ingiustificato rigore di metodo, debba straniarsi da elementi reali e concreti o debba dimenticare che il diritto penale, proprio nel suo aspetto positivo, regola rapporti sociali e atti essenzialmente umani. Il tecnico giurista non può costruire castelli in aria. La tecnica giuridica spinta all'eccesso lavora certo a vuoto; anche il metodo vuole la sua materia su cui porre l'edificio. Si può rispondere — non me lo nascondo — che la materia deve essere una sola per il tecnico-giurista: la legge positiva, onde solo da questo punto di partenza si deve risalire alla costruzione sistematica.

Ma la legge, appunto perché positiva, non è fine a sé stessa. Non far conto dell'ambiente entro cui deve operare o dei rapporti che deve regolare, impedire al giurista di vedere nella vita, sempre in nome del metodo, è pretendere troppo. Il sistema e il dogmatismo non possono porre nel nulla la realtà. Certo il penalista giurista studia rapporti astratti di volontà, ma egli pure non può costruire senza elementi vivi, così come non si unisce una pietra all'altra senza

cemento. Non vivificata da quegli elementi, la tecnica giuridica si trasforma in sterile verbalismo; l'eccessiva rigidità di metodo uccide lo spirito.

Non deve, d'altra parte, il tecnico giurista scalare le alte vette della filosofia: la scienza del diritto penale non si confonde con la filosofia. Il penalista giurista prende, dunque, per base di studio il diritto positivo; però non gli si può vietare di risalire a principî di ragione quel tanto che gli basti per comprendere gli istituti del diritto positivo. Ciò non annulla il principio del metodo, ciò non deturpa la costruzione; ma ne armonizza, invece, le linee in una sintesi viva e completa. Neppure invade altri campi perché — se quell'indagine si può chiamare filosofica — sgorga pur sempre dalla sola fonte dell'osservazione positiva; e questa non è per certo filosofia da strapazzo.

D'altra parte anche quando il tecnico giurista non si limita all'interpretazione della legge, ma risale ad una costruzione sistematica non deve dimenticare che il proprio lavoro è utile e proficuo solo quando il sistema si fonda su dati concreti. Non si può pensare che il metodo costruttivo possa operare miracoli: l'edificio, pur bello che sia, non rimane in piedi senza le fondamenta. Ma per porre le fondamenta non occorre scavare oltre il necessario: è questione di limiti. In termini non differenti si pone il problema per il tecnico giurista.

Si ha un bel dire, per fare un esempio, che il giudice deve limitarsi ad applicare la legge, nient'altro che la legge. Chi medita però non solo sulle costruzioni dogmatiche, ma anche ha dimestichezza, pur poca che sia, con i sistemi pratici coi quali viene amministrata la giustizia (e ciò non può essere del tutto un danno per lo scienziato), ben sa che il giudice è anch'esso un uomo e molte volte preso alle strette fra il duro compito della rigida applicazione della legge e la propria coscienza s'attiene a questo secondo partito. Rispondono molti che il giudice fa male in quanto vien meno al suo ufficio. Sarà verissimo. Ma intanto chi frequenta le aule giudiziarie sa che ciò avviene: e avviene anche spesso.

Proprio giorni or sono mi è capitato di sentire un illustre Magistrato, che è pure Maestro di diritto, fare appello al fondamento morale della causa, come si suol dire, e tentar di girare in mille modi o di attenuare, se così si vuole, quella benedetta norma giuridica positiva che, nel caso pratico, non cadeva a proposito. Perché,

dunque, il tecnico giurista non dovrebbe tener conto di questi fatti, di questi altri elementi che talora, per così dire, superano la rigida norma di diritto? E perchè dunque il tecnico giurista, nella costruzione sistematica, non dovrebbe fare i conti, negando o tacendo il vero, con questi elementi, si chiamino poi essi principî morali, di giustizia, diritto naturale od altro ancora?

Ma vi sono anche altre ragioni. A mio avviso il problema del metodo non si pone in eguali termini per il diritto privato e per il diritto pubblico, in particolare per il diritto penale che è il complesso delle norme di diritto pubblico che regolano il rapporto fra lo Stato e il reo avente per oggetto la pena. Vi sono elementi che sfuggono alla stretta indagine giuridica del cultore del diritto privato; elementi — ancora — che per questi assumono una importanza assai relativa. Ma si provi invece il giuspubblicista a fissare le fondamenta del sistema giuridico pubblico, astraendo dalla concezione dello Stato e dei fini che questi intende perseguire e soddisfare in un dato momento storico! E si provi pure il giurista penalista a costruire l'impalcatura della scienza del diritto penale senza far calcolo che vi sono atti umani talmente riprovevoli e contrari ai principî di giustizia che furon sempre e sempre saranno, in ogni tempo, presso qualsiasi popolo, da tutti i legislatori, puniti, sia pur in diverso modo!

Questa che è viva realtà può dimenticare o è forse utile che il tecnico giurista lasci completamente da un lato in omaggio all'eccessivo rigore di metodo? Non lo credo e non mi pare possa giovare a qualsiasi indirizzo scientifico.

Perciò, appunto, il lavoro del Battaglini mi sembra tanto più pregevole: perché senza essere ligio ad una scuola, senza dannosi artifici, temperando gli eccessi, con metodo di uomo di scienza, con l'animo dell'uomo che vive ed osserva quotidianamente i tormentosi problemi del diritto penale, costruisce il suo sistema giuridico su salde fondamenta.

L'eccessiva rigidità delle costruzioni giuridiche è efficacemente temperata nella dottrina del Battaglini. L'illustre Maestro di Pavia sembra giustamente preoccupato ad ogni istante non solo di penetrare a fondo ogni arduo problema, ma soprattutto di immettere nel sistema giuridico tracciato elementi vivi che valgano davvero a far luce. E chi legge, legge con piacere perché sente che in quelle pagine v'è la verità e la realtà delle cose. Verità e realtà che rispondono anche alla formazione storica del nostro popolo, alla nostra civiltà, la quale

pone e risolve molti problemi ben diversamente di quanto siano posti o risolti da altre civiltà. Perciò appunto anche la questione del metodo o dell'indirizzo scientifico non può porre nel nulla il complesso delle condizioni ambientali; anche lo studioso di questo o quell'altro Paese sente e risolve il problema del metodo o dell'indirizzo scientifico ben diversamente, perché non può astrarre dalla civiltà del popolo cui appartiene ed alla quale l'animo suo si è formato ed educato. La necessità che il tecnico giurista nelle proprie costruzioni sistematiche abbia presente questo quadro è tanto più sentita per il diritto penale dove la soluzione dei problemi fondamentali risente certo, in maggior o minor misura, del modo di intendere la vita collettiva e dei principî diversi sui quali lo Stato fonda ed esplica l'esercizio della funzione punitiva.

D'altra parte anche là dove il più rigido sistema costruttivo sembrava aver raccolto maggior numero di consensi fra gli studiosi, ora si accenna ad introdurre elementi che, con maggior senso della realtà, valgono un poco a temperare l'eccessiva rigidità nelle costruzioni sistematiche. E ciò naturalmente avviene, in special modo, nella trattazione del diritto penale.

Lo scopo quindi che il Battaglini si è proposto nel suo lavoro è pienamente raggiunto; e raggiunto con vantaggio.

Nuovi criteri legislativi tendono a mutare la disciplina dei rapporti della vita collettiva nostra; da questi nuovi criteri non deve rifuggire il giurista penalista nell'arduo lavoro costruttivo. Solo per questa via la sua fatica trova consenso e segna nuovi progressi per la scienza del diritto penale.

C. GIROLA

G. BALLADORE PALLIERI, *I Mandati della Società delle Nazioni*.  
— Torino, Bocca, 1928. Pagg. 88 — L. 15.

Uno degli argomenti più complessi del diritto internazionale contemporaneo è senza dubbio quello dei mandati della Società delle Nazioni, soprattutto a causa della esistenza di numerosi problemi che fra loro si intrecciano in tal guisa che, mentre ciascuno di essi, isolatamente preso, sembra presentare una soluzione addirittura ovvia, la soluzione stessa appare invece inaccettabile per il fatto di trovarsi in contrasto con le soluzioni, altrettanto ovvie, degli altri problemi. La complessità e la difficoltà dell'argomento hanno, così, determinato il

florire di una larga letteratura, varia per metodo d'indagine e per valore scientifico, la quale si arricchisce ora, col lavoro del Balladore, di una sobria trattazione, che, dal punto di vista della costruzione giuridica, merita di essere annoverata fra quelle degne della maggiore considerazione.

Il punto centrale dell'argomento e, nello stesso tempo, il punto di partenza per la soluzione delle altre questioni che all'argomento stesso si collegano, non può non essere la determinazione del titolare della sovranità sui territori soggetti a mandato. Semplicissima è la soluzione che il Balladore dà a questo fondamentale problema. Nei mandati *A* esistono fin d'ora degli Stati autonomi indigeni, che vanno considerati titolari della sovranità sui rispettivi territori. Pei mandati *B* e *C*, invece, poiché le varie teorie proposte sul punto della determinazione del soggetto titolare della sovranità, che identificano tale soggetto o nella Potenza mandataria o nelle principali Potenze alleate e associate o nella Società delle Nazioni o nelle stesse comunità indigene, appaiono tutte inaccettabili e poiché altri possibili soggetti della sovranità non esistono, deve necessariamente trarsi la conclusione che i rispettivi territori non cadono sotto la sovranità di alcuno e debbono perciò qualificarsi *nullius*. Anche per essi, è vero, non meno che per i territori sotto mandato *A*, il Patto prevede le comunità indigene come soggetti ultimi e definitivi della sovranità; ma mentre nei mandati *A* le comunità indigene, essendo state riconosciute come soggetti di diritto internazionale, vanno considerate sin d'ora titolari della sovranità sui territori che abitano, nei mandati *B* e *C*, non essendosi reputato ancora possibile addivenire ad un tale riconoscimento, i territori compresi sono per intanto *res nullius* e destinati a restar tali fino al momento in cui si potrà operare un uguale riconoscimento per le comunità che le abitano.

Alla Potenza mandataria, escluso, pertanto, in ogni ipotesi, che essa possa considerarsi destinataria della sovranità sul territorio, non spetterà, nei mandati *A*, che una ingerenza nelle relazioni internazionali e nei rapporti interni dello Stato sottoposto a mandato, e, nei mandati *B* e *C*, un diritto personale avente per oggetto l'esercizio di determinati poteri nell'ambito di quei territori, che, per essere *nullius* e posti in condizione di inappropriabilità, non sono suscettibili di formare oggetto di diritti reali.

Come si vede, la costruzione in tal modo delineata, sebbene non vada, nello svolgimento, immune da obiezioni, appare seducente.

nella sua semplicità e rispondente, più che ogni altra, alla lettera e allo spirito del Patto. La trattazione prosegue con un opportuno adattamento del concetto di funzione all'attività svolta dallo Stato mandatario: nel mandato si avrebbe appunto una funzione esercitata da uno Stato singolo per il soddisfacimento di fini propri della intera collettività degli Stati partecipi della Società delle Nazioni, senza che con ciò si istituisca un rapporto di rappresentanza, di organicità o di mandato vero e proprio con la Società medesima. Notiamo a tale proposito come la giusta reazione della dottrina positiva contro l'abitudine invalsa di trasportare di peso nel campo del diritto internazionale concetti propri del diritto interno pubblico o privato, dopo aver adempiuto al suo compito indubbiamente salutare, ha fatto recentemente posto ad una tendenza la quale, senza disconoscere la insopprimibile diversità di struttura fra i due ordinamenti giuridici, tenta, dove questa diversità non lo vieta, di utilizzare concetti ed istituti già elaborati dalla dottrina del diritto interno. Il procedimento è senza dubbio legittimo, alla sola condizione che si adoperi in esso la massima prudenza, arrestandosi là dove le caratteristiche proprie dell'ordinamento giuridico internazionale rendono l'analogia inammissibile o pericolosa, o semplicemente sterile; esso è, poi, oggi favorito dalla esistenza di alcune organizzazioni (prima fra tutte quella della Società delle Nazioni), le quali ben possono fornire la base a concetti di carattere strettamente pubblicistico. A tali concetti appartiene quello di funzione; costituisce, perciò, un merito indubbio dell'A., a parte ogni apprezzamento critico in proposito, aver visto la possibilità di applicarlo nel campo dei nostri studi.

L'atto di conferimento del mandato è, per il Balladore, unilaterale (l'accettazione del mandatario è condizione dell'efficacia dell'atto di volontà del mandante, ma con questo non si confonde); la sua emanazione spetta alla Società delle Nazioni (altra questione è se la Società delle Nazioni sia obbligata verso le principali Potenze alleate e associate a dare all'atto di conferimento del mandato un determinato contenuto) e ad essa la Società dovrebbe provvedere per mezzo dell'Assemblea e non già per mezzo del Consiglio.

Abbiamo detto che le tesi prospettate dal Balladore non vanno immuni da obiezioni. Così sembra fortemente discutibile, per l'ordinamento giuridico internazionale, la distinzione fra diritti assoluti e diritti relativi, utilizzata dal Balladore per la determinazione della posizione della Potenza mandataria rispetto ai territori sottoposti a

mandato *B* e *C*. Si collega poi al concetto del carattere non necessariamente volontario del diritto internazionale, concetto pur esso professato dal Romano, le cui dottrine hanno esercitato manifesta influenza sulla trattazione del Ballardore, quanto questi afferma in ordine agli Stati sottoposti a mandato *A*, ch'essi cioè in virtù dell'art. 22 del Patto " furono dal momento stesso nel quale sorsero soggetti del diritto „ internazionale, e soggetti posti, proprio ad opera del diritto inter- „ nazionale, e senza il menomo concorso della loro volontà, in una „ condizione di incapacità e di subordinazione verso il mandatario " (pag. 13). Affermazione inaccettabile da chi parta da diversi presupposti teorici, poiché il rapporto intercedente fra Stato mandatario e Stato soggetto a mandato in tanto può essere disciplinato dal diritto internazionale (e, in tale ipotesi, di rapporto di subordinazione non sarebbe in verità nemmeno a parlarsi), in quanto riposi sul concorso delle volontà di entrambi i subietti; indipendentemente da siffatto concorso non potrebbe aversi che un rapporto di dipendenza rilevante per il diritto interno dello Stato mandatario.

GAETANO MORELLI

## MUZIO PAMPALONI

Il 14 gennaio u. s. moriva in Pisa Muzio Pampaloni, professore onorario di questa Università.

È scomparsa così una grande e silenziosa figura di Romanista, uno studioso insigne e modesto, che ha avuto lunghi anni di produzione feconda, ed ha arrecato notevoli contributi alla scienza.

Nacque a Prato il 12 gennaio 1855. Fin dal 1881 fu incaricato di diritto romano e di storia del diritto ad Urbino: entrato poi in ruolo nel novembre 1883, fu per breve tempo a Macerata, per parecchi anni a Siena, poi a Torino, e finalmente fu chiamato, nel 1897, a Pisa, dove, come titolare prima della cattedra di Istituzioni di diritto romano, e poi, dal 1919, di quella di Pandette, rimase fino alla sua morte.

Pur essendosi formato in un'epoca in cui il metodo critico incominciava appena ad essere applicato, il Pampaloni se ne impadronì subito, apportando allo studio generale di esso suoi contributi personali, e se ne avvalse con acutezza, vagliando le fonti e rilevando interpolazioni ed elaborazioni. La materia del furto, quella dei modi di acquisto a titolo originario, dell'usufrutto e del quasi usufrutto, e molti altri argomenti furono da lui trattati largamente e profondamente. Non solo i Suoi lavori sono ancora oggi consultati con vera utilità, ma molte volte i risultati delle Sue indagini non sono stati superati, e ad essi può attingersi come a vena di perenne freschezza.

Diamo l'elenco dei Suoi scritti:

*Contributo alla determinazione degli emblemi nelle Pandette* ("Archivio Giuridico", 55, pag. 500 e segg.; 56, pag. 3 e segg.).

*Il futuro codice civile germanico e il diritto romano* (Firenze, 1888).

*Valore relativo dei tre codici* (*Questioni di diritto giustiniano*, I, in "Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche", 49, pag. 201 e segg.).

*Persone 'in causa mancipii, nel diritto romano giustiniano* ("Bull. Istit. di Diritto Romano", 17, pag. 123 e segg.).

*Sulla condizione giuridica delle rive del mare in diritto romano e odierno* ("Bull. Ist. Dir. Rom.", 4, pag. 197 e segg.).

- Sulla condizione giuridica dello spazio aereo e del sottosuolo nel diritto romano e odierno* (" Arch. Giur. ,, 48, pag. 32 e segg.).
- Il concetto giuridico del tesoro in diritto romano e odierno* (volume per il centenario dell'Università di Bologna).
- Osservazioni sopra la teorica dell'avulsio* (" Arch. Giur. ,, 32, pag. 167 e segg.).
- Sopra l'isola formata per avulsione nei fiumi* (Prato, 1885).
- Ancora sopra la teoria dell'avulsione* (" Studi Senesi ,, 3, pag. 121 e segg.).
- La legge delle XII Tavole de tigno iuncto* (" Arch. Giur. ,, 30, pag. 253 e segg.; 31, pag. 41 e segg. e pag. 399 e segg.).
- Ancora sopra la legge de tigno iuncto* (eod. 34, pag. 153 e segg.).
- Sopra il significato delle parole ' ferruminare, , e ' adplumbare, , nelle Pandette e sopra il fondamento giuridico dell'acquisto di proprietà per ferruminazione* (eod. 23, pag. 223 e segg.).
- Osservazioni sull'art. 469 cod. civile italiano* (" Studi Senesi ,, XI).
- Le spese ordinarie e straordinarie* (Questioni di diritto giustiniano, II, in " Riv. It. Scienze Giur. ,, 49, pag. 205 e segg.).
- Le spese nella servitù di usufrutto e di uso* (id. III, eod. pag. 219 e segg.).
- Jus tollendi* (id., IV, eod., p. 232 e segg.).
- Sulla ' vindicatio gregis , in diritto romano* (eod. 10, pag. 268 e segg.).
- Il concetto classico dell'usufrutto* (" Bull. Ist. Dir. Rom. ,, 22, pag. 109 e segg.).
- Il diritto dell'usuario al godimento dei frutti; Fructus sine usu; Oggetto dell'usufrutto e facoltà di cessione dell'usufruttuario* (Questioni di diritto giustiniano, V, VI e VII, in " Riv. It. Sc. Giur. ,, 49, pag. 241 e segg.).
- Le servitù personali affini all'usufrutto* (id., X, eod. 52, pag. 168 e segg.).
- Sull'oggetto del quasi usufrutto* (" Bull. Ist. Dir. Rom. ,, 19, pag. 85 e segg.).
- Osservazioni esegetiche alle ll. 3 § 9, 12, 18; pr. D. 43, 16* (" Studi Senesi ,, 5, pag. 154 e segg.).
- Sulla teoria del beneficium competentiae nel diritto romano* (" Studi per Schupfer ,, I, pag. 59 e segg.).
- Sul calcolo della ' competentia , nel c. d. ' beneficium competentiae , nel diritto romano* (" Studi Senesi ,, 15, pag. 223 e segg.).
- Il ' beneficium competentiae , e il calcolo del suo oggetto* (Questioni

- di diritto giustiniano*, XI, in “ Riv. It. Sc. Giur. ”, 52, pag. 198 e segg.).
- L'eccesso di mandato e le scuole classiche di giurisprudenza* (“ Bull. Ist. Dir. Rom. ”, 20, pag. 210 e segg.).
- Studi sopra il delitto di furto. L' 'actio de tigno iuncto , e il delitto di furto* (“ Bull. Ist. Dir. Rom. ”, 21, pag. 205 e segg.).
- La complicità nel delitto di furto* (“ Studi Senesi ”, 16, pag. 19 e segg.).
- Continuazione e ripetizione di furto* (eod. 9, pag. 371 e segg.).
- Sopra la condictio furtiva* (“ Studi Senesi ”, 16, fasc. III-IV).
- Sopra alcune azioni attinenti al delitto di furto: actiones furti utiles* (eod. 17, pag. 149 e segg.; pag. 253 e segg.).
- Il furto improprio e la teoria del possesso* (eod. 9, pag. 235 e segg.; pag. 311 e segg.).
- Furto di possesso e furto di uso* (eod. 10, pag. 77 e segg.; 11, pag. 145 e segg.).
- Il possesso di mala fede in rapporto al delitto di furto* (“ Arch. Giur. ”, 28, pag. 156 e segg.).
- Sulla L. 27, § 14, ad L. Aquiliam 9, 2* (“ Bull. Ist. Dir. Rom. ”, 3, 241 e segg.).
- Osservazioni esegetiche sulla L. 23 § 1; 27 § 5; 55 D. 9, 2* (eod. 32, pag. 387 e segg.).
- Amministrazione dei beni parafernali (Questioni di diritto giustiniano, IX, in “ Riv. It. Sc. Giur. ”, 52, pag. 162 e segg.).*
- Studi sull'istituzione di erede* (“ Studi Senesi ”, suppl. al n. 5, pag. 39 e segg.).
- ' Assis distributio , (Questioni di diritto giustiniano, VIII, in “ Riv. It. Sc. Giur. ”, 52, pag. 131).*
- La collazione del denaro secondo l'art. 1025 del Codice civile italiano* (“ Studi Senesi ”, 1. 6, pag. 32 e segg.).
- Rapporti giuridici condizionali e legge falcidia* (“ Bull. Ist. Dir. Rom. ”, 21, pag. 180 e segg.).
- Sul prelegato a favore dell'erede fiduciario* (“ Studi Serafini ”, pag. 451 e segg.).
- La nuda proprietà nella dottrina dei legati* (“ Mèl. Girard ”, pag. 331).
- Interpretazione della L. 63 de donatione inter virum et uxorem* (“ Arch. Giur. ”, 28, pag. 156 e segg.).
- Note bibliografiche e recensioni (in varie Riviste).

## FRANCESCO BRANDILEONE

La storia del diritto italiano è scienza tanto recente, che la generazione dei nostri padri poté conoscere anche i primi tra i suoi cultori italiani. E se si tolgono lo Sclopis, scomparso nel '78, il Pertile, nel '95, il Nani, nel '99, gli altri grandi Maestri vissero tanto da potere, nei loro anni estremi, insegnare a noi che siamo ancora tra i giovani. E, ascoltandoli, s'era costretti a ripensare quale poderosa costruzione quegli storiografi fossero stati capaci di elevare dalle fondamenta, nel giro di pochi decenni; e con quale valore e fortuna essi avessero affermato il dominio della scienza italiana in un campo dove gli stranieri erano sempre stati presenti e, per qualche tempo, preponderanti. Perciò si guardava con ammirazione, e quasi con orgogliosa tenerezza a quei Maestri che, giunti alla loro sera, ancora tenevano fede, scrivendo e insegnando, alla missione di tutta la vita.

Purtroppo in questi ultimi anni la Morte ha rapiti parecchi di essi. Dopo la scomparsa, prematura e che pare ormai lontana, di Augusto Gaudenzi, mancarono lo Zdekauer, Francesco Schupfer, Alberto Del Vecchio, Pasquale Del Giudice e Giuseppe Salvioi la cui recente e repentina dipartita privò gli studi di storia delle istituzioni economiche di un cultore autorevole e fecondissimo.

E il 18 aprile di quest'anno si spegneva Francesco Brandileone. Era nato a Buonabitacolo (Salerno), nel 1858, aveva compiuto a Napoli gli studi superiori; aveva poi insegnato nelle Università di Sassari, Parma, Bologna; insegnava ora in quella di Roma. A Napoli ritornò per morirvi.

La sua fu una esistenza consacrata alla scienza. Non l'avevano distratto cure professionali né uffici politici. E anche la sua casa, ricca di libri, appariva al visitatore come la silenziosa officina di chi vive studiando e scrivendo.

Frutto di questa vita, tutta volta ad un segno, fu una produzione vasta, ma soprattutto originale ed organica.

I suoi lavori principali possono essere raggruppati attorno ad alcuni punti fondamentali della storia del nostro diritto. E, anche da un gruppo all'altro di quegli scritti, passa quasi sempre un legame, che non è subito palese, ma che, ravvisato, ci fa accorti dei saldi criteri direttivi che presiedevano all'opera sua.

Per la storia del diritto dell'Italia meridionale, vanno ricordati i lavori: *Il diritto romano nelle leggi normanne e sveve del Regno di Sicilia* (1884); *Il diritto greco-romano nell'Italia meridionale sotto la dominazione normanna* (1886); *Sulla data del 'pactum, giurato dal duca Sergio ai Napoletani* (1900). Colla collaborazione del Puntoni curò l'edizione del bizantino-calabrese *Prochiron legum*, e tenne poi sempre a mettere in valore l'importanza che il diritto bizantino ebbe nello svolgersi del diritto italiano. Così mostrò particolare compiacenza perché un suo discepolo (suo e del Costa), l'Albertoni, si specializzava negli studi di tale diritto; e ancora l'ultimo scritto che licenziò per le stampe fu, se non erro, uno scritto riguardante il diritto bizantino: cioè una lunga esposizione e critica delle conclusioni di tre pubblicazioni del Freshfield sull'Ecloga di Leone l'Isaurico ("Rivista di Storia del Diritto Italiano", 1928, fasc. 3).

La tendenza non diventò però preconcepito; egli fece sempre equa parte a quello che poté essere l'influsso del diritto germanico negli stessi territori bizantini. Così — avesse ragione, o meno — nelle sue *Note sull'origine di alcune istituzioni giuridiche in Sardegna durante il Medioevo* (1902) non fu alieno dal ravvisare la natura germanistica di istituti che altri reputava continuazione e trasformazione di ordinamenti bizantini, o, comunque, immuni da elementi barbarici.

Fra i tratti più caratteristici del suo sistema, ricordiamo la presa di posizione nei riguardi del diritto romano volgare e del così detto "elemento italico", che contribuì alla formazione del diritto italiano. Aveva idee ferme e non celava il suo scetticismo verso le ardite costruzioni degli altri (si veda, p. es.: *Il diritto romano nella storia del diritto italiano*, "Archivio Giuridico", 1921).

Il suo spirito critico e l'indagine, sempre aderente alle fonti, ebbero campo di esercitarsi specialmente negli scritti riguardanti la storia delle obbligazioni e del documento, che tengono il posto centrale nella sua produzione: *Origine e significato della 'traditio chartae*, (1907); *Le così dette clausole al portatore nei documenti medievali italiani* (1903, 1905, 1914); *Sulla supposta 'obligatio litterarum, nell'antico diritto greco* (1920); *La 'stipulatio, nell'età imperiale e durante il Medioevo* (1928). Penso che Egli tenesse specialmente a questa parte della sua opera. Forse lo storico e il critico futuro apprezzeranno come più fecondi e definitivi gli scritti suoi sul diritto dell'Italia meridionale; ma il tema che in quegli altri lavori veniva affrontato e per tanti versi illuminato, era veramente fondamentale e di più vasto interesse.

Fuori dal campo degli studiosi di storia del diritto, la notorietà gli venne soprattutto dal grosso volume: *Saggi sulla storia della celebrazione del matrimonio in Italia* (1906). Il temperamento dell'uomo si rifrange nell'opere sue, come in un prisma. Leggendo quel libro, vien fatto di pensare che cosa sarebbe diventato quel tema, affidato all'esuberante genialità dell'autore di *La famiglia italiana nei secoli XV e XVI*. Ma, pel Brandileone, anche quando si accostava alla storia del folclore e della civiltà, il punto di vista, il metodo e lo stile restavano sempre quelli del lucidissimo ma pacato e dogmatico osservatore del fenomeno giuridico.

Quel suo lavoro può essere senz'altro collocato vicino agli altri suoi: *Sulla storia e la natura della 'donatio propter nuptias'*, (1892), *Studi preliminari sullo svolgimento storico dei rapporti patrimoniali tra coniugi* (1901).

A Bologna il Brandileone insegnò per anni il diritto canonico. E anche alla storia di esso contribuì, direttamente e indirettamente, sia coi ricordati lavori di diritto matrimoniale, o con quello su *I lasciti per l'anima e la loro trasformazione* (1911), sia affrontando qualche elegante problema, come quello prospettato nei Rendiconti dell'Accademia dei Lincei (ser. VI, vol. II): *Perché Dante colloca in paradiso il fondatore della scienza del diritto canonico*.

Non inferiori ai meriti dello scrittore sono quelli dell'insegnante. Francesco Ercole fu scolaro anche suo. In questi ultimi anni, quasi presagisse vicino il termine della sua giornata, Francesco Brandileone parve moltiplicare la sua attività di Maestro, perché, dopo la stasi provocata dalla guerra, agli studi di storia del diritto italiano fosse assicurato un più largo concorso di giovani, e perché nella *Rivista*, da lui recentemente fondata colla collaborazione dei senatori Calisse e Tamassia, questi studi trovassero finalmente il centro e l'organo, da tanti e da tanto tempo auspicati.

Ai giovani suoi discepoli, che molto l'amavano e ne erano riamati, l'onore di tener alto il nome del Maestro. L'attico spirito di Lui non solo sopravviva nel loro rimpianto, ma si trasfonda in quelle opere che Egli attendeva da essi con desiderio e con fiducia.

G. P. B.

---

Direttore responsabile: Luigi Renzetti.

---

Coi tipi della Società Tipografica Editrice Urbinate — Urbino