

## *Auctoritas rerum decemviralis\**

Dr. F. Javier CASINOS-MORA

(*Universitat de València*)

1. Una caratteristica specifica della ricerca storico-giuridica è il permanente rinnovamento delle indagini intorno ad ogni argomento, in specie quelli sui quali non è facile giungere a una verità stabilita ed esauriente a causa della scarsità e difficoltà delle fonti che ci sono pervenute. Nelle pagine che seguono tratterò inizialmente di un problema che forse continua ancora oggi ad essere uno dei più tormentati della scienza romanistica. Si tratta del significato di *auctoritas* nel quadro storico-giuridico della Legge delle Dodici Tavole, del quale mi sono già occupato altrove.<sup>1</sup> In questo contributo indicherò nuove sfumature e ragionamenti rispetto a quello che ho detto in precedenza allo scopo di offrire al dibattito scientifico un concetto ancora più preciso dell'*auctoritas* decemvirale, dell'*auctoritas rerum*. Sulla base di questo concetto cercherò di seguito di dare una spiegazione ai passi di quella legge e pure della *Lex Atinia* contenenti il termine *auctoritas*.

Nelle fonti giuridiche romane e in quelle letterarie di epoca molto più progredita *auctor* designa nei confronti dei negozi di trasmissione dei beni colui che interviene in genere in qualità di trasmittente e in specie di venditore, sia semplicemente come dante

---

\* Questo lavoro fu tenuto come relazione dallo stesso titolo nell'ambito del I Collegio di diritto romano ("Le Dodici Tavole. Dai decemviri agli Umanisti") del Centro di studi e ricerche sui Diritti Antichi dell'Università degli Studi di Pavia in settembre di 2003.

<sup>1</sup> In *La noción romana de "auctoritas" y la responsabilidad por "auctoritas"*, Granada 2000. La letteratura sull'argomento dell'*auctoritas* e in specie in rapporto alla cosiddetta *actio auctoritatis* è ricchissima. Perciò mi limiterò in questo contributo a citare le opere che ritengo più emblematiche nella storia del dibattito dottrinale su questo argomento. Per un elenco bibliografico più esauriente sull'argomento si vedano le pagine 291 ss. della succitata monografia.

causa, sia come tenuto all'obbligo di trasferire la proprietà della cosa al compratore, sia come tenuto ad assumere la difesa dell'acquirente contro un eventuale rivendicante, sia come quello contro cui è esperibile un'azione qualora il compratore abbia subito l'evizione in un processo di rivendica.<sup>2</sup> Correlativamente *auctoritas* dovrebbe designare la posizione di colui che vende qualcosa, la garanzia del venditore che è tenuto a trasferire la proprietà al compratore, l'obbligo del venditore di assumere la difesa dell'acquirente contro qualsiasi rivendicante oppure la responsabilità assunta dal venditore in caso di subire il compratore l'evizione dell'oggetto acquistato.<sup>3</sup> Ma sono questi i precisi significati dell'*auctoritas* decemvirale o sono piuttosto ulteriori svolgimenti di quel concetto? Quale fu veramente il significato di *auctoritas* nella Legge delle Dodici Tavole? Lo scopo principale di questo contributo è appunto cercar di formulare il significato dei due passi attribuiti alla legge decemvirale contenenti il vocabolo *auctoritas* ed anche di quello pervenuto della *lex Atinia de usucapione*. È naturale che non solo quei due passi decemvirali ma anche quello riportato alla più recente *lex Atinia* vengano qui accomunati giacché quest'ultimo tocca una situazione sostanzialmente identica a quella presuntamente regolata dalla legge decemvirale. Per comodità del lettore trascrivo prima di tutto i passi principali che danno notizia dei precetti decemvirali riguardanti l'*auctoritas*.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Ne sono alcuni esempi: Gai. 4 *ed. prov.* D. 4, 4, 15: *sed ubi restitutio datur, posterior emptor reverti ad auctorem suum poterit*; Cic. *Caec.* 10, 27: *P. Caesennius, auctor fundi, non tam auctoritate graui, quam corpore*; Cic. *Tul.* 7, 17: *nequedum finis auctor demonstrauerat*; Sen. *Con.* 7, 6, 23: *generum socer mancipio accepit. Triarius dixit: "fugitiuum, erronem non esse" ita, si malum auctorem habemus, gener noster fugitiuus est?*; e *ibid.* 10, 5, 11: *Olynthius non est, ego pecuniam perdidit; redi ad auctorem.*

<sup>3</sup> Ne sono alcuni esempi: Sen. *Con.* 7, 6, 23: *relegamus auctoritatis tabellas: «furtis noxaeque solutum»*. *Haec generi nostri laudatio est*; Plaut. *Poen.* 147: *si auctoritatem postea defugeris*; PS. 2, 17, 1: *uenditor si eius rei, quam uendiderit, dominus non sit, pretio accepto auctoritatis manebit obnoxius aliter enim non potest obligari*; e *ibid.* 3: *res empta mancipatione et traditione perfecta si euincatur, auctoritatis uenditor duplo tenus obligatur.*

<sup>4</sup> Ho seguito la tradizionale ubicazione dei versetti fatta dalla palingenesi della Legge delle Dodici Tavole contenuta in *Fontes Iuris Romani Antejustiniani. Pars prima. Leges*, edita da S. RICCOBONO a Firenze nel 1909, successivamente riedita nel 1941 (stessi luogo ed editore) e ristampata nel 1968. Come di solito si fa nelle edizioni moderne della Legge delle XII Tavole trascrivo in maiuscoletti soltanto i versetti che si ritengono tramandati nel loro tenore letterale.

L. XII Tab. 6, 3 (Cic. *top.* 4, 23)

*Usus auctoritas fundi biennium est, ceterarum rerum omnium quarum annuus est usus.*

L. XII Tab. 6, 4

*Adversus hostem aeterna auctoritas [esto].*

Gell. 17, 7, 1

*Legis ueteris Atiniae uerba sunt: 'Quod subruptum erit, eius rei aeterna auctoritas esto'.*

L. XII Tab. 8, 17 (Gai. 2, 45)

*Furtiuam (rem) lex XII Tab. usucapi prohibet.*

Bisogna avvertire che i precedenti passi tranne il secondo non ci sono tramandati nella sua stesura originale anzi si tratta di testimonianze ciceroniane e gelliane. Soltanto a partire da queste scarse testimonianze e da alcune altre, che dopo verranno citate, dobbiamo costruire il concetto dell'*auctoritas* decemvirale. Inoltre non c'è purtroppo nessun elemento intrinseco in quegli accenni all'*auctoritas* che consenta di stabilirne agevolmente il significato.

La presente esposizione si svolgerà sulla base della critica alla teoria finora più diffusa sul concetto dell'*auctoritas rerum* decemvirale. Cercherò di dimostrare l'inaccettabilità di quella che è stata, soprattutto sin dal Lenel e dal Girard, la nota opinione dominante in materia di *auctoritas* nella sua impostazione generale e più condivisa, cioè, quella che scorge nell'*auctoritas* l'obbligo di assistenza oppure proprio l'assistenza fornita dal *mancipio dans* al suo acquirente in un processo di rivendica, la quale sarebbe giunta con il tempo a designare prima l'obbligo di fornire quell'assistenza processuale e poi lo stesso atto traslativo della proprietà.<sup>5</sup> Il vincolo che questa concezione stabilisce fra *mancipatio*,

<sup>5</sup> Si vedano principalmente P. F. GIRARD, "Études historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain", in *Mélanges de droit romain*, II, Paris 1923, p. 7 ss.; *id.* "L'action *auctoritatis*", in *RHD*, 1882, p. 180 ss.; e O. LENEL, *Das Edictum perpetuum, ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*<sup>3</sup>, Leipzig 1927, rist.<sup>3</sup>, Aalen 1985, § 290 *de auctoritate*, p.542 ss. Più recentemente questa teoria è stata rinvigorita soprattutto da B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo 1985, p. 92 ss.; e "Usus *auctoritas fundi* in XII Tab. 6, 3 secondo le testimonianze di Cicerone", in *AUPA*, 45. 1, 1998, p. 7 ss.; e H. ANKUM, fra altri nei seguenti lavori: "L'*actio de auctoritate* et la *restitutio in integrum* dans le droit romain classique", in *Maior viginti quinque annis*, Assen 1979, p. 1 ss.; "L'*actio auctoritatis* appartenent à l'acheteur *mancipio accipiens* a-

*auctoritas* ed *actio auctoritatis* riporta necessariamente all'esame dell'*auctoritas* decemvirale giacchè nell'epoca decemvirale dovè essere stata presuntamente in vigore quell'azione concernente l'*auctoritas* e la Legge delle Dodici Tavole adopera questo vocabolo nel contesto giuridico dei modi di acquisto dei beni. Un completo riesame delle numerose teorie formulate sul fondamento dell'*auctoritas* così concepita e di altre formulate sull'argomento che hanno in comune il fatto di vincolare la *mancipatio* all'*auctoritas* esula dalla nostra trattazione in questo breve contributo. Mi limiterò quindi alla critica di quella che è stata finora la teoria più diffusa.<sup>6</sup>

A mio avviso le principali ragioni che non consentono di accettare questa concezione sull'*auctoritas* decemvirale sono in breve le seguenti: 1. La struttura e la funzione della *mancipatio* arcaica, che in conformità al formulario e alle informazioni su di essa fornite soprattutto da Gaio fu un modo di acquisto originario del potere sulle cose e sulle persone, non sono compatibili con un dovere di assistenza da eseguire dal *mancipio dans* al suo *accipiens* in caso di processi di rivendica promossi contro quest'ultimo attraverso la *legis actio sacramento in rem*. 2. Non si può dimostrare l'esistenza nè l'origine nel quadro storico-giuridico decemvirale di un'obbligazione di assistere l'acquirente a carico del *mancipio dans* e per ciò risulta superfluo il dibattito dottrinale sulla natura e fondamento di questa inesistente obbligazione. 3. Neanche la struttura e il formulario della *legis actio sacramento in rem* ammette un intervento del *mancipio dans* allo scopo di ratificare la legittimità dell'acquisto del suo *mancipio accipiens* negli eventuali processi di rivendica. 4. Quella concezione sull'*auctoritas* decemvirale come 'assistenza da prestare dal *mancipio dans* al *mancipio accipiens*', in stretto rapporto dunque con la responsabilità per evizione, è

---

t-elle existé?", in *Accademia Romanistica Costantiniana. Atti III Convegno Internazionale*, Perugia 1979, p. 7 ss.; "Alcuni problemi concernenti la responsabilità per evizione", in *Atti dell'Accademia Peloritana dei Pericolanti*, Messina 1989, p. 6 ss.; e "D. 21, 2, 66pr. Eine schwierige Papinianstelle über die *auctoritas*-Haftung des Verkäufers im Fall umgekehrter Eviktion", in *Iurisprudentia universalis. Festschrift für Theo Mayer Maly zum 70. Geburtstag*, Köln ecc. 2002, p. 1 ss.

<sup>6</sup> Vedasi sulle diverse teorie riguardanti il fondamento dell'*auctoritas* come azione derivata dalla *mancipatio* la mia monografia *La noción romana de "auctoritas"*, cit., p. 80 ss.

troppo tecnica e ristretta e soprattutto rappresenta, secondo me, un 'procronismo' motivato da ragioni dommatiche, cioè dalla necessità di trovare un precedente remoto, nella legge decemvirale, delle stipulazioni riguardanti l'evizione, a cui erano tenuti i venditori nel contratto di compravendita. La responsabilità del venditore per l'evizione subita dal suo compratore sorse più tardi: sin dal momento in cui i negozi con funzione di compravendita, comprese le *mancipationes*, diventarono contratti e negozi di trasmissione della proprietà derivativi, in cui l'obbligazione del venditore non era *rem dare* ma *rem emptori habere licere*. Dato che i compratori non potevano avere la sicurezza di averne acquistato la proprietà cominciarono a sorgere nella forma di stipulazioni apposite le garanzie convenzionali del pacifico possesso della cosa acquistata da prestare dai venditori. Quella concezione sull'*auctoritas* come assistenza processuale non è quindi attendibile poichè è in contrasto con il quadro storico-giuridico decemvirale. 5. Il concetto decemvirale di *auctoritas* oltrepassa l'ambito della *mancipatio*. È un concetto molto impreciso e complesso e non è possibile stabilire un'esatta traduzione dunque non c'è stato storicamente nessun istituto chiaramente equipollente ad esso, eccetto chissà e solo in parte nel diritto germanico, argomento su cui mi occuperò succintamente alla fine dell'esposizione. Per l'indagine del significato dell'*auctoritas* è specialmente necessaria la disamina dei riferimenti all'*auctoritas* presenti nelle fonti letterarie, soprattutto in quelle ciceroniane. Di seguito svolgerò le precedenti affermazioni.

2. C'è una sconfinata letteratura sull'argomento dell'*auctoritas* decemvirale piena d'ipotesi molto diverse e contraddittorie. In genere è abbastanza pacifico nella dottrina romanistica che la *mancipatio* sia stata dapprima uno scambio effettivo di merce contro metallo, prima non coniato; che con il tempo la *mancipatio* sarebbe diventata un atto simbolico; e che sin dall'inizio la *mancipatio* sia stata una consacrazione di un atto di compravendita già compiuto al di fuori dell'adempimento della forma rituale. Inveteratamente gli autori hanno desunto che doveva esserci nella struttura dell'arcaica *mancipatio* una sorta di tacita assunzione di garanzia a carico del *mancipio dans*-venditore sulla base che c'era nel posteriore contratto di compravendita consensuale un'obbligazione di garanzia contro l'evizione a carico del venditore assunta convenzionalmente attraverso stipulazioni apposite finchè sarebbe diven-

tata un elemento naturale del contratto esigibile mediante l'*actio empti*. Tanto le stipulazioni di garanzia contro l'evizione quanto il posteriore carattere naturale della responsabilità per evizione sarebbero stati il risultato dello svolgimento dell'istituto della responsabilità per evizione del venditore, istituto risalente dunque ai tempi più arcaici.

Anzitutto la precedente esposizione parte da un'aprioristica identità fra la *mancipatio* e la compravendita, vale a dire che la *mancipatio* ebbe sin dall'inizio una funzione di compravendita. È ben certo che la *mancipatio* in conformità alla descrizione gaiana è una compravendita. La presenza nel *dictum* del *mancipio accipiens* dell'espressione *mihi emptus esto aere aeneaque libra* lo dimostra. Ma ciò non autorizza affatto a congetturare che sin dall'origine la *mancipatio* avesse avuto una funzione di compravendita. La ragione per cui non mi sembra accettabile che la *mancipatio* fosse sin dall'inizio una compravendita non è però che il verbo *emere* avesse *apud antiquos* il significato di “prendere”, “afferrare”, “acquistare”, secondo le numerose testimonianze fornite dal grammatico Sesto Pompeo Festo: *emere, quod nunc est mercari, antiqui accipiebant pro sumere; emere enim antiqui dicebant pro accipere; nam antiquitus emere pro accipere ponebatur*,<sup>7</sup> giacchè di seguito appare l'espressione *hoc aere aeneaque libra*, ma il singolare e illogico ordine in cui appaiono i *dicta* da pronunciare dal *mancipio accipiens*, vale a dire *meum esse aio* e poi *isque mihi emptus esto*. Infatti non ha senso che dopo aver dichiarato l'appartenenza della cosa il *mancipio accipiens* dica che l'ha comprata. *Prima facie* quest'ordine dei *dicta* ci lascia perplessi dunque sembra che è stato capovolto e che dovrebbe essere proprio l'inverso, cioè prima la causa, compravendita, e poi l'effetto, l'acquisto della ‘proprietà’<sup>8</sup> o l'affermazione del *meum esse*. Tut-

<sup>7</sup> Festo *sig.* 76, 1; 4, 18; e 270, 12-13 (edizione a cura di O. Müller, Leipzig 1839, rist. Hildesheim-New York 1975).

<sup>8</sup> Con gli apostrofi messi attorno i vocaboli “proprietà” e “proprietario” voglio indicare che adopero questi termini per comodità del linguaggio, tenendo presente però il fatto che nell'esperienza giuridica degli antichi romani ben difficilmente si poteva permettere una netta distinzione fra le situazioni effettive di godimento di un potere e la nozione astratta di tale potere cioè indipendentemente dal suo effettivo esercizio, vale a dire la distinzione fra la possessione e la proprietà non si può far risalire ancora ai tempi decemvirali. Ci si deve parlare invece di una situazione di potere di fatto sulle cose giuridicamente rilevante e tutelata, della

tavia deve esserci una spiegazione a quell'apparente disordine, non dobbiamo attribuirlo alla stoltezza dei romani o all'errore del giurista. A mio avviso, l'incoerenza della *nuncupatio* del *mancipio accipiens* si trova appunto nel fatto che il secondo asserto fu aggiunto con il tempo, da quando incominciarono a farsi gli scambi di merce contro metallo. Questo spiegherebbe la necessità di pesare il metallo e di usare la bilancia a tal fine. La dichiarazione riguardante l'affermazione del potere sulla cosa, che appare in primo luogo, e il gesto di apprensione manuale dovettero essere nella stessa origine storica dell'atto e posteriormente si sarebbe aggiunto di seguito l'asserto attinente al pagamento insieme ai gesti di *aere percutere libram* e di *raudusculo libram ferire*. Il *dictum* sull'acquisto del potere sulla cosa rimase in primo luogo perchè era l'elemento più importante dell'atto. Con l'introduzione della moneta coniata in età più progredita sarebbe rimasto il *gestum per aes et libram* anche fossilizzatosi.

Quella *mancipatio* riportata da Gaio ebbe sì una funzione di compravendita, tuttavia doveva trattarsi in ogni caso di una compravendita per contanti durante certo tempo e sicuro nell'epoca decemvirale, quindi è anteriore alla coniazione di moneta e soprattutto alla nascita della compravendita consensuale. Questa vendita non aveva per ciò effetti obbligazionali ma una diretta efficacia reale. Sarà con la nascita del contratto di compravendita, adempiuto con la forma della *mancipatio* o della semplice *traditio* a seconda delle fattispecie, quando cambierà l'impostazione del problema dell'evizione e quando sorgeranno le stipulazioni di garanzia contro l'evizione prestate dal venditore. Proprio per questo non ritengo ammissibile far risalire ai tempi della *mancipatio* arcaica, cioè quella della Legge delle Dodici Tavole, quel regime dell'evizione che presuppone una concezione consensuale della compravendita, in virtù della quale il venditore non ha l'obbligo di trasmettere la 'proprietà', di *rem dare*.

---

matrice di tutta la categoria che oggi chiamiamo "diritti reali". Difatti nella legge delle Dodici Tavole per farne riferimento s'impiega ancora l'aggettivo di appartenenza, *meum* oppure il costruito d'infinitivo *esse* accompagnato da pronomi personali in dativo, ad esempio, *mihi*, espressioni tutte tanto semplici quanto veementi ed efficaci.

D'altro canto è caratteristico della natura e della struttura della *mancipatio*, in conformità alla testimonianza di Gaio,<sup>9</sup> il fatto di essere un semplice atto di acquisto unilaterale ed autoritativo, la cui efficacia riposava appunto sui *verba* pronunciati dal *mancipio accipiens*: *hunc ego hominem meum esse aio*, con cui affermava solennemente e categoricamente il suo potere sulla *res mancipata*, dinanzi alla passiva acquiescenza del *mancipio dans*. Infatti il carattere assoluto della forma è appunto la giusta espressione della natura assoluta ed *erga omnes* della situazione di potere a cui si riferisce. Fermiamoci un po' sull'argomento del silenzio del *mancipio dans*. Difatti non c'era nessun *dictum* da pronunciare precettivamente da lui nella *mancipatio* ordinaria con funzione di compravendita, a differenza del *testamentum per aes et libram*. In effetti non trova riscontro nell'informazione di Gaio neppure in nessun'altra fonte una *nuncupatio* del *mancipio dans*. Nemmeno la legge decemvirale gli concedeva la parola. La *nuncupatio* della *mancipatio* arcaica era dunque di esclusiva incombenza del *mancipio accipiens*. Difatti i verbi si leggono nel versetto in singolare. Il versetto 6, 1 della Legge delle Dodici Tavole stabiliva che fosse diritto (*ita ius esto*) quello che era dichiarato verbalmente (*uti lingua nuncupassit*) da quello che *nexum faciet mancipiumque*, vale a dire da colui che attuava o che faceva l'azione di *manucapere* o di *nectere*.<sup>10</sup> Qualsiasi altra dichiarazione al di fuori della *nuncupatio* non aveva quindi il valore di *ius*.

Il fatto del silenzio del *mancipio dans* è rivelatore dell'unilateralità dell'atto e della sua efficacia reale. La *mancipatio* no generava per sè stessa nessun'obbligazione da eseguire dal *mancipio dans*. Oltre a ciò nulla consente di attribuire al silenzio del *mancipio dans* un'efficacia costitutiva di un'obbligazione tanto in genere quanto in specie di assistenza in caso di rivendica e neppure un'assunzione 'contrattuale' di essa. Affermare il contrario non sarebbe altro che dare spiegazioni ipotetiche. Neanche mi pare accettabile ritenere che c'era un'obbligo di assistenza processuale nato direttamente dal fatto di effettuare una *mancipatio*.<sup>11</sup> Questo

<sup>9</sup> Gai. 1, 119-122. Si vedano anche sulla *mancipatio* i passi 2, 22 s. e 2, 25.

<sup>10</sup> L. XII Tab. 6, 1: CUM NEXUM FACIET MANCIPIUMQUE, UTI LINGUA NUNCUPASSIT, ITA IUS ESTO.

<sup>11</sup> R. VON IHERING *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*<sup>5</sup>, II, Leipzig 1894, rist. anast. Aalen, 1993, p. 552, benchè



non è che una mera congettura necessaria per giustificare l'esistenza dell'*actio auctoritatis* tale azione per richiedere la responsabilità per evizione assunta automaticamente nella *mancipatio* dal *mancipio dans*.

Lo schema della *mancipatio* ci mostra che si trattava di un atto semplice la cui funzione era proprio l'acquisto da parte del *mancipio accipiens* del potere sulla cosa, un modo di acquisto originario e non derivativo, cioè l'acquirente acquistava il potere sulla cosa e la sua posizione non derivava da quella tenuta dal *mancipio dans*. Nulla prova dinanzi all'assoluto silenzio di Gaio che dalla *mancipatio* sorgesse un'obbligo del *mancipio dans* di assistere il *mancipio accipiens* qualora questo fosse spogliato della *res* in un futuro processo di rivendica promosso da un terzo contro di lui. Allora se non si può dimostrare che dalla *mancipatio* derivasse un'obbligazione di assistenza (*auctoritas*), è logico che neanche si possa parlare di una responsabilità per la mancata assistenza e che la sanzione di questo inadempito obbligo, che secondo la tesi prevalente sarebbe costitutivo di un delitto,<sup>12</sup> fosse un'azione riguardante l'*auctoritas* del *mancipio dans*, cioè la cosiddetta *actio auctoritatis*.<sup>13</sup> Peraltro, come mai si spiega l'assoluto silenzio di Gaio su quell'effetto della *mancipatio* così importante ed anche il silenzio degli altri autori giuristi e non giuristi?

Visto che la *mancipatio* era un atto pubblico di solenne affermazione del potere sulla cosa (*meum esse aio*) accompagnato da un

---

riconosca che la *mancipatio* non è un atto che creava per sè stesso nessun'obbligazione afferma che tuttavia originava rapporti obbligazionali. Questa contraddizione solo si capisce se si accetta aprioristicamente un concetto di *auctoritas* come obbligo di assistenza del *mancipio dans* in caso di evizione del suo acquirente sorso naturalmente dalla *mancipatio* e l'esistenza dell'*actio auctoritatis* come azione per esigere la responsabilità per la mancata assistenza. Attira perciò l'attenzione il fatto che Ihering è stato appunto uno dei fautori, se non lo stesso artefice, della teoria della semplicità dei negozi in diritto romano arcaico, cioè che un stesso negozio non poteva in una volta generare effetti personali e reali (*Geist*, I, *cit.* p. 142).

<sup>12</sup> Sulle diverse teorie intorno alla natura di quest'obbligo si veda *la noción romana de "auctoritas"*, *cit.*, p. 176 ss.

<sup>13</sup> Su questo punto M. SARGENTI è stato uno dei primi in rilevare il sofisma che rappresentava il fatto di ammettere l'esistenza di un delitto di mancata assistenza se non si era prima dimostrata l'esistenza dell'obbligazione di assistere: "Per una revisione della nozione dell'*auctoritas* come effetto della *mancipatio*", in *Studi in onore di E. Betti*, IV, Milano 1962, p. 23.

rituale gesto di effettiva apprensione di essa (*mihi emptus esto*) e che l'atto doveva avere delle connotazioni religiose proprie del diritto arcaico non v'è dubbio che l'efficacia dell'atto di acquisto si produceva irremissibilmente e non lo si poteva dunque far dipendere da nessuna circostanza diversa dal proprio adempimento della forma, tale il pagamento del prezzo reale o la legittimità della trasmissione fatta dal *mancipio dans*. Con l'adempimento dell'atto *per aes et libram* si otteneva il riconoscimento dall'aggregato cittadino o collettività dei Quirites della legittimità della nuova situazione di potere sulla cosa, del nuovo *meum esse*. Questo riconoscimento della legittimità della situazione di potere sulla cosa procacciato dalla collettività che si ottiene in questo caso attraverso il compimento della precettiva forma rituale e che rappresenta una garanzia pubblica per quello che ha la cosa nel suo potere è, secondo me, appunto il significato di *auctoritas* che si può rintracciare nella Legge delle Dodici Tavole, come si vedrà *infra*. Allora bene, dato che la situazione di potere del *mancipio accipiens* si fondava su questo riconoscimento collettivo, il *mancipio dans* non avrebbe avuto nessun obbligo di assistenza e garanzia riguardo al *mancipio accipiens* in un processo di rivendica poichè quel riconoscimento o *auctoritas* sarebbe stato sufficiente per proteggere l'acquirente contro qualsiasi futura rivendica. Invece con il tempo questa garanzia del trasmittente si sarebbe stata un'esigenza inderogabile in qualsiasi atto di scambio, in specie nella compravendita consensuale, in cui si verificasse il trasferimento di un diritto o semplicemente del possesso di una cosa, poichè la posizione dell'acquirente avrebbe avuto in queste fattispecie come unico ed esclusivo fondamento quella del suo trasmittente o dante causa, vale a dire del suo *auctor*, in conformità al significato avuto da questo termine sin dall'epoca classica.<sup>14</sup>

Per finire con la questione della compatibilità della *mancipatio* con la nozione di *auctoritas* come assistenza fornita dal *mancipio dans* rimane da dire che, come ha dimostrato in modo sufficiente Sargenti, dopo la disamina dei testi del Digesto nei quali si è voluto ravvisare le tracce e quindi la conferma dell'*auctoritas* come assistenza del *mancipio dans* al *mancipio accipiens* nonchè l'esistenza

---

<sup>14</sup> In questo senso va interpretato ad esempio *auctor* e *auctoritas* (qualità di dante causa) in PS. 2, 17, 1-3.

della cosiddetta *actio auctoritatis*, i giuristi classici usano il termine *auctor* – e aggiungo ogni tanto quello di *auctoritas* – per indicare il dante causa – o la qualità di tale – e nulla autorizza a pensare che essi abbiano conosciuto un’*actio auctoritatis* nel senso di azione per esigere la responsabilità per l’inadempimento oppure adempimento invano del dovere di assistenza all’acquirente, cioè nel senso della dottrina ancora oggi dominante.<sup>15</sup>

3. Riguardo alla struttura del processo arcaico abbiamo purtroppo notizie insufficienti a darci un profilo completo della procedura. Infatti oltre a qualche notizia fornita da fonti letterarie (Cicerone, Festo, Probo, Gellio, Varrone, ecc.) la nostra massima conoscenza della forma processuale chiamata delle *legis actiones* proviene, come è ben noto, dall’esposizione, assai sommaria e con notevoli lacune, fatta da Gaio nel libro IV (paragrafi 11-30) delle sue *Istituzioni* della metà del II secolo d. C. Le *legis actiones* - denominate così da Gaio- conosciute nell’epoca della Legge delle Dodici Tavole furono la *legis actio sacramento*, nelle due varianti, reale e personale, e la *manus iniectio*, forse pure la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* secondo lascia intendere Gaio.<sup>16</sup> Invece in epoca predecemvirale soltanto due azioni si potevano intraprendere: la *legis actio sacramento in rem*, per le liti riguardanti le *res*, e la *manus iniectio*, per far valere esecutivamente i crediti. Quella *legis actio* che ora ci interessa è la *legis actio sacramento in rem*. Esaminiamone sommariamente la struttura allo scopo di poter giudicare se essa è compatibile o meno con una assistenza od obbligo di assistenza, chiamato *auctoritas*, da prestare dal *mancipio dans* in un processo di rivendica promosso da un terzo

<sup>15</sup> M. SARGENTI, *Per una revisione*, cit., p. 68 ss. I passi sono: Iul. 57 dig. D. 21, 2, 39 pr. e 4; Cels. 27 dig. D. 21, 2, 62, 1; Pap. 28 quaest. D. 21, 2, 66, 1; Ulp. 2 disput. D. 21, 2, 38; Ulp. 80 ad ed. D. 21, 2, 51; Ulp. 81 ad ed. D. 21, 2, 52; Ven. 17 stip. D. 21, 2, 76; Ulp. 29 ad Sab. D. 21, 2, 25; Pomp. 11 ad Sab. D. 21, 2, 27; Ulp. 80 ad ed. D. 21, 2, 28; e Paul 76 ad ed. D. 21, 2, 9. Vedasi anche *La noción romana de "auctoritas"*, cit., p. 242 ss. Condivido con questo autore che non è affatto dimostrato che la materia trattata nei libri *ad edictum* 80-81 di Ulpiano e 76-77 di Paolo e 57-58 e nei libri 57-58 dei *Digesta* di Giuliano riguardasse l’*actio auctoritatis* come voleva Lenel e che di conseguenza non si può considerare provata l’esistenza nell’Editto perpetuo di una formula della cosiddetta *actio auctoritatis* nè lo scrupolosissimo sterminio di tutto riferimento ad essa fatto dai compilatori. Sulla critica all’ipotesi leneliana vedasi anche *La noción romana*, cit., p. 225 ss.

<sup>16</sup> Gai. 4, 17 a.

contro quello che era stato il *mancipio accipiens* nel negozio *per aes et libram*.

Secondo quanto risulta dalla testimonianza di Gaio contenuta nel passo 4, 16 delle sue *Istituzioni*, la *legis actio sacramento* doveva svolgersi dinanzi al magistrato giudicante e in conformità a certi gesti rituali<sup>17</sup> ed a un preciso e noto copione da pronunciare con assoluta essatezza tanto dall'attore quanto dal convenuto: "io affermo che questo schiavo è mio per diritto quiritario in conformità della sua causa".<sup>18</sup> Questa non è che un'affermazione di 'proprietà' fatta in modo assoluto e simmetricamente da ciascuna delle due parti contendenti (*meum esse aio ex iure Quiritium*), un'affermazione solenne di 'proprietà' chiamata *vindicatio*, la quale ha inoltre un fondamento o causa legittimante: *secundum suam causam*. Poi l'attore interrogava il convenuto sulla causa su cui aveva fondato la sua *vindicatio* (*postulo anne dicas, qua ex causa vindicaueris*). Il convenuto rispondeva di aver agito quando rivendicava conforme a diritto (*ius fecit sicut vindictam imposui*). Poi l'attore negava questo fatto e sfidava il convenuto con un giuramento o *sacramentum* (*quando tu iniuria vindicauisti D aeris sacramento te prouoco*).<sup>19</sup> Il convenuto accettava e rilanciava la sfida (*et ego te*). Spettava ai *pontifices* tanto il giudizio sul *sacramentum* quanto la riscossione della somma - *quingenos aeris ad*

<sup>17</sup> Questi gesti rituali erano diversi a seconda della natura mobile o immobile della cosa oggetto della lite. Cfr. Gai. 4, 16 e 17. L'estremo formalismo attuato attraverso una sorta di sceneggiatura di duello simbolico suppone certamente la superazione di una primordiale fase di difesa privata come mezzo atto a dirimere le controversie. Lo scopo di un processo gestito da organi pubblici era chiaro: evitare la perturbazione della pace pubblica.

<sup>18</sup> *Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio secundum suam causam.*

<sup>19</sup> Afferma M. KASER, *Das römische Zivilprozeßrecht*<sup>2</sup>, edizione a cura di K. HACKL, München 1996, p. 83, che in antico si scommetteva in animali sacrificali e le somme di 500 e 50 assi paiono corrispondere al valore rispettivamente di 5 buoi e 5 pecore. Mi pare almeno suggestiva l'ipotesi formulata da R. VON IHERING, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz: eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum*<sup>15</sup>, Leipzig 1924, rist., Darmstadt 1992, p. 181 ss., secondo cui il processo *per sacramentum* sarebbe stato il successore di un primordiale processo religioso ordalico o "giudizio di dio", conosciuto da tutti i popoli indoeuropei tranne il romano. Nel nuovo processo *per sacramentum* il *sacramentum* si sarebbe sostituito al giuramento dinanzi a dio e la differenza fra la due *summae sacramenti* di 500 e di 50 assi presente nella Legge delle Dodici Tavole sarebbe stata in connessione con la differenza fra la prova del fuoco e quella dell'acqua presso il giudizio di dio.

*pontem deponabant*: deponevano le somme sacramentali presso la cassa dei pontefici;<sup>20</sup> dopo la laicizzazione del processo il *sacramentum* fatto dal soccombente *in publicum cedebat*<sup>21</sup> - nonchè la sua conservazione e poi la restituzione o l'acquisizione, a seconda del risultato del giudizio. Dopo che le parti si erano sfidate con la scommessa sacramentale, il magistrato prendeva due provvedimenti necessari alla procedura: il primo riguardante la conservazione della cosa oggetto della lite fino a che questa sarebbe stata decisa, il che faceva assegnando la cosa ad una delle parti dopo una valutazione dei mallevadori offerti dall'assegnatario per la restituzione della cosa e dei suoi frutti in caso di soccombenza; e il secondo provvedimento, che si faceva a partire dall'epoca in cui la somma del *sacramentum* era pagata solo dal soccombente, consisteva nell'esigenza a ciascuno dei contendenti di presentare i cosiddetti *praedes sacramenti* allo scopo di garantire il pagamento del *sacramentum*. Infine colui che avesse pronunciato un *sacramentum iniustum* doveva pagare la somma sacramentale e se fosse stato l'assegnatario del possesso interinale dell'oggetto della lite doveva anche restituirlo alla controparte con i frutti. In caso d'inottemperanza di questi obblighi dovevano sussidiariamente rispondere i *praedes litis et iudiciarum*.

Da quanto si è descritto a partire dall'informazione gaiana sulla *legis actio sacramento in rem* risultano le seguenti premesse: 1) In un processo di rivendica ciascuno dei litiganti dichiara di aver un diritto assoluto, *erga omnes*, sulla cosa oggetto della lite, vale a dire un *meum esse*; 2) Le rispettive contestazioni verbali delle parti non vanno riferite alle loro situazioni giuridiche di 'veri proprietari', cioè alle rispettive prove della veracità del *meum esse*, della 'proprietà' in sè stessa, giacchè l'oggetto della controversia non è la prova della 'proprietà' anzi della causa legittimatrice (*suam causam*) di entrambe affermazioni del *meum esse* e quindi delle corrispettive *vindicationes*; 3) Il *sacramentum* era quindi una sorta di scommessa giurata sul fondamento delle cause dei *meum esse* addotte dai litiganti; 4) Il giudizio verteva su quale dei due litiganti aveva fatto un giuramento giusto e quale ingiusto ed essendo un atto di carattere religioso spettava la decisione e la pronunzia finale ai

---

<sup>20</sup> Varro *l. l.* 5, 180.

<sup>21</sup> Gai. 4, 16.

pontefici (*utrius sacramentum iustum, utrius iniustum sit*); 5) I pontefici non potevano che risolvere attraverso procedimenti di carattere religioso o magico, cioè irrazionali, legati all'ornitomanzia, all'aruspicina, ecc.,<sup>22</sup> o forse nei tempi più risalenti decidevano dopo la pratica di espedienti ordalici a noi sconosciuti – ad esempio e come ipotesi, la prova dell'acqua o quella del fuoco testimoniate in tanti altri popoli indoeuropei -. Dopo la sostituzione delle giurie ponteficali ai *iudices* laici sarebbe stato variato il tipo d'indagine processuale, ormai razionale ed attraverso le *perorationes* degli avvocati fatte di fronte ad un organo decisionale che provvedeva per proprio convincimento. Ciononostante permane l'impronta religiosa della *legis actio sacramento* e la natura religiosa della decisione medesima e fu così mentre rimase in vigore la procedura *per legis actiones*.

Dalle precedenti premesse si può giungere alle seguenti conclusioni:

1. Il giudizio nella *legis actio sacramento in rem* non consisteva nel fatto di stabilire a chi veramente appartenesse la *res* oggetto della lite giacché il contraddittorio fra i contendenti non verteva sulla 'proprietà' concepita come diritto anzi sulla causa (*suam causam*) che fondava entrambe *uindicaciones*; non si giudicava ancora sulla certezza di un diritto qualunque ma sui fatti che costituivano il fondamento della presente situazione di potere sulla *res* oggetto del diverbio, vale a dire si giudicava se la causa allegata dall'attore fosse veramente atta a fondare la sua *uindicatio* o se la causa atta l'aveva invece la controparte. Oltre a ciò quelle solenni dichiarazioni reciproche del *meum esse* ed i gesti del *uindictam imponere* insieme all'affidamento della decisione della contesa alla volontà degli dei attraverso il giudizio sulla giustizia o meno di ciascun *sacramentum* coinvolgeva una reciproca assunzione della responsabilità nata dalle rispettive dichiarazioni fatte. Per ciò, ri-

---

<sup>22</sup> Come ha detto G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. I. Le legis actiones*, Roma 1962, p. 58 s., non potremmo stupirci se nell'epoca regia la fondatezza o meno del giuramento e quindi la determinazione della parte i cui animali dovevano ritenersi consacrati definitivamente agli dei, venissero stabilite mediante l'ornitomanzia oppure l'esame degli *exta* degli animali sacrificati. Tuttavia si tratta di mere congetture. Comunque ha un sufficiente grado di probabilità la natura religiosa della decisione medesima e quindi il modo verosimilmente soprannaturale e irrazionale con cui si stabiliva la fondatezza o meno dei *sacramenta*.

mane ora da chiedersi: come si accomoda alla struttura del giudizio della *legis actio sacramento*, con le sue dichiarazioni simmetriche, la presenza di un terzo? A che servirebbe la presenza nella lite di un terzo garante del convenuto? A cosa servirebbe l'assistenza di quel garante alla lite se non si giudica la certezza di un diritto giacchè i litiganti avevano dichiarato categoricamente avere un *meum esse* sulla *res* oggetto del litigio? Non è sufficiente garanzia il fatto di assoggettarsi mediante il *sacramentum* ambedue litiganti dinanzi alle forze soprannaturali?

2. I pontefici, e con il tempo l'organo laico giudicante, dovevano stabilire dunque se il convenuto avesse causa che giustificasse la sua affermazione di *meum esse*. Se questa causa non era ritenuta idonea da loro il convenuto sarebbe stato condannato al pagamento del *sacramentum* indipendentemente dal fatto che l'attore potesse o meno vantare una causa giusta.

3. Se la finalità del processo della *legis actio sacramento* non era la dichiarazione e lo stabilimento del diritto ma l'accertamento di chi dei due litiganti aveva fatto un *sacramentum iustum* e quindi aveva provato la legittimità della sua situazione di potere sulla *res* controversa, non si capisce affatto, qualora ci fosse stata effettuata una *mancipatio*, la necessità di una assistenza nel litigio di quello che aveva procacciato la *res* al *mancipio accipiens* ora convenuto nella *legis actio*, allo scopo di fornire la prova del suo 'diritto di proprietà', cioè, come è stato detto di solito, allo scopo di agire come portatore della garanzia o *auctoritas*, assistenza della quale peraltro non c'è nessuna traccia nelle fonti ed a cui Gaio non ne fa nessun accenno. Invece sarebbe stato sufficiente per il convenuto provare che la causa della sua situazione di potere sulla *res* litigiosa era stata semplicemente una *mancipatio*, indipendentemente dalla condizione di 'proprietario' o meno del *mancipio dans*, *mancipatio* che potrebbe essere provata senz'altro mediante il richiamo ai testimoni dinanzi ai quali essa ebbe luogo, giacchè nell'arcaico processo delle *legis actiones* non si giudicava sulla titolarità dei beni anzi sulla legittimità delle situazioni di potere sulle cose; non c'era ancora un concetto di proprietà come diritto soggettivo ma di legittimità di una situazione di fatto di potere su una cosa, cioè di legittima affermazione di un *meum esse ex iure Quiritium*.

4. Con ciò resta giustificato il fatto che le controversie sulle cose si risolvessero mediante il sempre estravagante per noi espediente di

scomesse sacramentali, le cui decisioni non avevano in verità il carattere di sentenze di condanna e di dichiarazione di diritti ma di meri accertamenti della giustezza o meno dei *sacramenta*, vale a dire di quale dei due *sacramenta* fosse *iustum* e quale *iniustum* (*utrius sacramentum iustum, utrius iniustum*), dunque si trattava in realtà di un atto piuttosto di carattere religioso,<sup>23</sup> il quale era compiuto dopo aver imposto il magistrato ai litiganti la cessazione della simbolica violenza (*mittite ambo rem*). Orbene, se si riteneva che in quell'accertamento sulla giustezza dei *sacramenta* intervenivano in qualche modo le forze soppranaturali o le divinità, qualsiasi intervento nel giudizio di un garante sarebbe stato certamente superfluo e non servirebbe a niente poichè lo stesso intervento divino era appunto garanzia della giustezza della decisione, ossia dell'adempimento della volontà degli dei, che per il litigante favorito rappresentava la ratifica della sua ragione. La *legis actio sacramento* non dava luogo dunque ad un vero giudizio anzi ad un procedimento di carattere sacrale od ordalico. In effetti i litiganti provocandosi a vicenda al *sacramentum* accettavano che una forza soprannaturale risolvesse la lite dichiarando quale dei due litiganti aveva richiamato l'aiuto divino senza essere incorso in empietà. Ci sono testimonianze nelle fonti, come ha rilevato Frezza, che possono essere confermatrice della natura sacrale dell'antico processo delle *legis actiones*. Queste fonti, riguardanti l'ordalia sicula dei Palici, sono certo documenti di una istituzione del mondo italico antico e non di quello dei coloni greci della Sicilia.<sup>24</sup> Sembra dunque che il *sacramentum* della *legis actio* fosse stato un vestigio al quale sarebbe stata sostituita la primitiva ordalia, a modo di strumento di razionalizzazione del processo.

<sup>23</sup> Ci sono testimonianze in Cicerone sul contenuto delle sentenze limitato a stabilire se il *sacramentum* di ciascuna delle parti era *iustum* o *iniustum*: Cic. *Caec.* 33, 97: *re quaesita et deliberata, sacramentum nostrum iustum iudicauerunt*, e *dom.* 29, 78: *quin etiam si decemviri sacramentum in libertatem iniustum iudicassent*.

<sup>24</sup> P. FREZZA, "Ordalia e *legis actio sacramento*", in *AG*, 142, 1952, p. 84 ss. (= *Scritti di P. Frezza*, II, Roma 2000, p. 4 ss.). I passi indicati da Frezza sono i seguenti: Diod. 11, 89, 5-8; Macrob. *Sat.* 5, 19, 28-29; e *id.*, 5, 19, 19-21, dinanzi ai quali Frezza giunge al seguente risultato: "la *legis actio sacramento* è il prodotto di una cosciente elaborazione volta a costruire un tipo di procedimento in cui possiamo scorgere l'utilizzazione di elementi familiari ad un ambiente che praticava tipi diversi di ordalia".



La conseguenza pratica della decisione sui *sacramenta* era che quella parte, il cui *sacramentum* fosse dichiarato *iniustum*, doveva pagare la *summa sacramenti* alla cassa dei pontefici, oppure all'erario pubblico da quando si affidò al giudice (*iudex unus*) laico nominato dal magistrato la conclusione del processo. Caso mai non pagasse i suoi *praedes litis et uindiciarum* potevano subire eventualmente l'esperibilità della *manus iniectio*, perfino nell'ipotesi di mancata restituzione della cosa ed i frutti se il possesso interinale fosse stato assegnato al soccombente, poichè egli non aveva in forza della sentenza l'obbligo di restituzione.

5. Dalle precedenti conclusioni credo che non si possa altro che desumere l'inesistenza di un presunto dovere di assistenza, chiamata *auctoritas*, da prestare dai *mancipio dantes* ai *mancipio accipientes* nei processi di rivendica attuati attraverso l'antica *legis actio sacramento in rem* e logicamente neanche un'azione diretta ad esigere una responsabilità per evizione, *actio auctoritatis*, per la mancata oppure infruttuosa assistenza fornita dal *mancipio dans* in qualità di garante dell'acquisto della 'proprietà' dal convenuto-*mancipio accipiens*.

Girard<sup>25</sup> invocava come concludente prova del più antico significato di *auctoritas* come l'atto stesso di assistenza nato dalla *mancipatio*, che si verificava nel processo della *legis actio sacramento in rem* la formula di Valerio Probo: *quando in iure te conspicio postulo anne fias auctor*.<sup>26</sup> Il suo ragionamento era che con questa interrogazione non si domandava al *mancipio dans* di essere *auctor* ma gli si intimava direttamente di prestare l'assistenza. Tuttavia, questo ragionamento urta contro difficoltà insormontabili. Infatti, come è stato ben osservato da Sargenti,<sup>27</sup> per poter rivolgere al *mancipio dans* quella supposta intimazione se ne dovrebbe essere assicurata previamente la presenza dinanzi al magistrato, cioè mediante la *in ius uocatio*. Ma come mai poteva essere usata la rigorosa e persino a volte violenta *in ius uocatio* tale quale appare des-

<sup>25</sup> P. F. GIRARD, *Mélanges*, I, cit., p. 9 s.

<sup>26</sup> Val. Prob. *litt. sing. frag.*, 4, 7. Di questa formula ce ne sono anche altre testimonianze in Cicerone con alcune varianti lessicali: Cic. *Mur.* 12, 26; e *Caec.* 19, 54.

<sup>27</sup> M. SARGENTI, *Per una revisione*, cit., p. 19. Vedasi anche *La noción romana de "auctoritas"*, cit., p. 237 s.

critta dalla Legge delle Dodici Tavole<sup>28</sup> contro chi non era certamente soggetto ad alcuna pretesa fino al momento in cui venisse pronunciata quell'intimazione?

Per accettare la precedente tesi bisognerebbe ipotizzare che la comparizione del *mancipio dans* fosse assicurata in qualche modo a noi sconosciuto. Tuttavia con l'informazione che abbiamo sul processo arcaico quella sorta di *denuntiatio litis* non si accomoda tecnicamente alla struttura del processo romano decemvirale. Inoltre non è mai esistito un'obbligo di assistenza *in iure* che non fosse stato prima contratto in alcun modo, ad esempio, attraverso stipulazioni di garanzia contro l'evizione, le quali peraltro sorsero in epoca più recente. La formula riportata da Valerio Probo non si corrisponde dunque con la *in ius vocatio* decemvirale e deve essere attribuita a un'epoca più progredita di quella decemvirale. Forse si trattasse di una formula pronunciata allo scopo d'interrogare sulla causa che allegava il convenuto per giustificare il suo rapporto con la *res* controversa, simile a quella di *postulo anne dicas qua ex causa uindicaueris*, oppure della formula pronunciata in occasione di comparizione *in iure* dell'*auctor*, ossia venditore o dante causa, qualora si fosse obbligato mediante una stipulazione *ad hoc* a difendere in caso di un processo di rivendica la posizione del suo acquirente in un negozio di compravendita, forse ancora attuato attraverso una *mancipatio* con quella funzione.

Secondo Ankum,<sup>29</sup> il passo ciceroniano 2, 3 della *Pro L. Murena oratio* è decisivo per provare l'esistenza di un dovere di assistenza processuale a carico del *mancipio dans*, chiamato *auctoritas*:

Cic. *Mur.* 2, 3

*Quodsi in iis rebus repetendis, quae mancipi sunt, is periculum iudicii praestare debet qui se nexu obligauit, profecto etiam rectius in iudicio consulis designati is potissimum consul, qui consulem declarauit, auctor beneficii populi Romani defensorque periculi esse debebit.*

In conformità al passo, “se nella rivendicazione delle *res mancipi* deve affrontare il rischio del giudizio *qui se nexu obligauit*, mi sembra assai ragionevole che nel giudizio contro un console eletto deva essere il console che lo proclamò, meglio di qualsiasi altro,

<sup>28</sup> L. XII Tab. 1, 1: SI IN IUS VOCAT, [ITO.] NI IT, ANTESTAMINO: IGITUR EM CAPITO; 2: SI CALVITUR PEDEMVESTRUIT, MANUMENDO IACITO.

<sup>29</sup> H. ANKUM, *L'actio auctoritatis*, cit., p. 12 ss.

l'*auctor* dell'onore che il popolo gli concesse e il difensore contro il pericolo che gli minaccia". Certamente il passo fa un paragone tendenzioso fra *qui se nexu obligat* e il console che ha proclamato il suo successore nella magistratura consolare - appunto L. Murena nel contesto letterario -. Da ciò si può desumere che il console e il venditore condividono il ruolo di garante nelle loro rispettive funzioni. Ma questo paragone non è base sufficiente per imperniare che ci fosse una responsabilità per evizione nata direttamente dalla *mancipatio*. Difatti nel tempo in cui Cicerone scrisse questa *oratio* c'era la pratica di affidare la tutela del compratore contro l'evizione in qualsiasi vendita alle stipulazioni di garanzia, che in caso di vendita di *res Mancipi* attraverso la *mancipatio* erano le *stipulationes duplae, simplae, ecc.*, giacchè l'obbligo del venditore-*mancipio dans* era quello di *rem emptori habere licere* tranne i casi di patto in contrario (*pacta de non praestanda euictione*). D'altronde nell'epoca classica si usa spesso il vocabolo *auctor* con il significato di venditore.

Se dalla *mancipatio* fosse nata un'obbligazione contro l'evizione con la conseguente responsabilità, come si spiega nella pratica giuridica la necessità di garantire contro l'evizione attraverso stipulazioni apposite tanto nelle *mancipationes emptionis causa* quanto nelle compravendite puramente consensuali così come attestano i documenti pervenuti? Se accettiamo un'obbligo di assistenza del *mancipio dans*, chiamato *auctoritas*, nato direttamente dalla *mancipatio* non si capisce lo sviluppo dell'istituto della responsabilità contro l'evizione, dunque prima era elemento naturale della *mancipatio*, poi invece scompare il carattere automatico della responsabilità per evizione e bisogna stipularlo e finalmente ricompare come responsabilità sottintesa (*naturalia negotii*) esigibile mediante l'*actio empti*. Perché non è rimasto sempre come elemento naturale in tutti i negozi *emtionis causa*? Di solito è adotto il fatto che la *mancipatio* diventò *nummo uno* e che perciò una responsabilità per il doppio del prezzo sarebbe diventata inoperante, tuttavia questo fatto non spiega il paradossale sviluppo degli strumenti per esigere la responsabilità contro l'evizione poichè il prezzo dichiarato nell'atto *per aes et libram* non è che un prezzo simbolico che fa parte dell'insieme di elementi rituali. Il vero prezzo della compravendita era invece un elemento esterno all'atto *per aes et libram* sin dall'introduzione della moneta conia-

ta. Dobbiamo pensare a una ingiustificata scomparsa di un istituto, l'*auctoritas*, che era in precedenza esistito in contraddizione con il notissimo spirito conservatore e allo stesso tempo saldamente pratico dei romani?

4. I passi ciceroniani riferitisi all'*auctoritas* sono senz'altro i più vicini alla configurazione decemvirale di questo istituto benchè non siano comunque assolutamente decisivi. Vediamo ora se questi riferimenti possono far luce sul significato di *auctoritas*. In primo luogo c'è un riferimento chiaramente sintomatico della non attendibilità del concetto di *auctoritas* come assistenza del *mancipio dans* in un processo di rivendica contro il suo acquirente. Si tratta dell'espressione *iure auctoritatis* contenuta in un passo della *De haruspicum responsis oratio*:

Cic. *de har. resp.* 7, 14

*Multae sunt domus in hac urbe, patres conscripti, atque haud scio an paene cunctae iure optimo, sed tamen iure priuato, iure hereditario, iure auctoritatis, iure mancipi, iure nexi; nego esse ullam domum aliam priuato eodem quo quae optima lege, publico uero omni praecipuo et humano et diuino iure munitam.*

Benchè certo che i riferimenti giuridici contenuti nelle arringhe di Cicerone devano essere considerati con l'indispensabile cautela per ragioni della naturale tendenziosità di un oratore e che certo nulla autorizzi ad attribuire all'elenco fatto nel precedente passo dei modi di acquisto della proprietà *iure priuato* il rigore di una classificazione scientifica, ciononostante risulta palese che il significato di *auctoritas* in questo passo è molto lontano da quello di 'assistenza in giudizio', dunque ci si tratta di offrire un catalogo di modi di acquisto della proprietà *iure privato*, il quale non c'entra con un atto di natura processuale tale l'assistenza in giudizio di un garante. Dal passo si può desumere che il *ius auctoritatis* è un modo di acquisto della proprietà indipendente e diverso dagli altri elencati o che collima con altro segnalato nell'elenco<sup>30</sup> o che ha

<sup>30</sup> È questa l'opinione di M. SARGENTI, *Per una revisione, cit.*, p. 44, secondo cui "l'enumerazione dei modi di acquisto *iure privato*, contrapposti, con evidente intento svalutativo, al titolo di carattere pubblicistico, che Cicerone si attribuisce, sembra rispondere ad un palese artificio oratorio che induce a moltiplicare il numero delle figure possibili per rendere più vivace il contrasto fra la pluralità dei titoli privatistici e la peculiare privilegiata singolarità del titolo pubblicistico che assiste l'oratore". Invece P. F. GIRARD, *Mélanges*, II, *cit.*, p. 8

almeno un significato vicino o in rapporto a quello di modo di acquisto. Attira l'attenzione il fatto che Cicerone enumera come modi diversi di conferimento di un diritto privato il *ius Mancipii*, il *ius auctoritatis* e il *ius nexi*. Se l'*auctoritas* è un dovere di assistenza derivato dalla *Mancipatio* come spiegare allora la sua autonoma presenza nell'enumerazione fatta dall'Arpinate? Certo che la costruzione fatta nel passo in esame non ha riscontro in nessuna altra fonte, è una sorte di apax giuridico. Ciononostante se mettiamo in rapporto questo passo con quello dei *Topica*, 4, 23 si può avvertire una vicinanza fra i significati di *auctoritas* in tutti i due passi:

Cic. *top.* 4, 23

*Quod in re pari ualeat, ualeat in hac quae par est, ut quoniam usus auctoritas fundi biennium est, sit etiam aedium. At in lege aedes non appellantur et sunt ceterarum rerum omnium annuus est usus. Ualeat aequitas, quae paribus in causis paria iura desiderat.*

La traduzione letterale di questo passo – presentato dall'autore a proposito di una *similitudo* o argomentazione comparativa fatta allo scopo di equità: una *comparatio* d'uguaglianza fra il *fundus* e l'*aedes* - sarebbe la seguente: “ciò che vale in elementi pari, valga pure in questo, che è di pari natura, sull'esempio: poichè l'uso e l'*auctoritas* di un fondo è di due anni, valga anche ciò per le case. Eppure nella legge non si dice nulla di case e queste rientrano nella categoria degli altri beni per i quali è (sufficiente) l'uso di un anno. Prevalga l'equità, che in pari cause desidera pari diritti.” L'orazione *usus auctoritas fundi biennium est* è un'orazione copulativa che presenta la caratteristica riduzione al massimo del numero di termini adoperati propria dell'assertivo ed imperativo linguaggio legislativo. La struttura sintattica dell'orazione è la seguente: il soggetto è *usus auctoritas fundi*, in cui *usus* e *auctoritas* sono in caso nominativo e *fundi* in genitivo - con il significato di “terreno agricolo”;<sup>31</sup> *biennium* è un sostantivo neutro con la fun-

---

riconosce che il vocabolo *auctoritas* non può significare qui “assistenza” e schiva l'ostacolo allegando una pluralità di significati di *auctoritas*. In questo caso, secondo lui, *ius auctoritatis* deve intendersi nel senso di ‘usucapione’. Allora è da chiedersi come è possibile che uno stesso vocabolo avesse due significati così diversi ed allontanati?

<sup>31</sup> Altrimenti non si potrebbe spiegare l'estensione analogica all'*aedes* della norma decemvirale attraverso la *comparatio* fatta da Cicerone fra *fundus* e *aedes* in *Top.* 4, 23. Cfr. O. BEHREND, “Bodenhoheit und privates Bodeneigentum in

zione di predicato nominale (per due anni); e il verbo è *est*. Dunque l'orazione va intesa: "l'uso e l'*auctoritas* del fondo è di due anni. Peraltro il carattere autoritativo ed imperativo dell'orazione consente di convertirla al modo imperativo: *usus auctoritas fundi biennium esto*, senza mutamento del suo senso.

*Usus* potrebbe anche essere usato in caso *genitivo*: tema in *-u* e desinenza *-us* della quarta declinazione latina. Ma è da rifiutare quest'interpretazione perchè Cicerone medesimo in altro passo, anche sull'argomento della natura pari del *fundus* e dell'*aedes*, *Caec.* 19, 54, unisce tutti e due sostantivi con la congiunzione copulativa *et* ed essi vanno espressi nello stesso caso della declinazione: accusativo:

Cic. *caec.* 19, 54

*Lex usum et auctoritatem fundi iubet esse biennium. At utimur eodem iure in aedibus, quae in lege non appellantur.*

La letterale traduzione del passo sarebbe: "la legge stabilisce che l'uso e l'*auctoritas* di un fondo è per due anni. Ma noi usiamo lo stesso principio per le case, le quali nella legge non sono nominate." Il fatto che ci siano due sostantivi coordinati per mezzo di una congiunzione fa pensare a un'endiadi: *usus et auctoritas*. Pure il fatto che il verbo sia coniugato non in plurale ma in singolare è anche un chiaro indizio della presenza di un'endiadi. In effetti, *usus et auctoritas* esprimono un unico concetto: quello che con il tempo sarebbe diventato l'*usucapio*. Ne abbiamo la prova in Gaio, chi nelle sue *Istituzioni* (2, 42 ss.) ci informa sull'*usucapione* e ci riporta la stessa norma decemvirale riferita da Cicerone in *Top.* 4, 23 senza utilizzare però l'espressione *usus auctoritas* ma quella di *usucapio*: "l'*usucapione* delle cose mobili si completa in un anno e quella dei fondi e delle case in un biennio secondo quanto stabilito dalla Legge delle Dodici Tavole":

Gai. 2, 42

*Vsucapio autem mobilium quidem rerum anno completur, fundi uero et aedium biennio; et ita lege XII tabularum cautum.*

Se *usucapio* ha dunque lo stesso significato di *usus auctoritas* è da rifiutare che tanto *auctoritas* quanto *usus* significhino isolata-

---

Grenzwesen Roms", in O. BEHREND-S-L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Die römische Feldmeßkunst*, Göttingen 1992, p. 261, nt. 208.

mente “usucapione”. La prima identità, *auctoritas pro usucapione*, ebbe come primo fautore l’umanista Budeo.<sup>32</sup> La seconda, *usus pro usucapione*, è stata sostenuta fra altri da Albanese,<sup>33</sup> secondo cui, il termine *usus* deve intendersi nel costrutto *usus auctoritas* come usucapione sulla base del sintagma di *Top.* 4, 23 (= L. XII Tab. 6, 3): *ceterarum rerum omnium annuus est usus*, ove manca il termine *auctoritas*, dunque solo attribuendo ad *usus* il valore tecnico di “acquisto di una cosa attraverso il suo uso”, questa proposizione ha un senso più soddisfacente: “sulle *res* diverse dai *fundi* l’acquisto della situazione di potere si ha in un anno”. Ma poi afferma che *usus* ha pure il significato di esercizio di fatto del potere su una cosa. Secondo lui, a conferma del valore di *usus* come usucapione milita soprattutto il fatto che probabilmente si parlò tecnicamente di *usus* per designare il meccanismo acquisitivo della *manus* sulla donna. Ma questa tesi urta con l’ostacolo che rappresenta l’espressione *usus capio* d’età progredita - le testimonianze più antiche che si conoscono sono di Cicerone - la quale va intesa nel senso d’“impadronirsi” e non è un asindetò, come egli riconosce, poichè *usus* ha in quest’espressione il valore di genitivo strumentale (vid. Cic. *Top.* 5, 27 e Cic. *Leg.* 1, 21, 55 [= L. XII Tab. 7, 4], dove appare il sintagma *usus capionem*, in cui i due termini sono letti in diverso caso della declinazione). Non mi pare una solida congettura, quindi come si spiega la posteriore necessità linguistica di aggiungere al sostantivo *usus* il verbo *capere* per esprimere l’azione di acquistare per mezzo dell’uso? D’altronde riconosce che nel versetto 6, 4 della L. XII Tab.: *adversus hostem aeterna auctoritas* la norma esprime l’inusucapibilità. Ma nel versetto non si legge *usus* e quindi rimane da chiedersi perchè la norma abbina *usus* e *auctoritas* invece di stabilire, direttamente e in onore della semplicità ed economia del linguaggio che sono caratteristiche dello stile decemvirale, il divieto di usucapire con un semplice *usus non esto* o qualcosa del genere. Ci si può aggiungere che riguardo alle *ceterae res* il vocabolo *auctoritas* appare in L. XII Tab. 6, 3 sottinteso - oppure è forse il risultato di una brachilogia

<sup>32</sup> G. BUDÉ, *Annotationes in XXIII Pandectarum libros*, Lyon, 1551, p. 689. Contro quest’interpretazione si veda T. MAYER-MALY, “Studien zur Frühgeschichte der *usucapio* II”, in *SZ*, 78, 1961, p. 221 ss.

<sup>33</sup> B. ALBANESE, *Usus auctoritas*, cit., p. 16 ss.,

decemvirale - giacchè l'*auctoritas* anche può venire riferita alle *ceterae res* come è dimostrato dall'adagio della *lex Atinia: quod subruptum erit, eius rei aeterna auctoritas esto*, giacchè le cose derubate non rientrano nella categoria dei fondi anzi in quella delle *ceterae res – Mancipi* e *nec Mancipi* perchè l'aggettivo *ceterae* non esclude nessuna cosa - e in epoca decemvirale la nozione di *furtum* era assai ristretta e semplice: l'atto illecito di togliere una cosa mobile altrui o sottrarre una persona libera che è sotto potestà altrui.

Giunti a questo punto possiamo ridire in succinto che nei passi ciceroniani l'*auctoritas* ha un significato vicino a quello di modo di acquisto *iure privato*, che il concetto di *auctoritas* appare svincolato dalla *mancipatio*; che la sua definizione come assistenza processuale non ci trova riscontro; che in rapporto con *usus* sarebbe diventato con il tempo *usucapio*. Ma che cosa significava *auctoritas* isolata dall'*usus* prima della creazione e diffusione del vocabolo *usucapio* e del corrispettivo istituto giuridico?

Dato che l'espressione *usus auctoritas* diventò con il tempo *usucapio* il proprio significato di questo termine ci dovrebbe gettare luce su quello dell'*auctoritas*. Secondo la nota definizione di *usucapio* di Modestino (Mod. 5 *pand.* D. 41, 3, 3): *usucapio est adiectio dominii per continuationem possessionem temporis lege definita*. La struttura della definizione è semplice: ci sono due premesse fondamentali di natura fattuale ma dotate di rilevanza giuridica: *possessio* e *tempus* e una conclusione o risultato giuridico: *dominium*. Se confrontiamo questa definizione con il passo Cic. *Top.* 4, 23: *usus auctoritas fundi biennium est*, ci troviamo dinanzi alla stessa struttura: due premesse fattuali di rilevanza giuridica: *usus* e *tempus (biennium)* e un risultato giuridico: *auctoritas*. Pertanto ci si può ravvisare una corrispondenza fra i termini *usus* e *possessio* e un'altra fra *auctoritas* e *dominium*. Fra i termini *usus* e *auctoritas* e i loro corrispondenti *possessio* e *dominium* non solo c'è una distanza cronologica ma anche di significato giuridico giacchè ognuno dei gruppi di termini fanno parte di un contesto giuridico-economico assai diverso e quei del secondo gruppo sono il risultato di un'elaborazione giuridica molto più curata. Riguardo al vocabolo *usus* è noto e pacifico nella dottrina che si tratta di un termine con un valore semantico comune e generico e risalente a tempi molto arcaici come attestano le fonti e pure che nella sua sfumatura giuridica rappresenta una delle manifestazioni più anti-



che della terminologia in materia di possesso.<sup>34</sup> Allora, è *auctoritas* pure una manifestazione arcaica della terminologia romana in materia di proprietà? Un altro passo di Cicerone contenente il termine *auctoritas* sembra puntare in questo indirizzo:

Cic. *Caec.* 26, 74 *i. f.*

*Aquae ductus, haustus, iter, actus a patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium ab iure ciuili sumitur.*

In conformità a questo passo abbiamo tre elementi su cui si fondano i diritti elencati (diritto d'introdurre l'acqua, d'attingerla e di passaggio per uomini e bestie): il *ius ciuile*, l'*auctoritas* e la causa dalla quale derivano quei diritti per il nuovo titolare, vale a dire *a patre sumitur*. Bisogna mettere in risalto che non si tratta di un'*auctoritas* propria di nessuna persona anzi di un'*auctoritas* in rapporto con il *ius ciuile*. Per l'esistenza di quei diritti bisogna dunque prima di tutto il diritto civile che appare qui nel senso di diritto oggettivo; una causa di attribuzione: il fatto di *a patre sumere*; e finalmente l'elemento che collega i due primi: la protezione o garanzia che concede il *ius ciuile* a colui che *a patre sumitur*. Orbene l'*auctoritas* sarebbe nel passo quel elemento collegatore. Così la traduzione del intero passo sarebbe: "il diritto d'introdurre l'acqua, di attingerla, il diritto di passaggio per uomini e bestie, ci deriva dal padre, ma la sicura garanzia di tutto ciò ci deriva dal diritto civile". Per tanto *auctoritas* significa qui la garanzia di certi rapporti fra uomo e cosa derivata dal diritto civile. Quella garanzia non è che il riconoscimento della legittimità di quei rapporti dall'aggregato cittadino che viene espresso dal *ius ciuile*. Senza l'*auctoritas* il diritto non può che perdersi con grave danno della collettività (*cum magno incommodo ciuitatis*).<sup>35</sup> Allora, è questo il significato dell'*auctoritas* decemvirale?

Prima di tutto il concetto di *auctoritas rerum* ha la difficoltà derivata dalla sua propria generalità. Ciononostante cercherò di dare una definizione giuridica di quel concetto: l'*auctoritas rerum* della Legge delle Dodici Tavole non è che la garanzia pubblica del mantenimento delle situazioni di potere ritenute legittime sulle *res*. Questo concetto ha anzitutto la virtù di ricollegarsi alla propria

<sup>34</sup> Si veda per tutti G. NICOSIA, *Il possesso*, Catania 1997, p. 49 ss.

<sup>35</sup> Cic. *Caec.* 26, 75 *i. f.*

matrice di *auctoritas* come deverbativo di *augeo* in modo tale che favorisce l'unità concettuale e partecipa della stessa idea essenziale di tutte le altre accezioni giuridiche del concetto di *auctoritas*, cioè quelle dell'*auctoritas patrum*, *auctoritas tutoris*, *auctoritas magistratuum*, *auctoritas principis*, *auctoritas rei iudicatae*, *auctoritas senatus consulti* fra tante altre. L'*auctoritas* come garanzia pubblica di protezione dei poteri sulle cose implica che l'*auctoritas rerum* decemvirale è la fonte di legittimità<sup>36</sup> di quei poteri sulle cose dello stesso modo che il tutore legittima con la sua *auctoritas* gli atti del suo pupillo o il senato legittima con la sua ratifica o *auctoritas* le leggi *rogatae*. Insomma, in tutti i casi l'*auctoritas* rafforza, legittima, conferisce validità giuridica a qualsiasi attuazione umana, atto giuridico, legge o situazione di fatto di potere su una cosa. Così concepita l'*auctoritas*, non è difficile ravvisare il primordiale significato di aumento, accrescimento o ingrandimento del verbo latino *augeo*.<sup>37</sup>

Alcuni autori<sup>38</sup> hanno sostenuto che l'*auctoritas* è certo una garanzia, ma una garanzia del *mancipium* prestata dal *mancipio dans*, cioè una garanzia della proprietà nella sua formulazione arcaica. Ma se così fosse si dovrebbe concludere dinanzi al versetto *aduersus hostem aeterna auctoritas* o che la legge decemvirale divieta agli stranieri l'accesso al *mancipium* dichiarando l' 'eternità' della proprietà e quindi l' inusucapibilità delle cose dallo straniero o che gli stranieri hanno una permanente garanzia del loro *mancipium*.

<sup>36</sup> Come *source de la légitimité* viene anche definita da A. MAGDELAIN, "Auctoritas rerum", in *RIDA*, 5, 1950, p. 128. Questo autore ritiene che l'*auctoritas* è proprio il fondamento della proprietà. Tuttavia se per proprietà dobbiamo intendere quella riconosciuta per lo *ius Quiritium* l'*auctoritas* dei versetti decemvirali si riferiscono invece a situazioni di potere sulle cose quando manca appunto la *mancipatio*. D'altronde il versetto relativo alle cose derubate non ha senso riferitosi a una nuova proprietà giacchè attiene a una situazione di potere precedente che è stata illecitamente interrotta e che per ciò la legge stabilisce la sua permanente protezione giuridica (*aeterna auctoritas*) il cui effetto è l' inusucapibilità della cosa dal ladro.

<sup>37</sup> A. FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis*, I, 1864-1926, rist. Padova 1965, p. 395 s.; A. ERNOUT - A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, 2. ed. riv. ed accr., Paris 1939, p. 88; *Oxford Latin Dictionary*; Oxford 1968, p. 212 s.; H. HEUMANN - E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*<sup>11</sup>, Graz 1971, p. 44.

<sup>38</sup> Si veda per tutti P. NOAILLES, "L'*auctoritas* dans la loi des Douze Tables", in *Fas et ius, Études de droit romain*, Paris 1948, p. 277 ss.

La prima soluzione non avrebbe senso per superflua dunque gli stranieri mai potevano acquistare il *mancipium*, nemmeno mediante l'usucapione, nè intervenire in una *mancipatio* e la seconda sarebbe palesemente assurda. Inoltre quella prima interpretazione presuppone erroneamente che la norma decemvirale stabiliva uno svantaggio per i peregrini. Invece io condivido l'opinione inversa, secondo cui la norma decemvirale stabilì il rispetto alle situazioni di potere sulle cose dei peregrini, ma più avanti mi fermerò su questo argomento.

D'altronde il concetto di *auctoritas rerum* va riferito all'insieme di rapporti fra la persona e la cosa, vale a dire non soltanto al *mancipium* e in genere a quei rapporti *ex iure Quiritium* o riservati ai cittadini ma anche ad altre situazioni di potere ritenute degne di protezione o garanzia giuridica, come quella situazione lecita di potere del *hostis* su una *res* o quella di colui che esercita lecitamente l'*usus* su qualcosa durante un certo lasso di tempo, che a seconda della natura del bene oggetto dell'*usus* otterrà la garanzia o *auctoritas* che la sua situazione sarà protetta contro un attacco qualunque da un terzo, come poi vedremo. L'*auctoritas* decemvirale sarebbe stata dunque una sorta di generale garanzia giuridica di situazioni di potere sulle cose della quale fruiscono anche coloro che non possono affermare un *meum esse ex iure Quiritium* perchè non hanno ricevuto la cosa attraverso il negozio solenne della *mancipatio*. Prova del carattere generale è l'uso del vocabolo *auctoritas* nei versetti decemvirali 6, 3 e 6, 4, riguardanti rispettivamente le *res subreptae*, cioè le cose derubate su cui, malgrado il furto, il 'proprietario' avrebbe conservato l'*auctoritas*, e gli *hostes*, i quali, come è ben saputo non potevano intervenire in una *mancipatio*; nonchè i passi delle *Pauli Sententiae* 2, 17, 1 e 3 ove si fa uso del termine *auctoritas* in rapporto ad ogni tipo di vendita, ossia non solo rispetto alla *mancipatio* ma anche alla semplice *traditio*, benchè *auctoritas* ci si mostri qui con il significato che prese il termine in età più progredita di "qualità di dante causa".<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> Vedansi i passi in p. 2, nt. 3 di questo contributo. Su questo passo cfr. F. J. CASINOS, "Auctoritas in PS. 2, 17, 1-3", in *Labeo*, 48, 1, 2002, p. 110 ss.

È certo che il concetto di *auctoritas* si avvicina a quello di ‘proprietà’,<sup>40</sup> ma non c’è un’identità fra entrambi concetti per tre ragioni: la prima è di natura formale dunque l’idea di ‘proprietà’ si esprime soprattutto attraverso l’impiego dell’aggettivo denotativo dell’appartenenza o il costrutto composto dal verbo *esse* e un pronome personale in dativo. La seconda è che di *auctoritas* non gode soltanto coloro che possono vantarsi di avere un *meum esse ex iure Quiritium* sulle *res*, secondo l’arcaica terminologia decemvirale, ma anche coloro che in certe circostanze non hanno iniziato o potuto iniziare la loro situazione di potere sulla cosa attraverso la *mancipatio* - ad esempio i clienti che possiedono e sfruttano l’*ager publicus* identificatosi con l’*ager gentilizio* perfino nei primi tempi repubblicani, ovviamente sotto il controllo delle *gentes*, secondo le testimonianze fornite dagli scrittori antichi,<sup>41</sup> fino alle leggi *Liciniae Sextiae* di 367 a. C. con cui l’*ager publicus* diviene di spettanza esclusiva dei singoli individui *sui iuris* venendo dunque meno l’identità fra *ager gentilizio* e *ager publicus*.<sup>42</sup> A loro viene riferita appunto la legge decemvirale poichè nella prima fattispecie è ovvia la protezione giuridica e non era necessario farne nemmeno accenno. Infine la terza ragione è che nella concezione decemvirale l’*auctoritas* non può essere attribuito delle singole persone anzi della collettività, dell’aggregato cittadino attraverso il *ius*; l’identità fra *auctor* e venditore o persino proprietario, quando è in atto di trasferire la signoria, è d’età più tarda. È perciò che l’*auctoritas rerum* non appare mai riferita a nessuna persona o entità nelle Dodici Tavole dunque è la garanzia e la protezione che tutti consentono<sup>43</sup> di conferire a certi rapporti dell’uomo con le cose, vale a dire

<sup>40</sup> Alcuni autori hanno sostenuto che l’*auctoritas rerum* è un arcaico sinonimo di proprietà. Quest’opinione risale a R. ESTIENNE, “*Auctoritas*”, in *Novus Thesaurus linguae et eruditionis romanae*, Lipsiae, 1759, p. 544. Poi fu difesa da J. C. BURCKHARD, “Über die Bedeutung des Satzes der XII Tafeln *usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus est, adversus hostem aeterna auctoritas*”, in *ZRG*, 7, 1868, p. 79 ss., secondo cui “das Eigentumsrecht selbst *auctoritas* heißt” (p. 99).

<sup>41</sup> Soprattutto nei seguenti passi: Liv. 6, 18, 6; Cic. *Rep.* 2, 16; e Dion. Hal. 2, 8 ss.

<sup>42</sup> Sui rapporti storici fra *ager gentilicius* e *ager publicus* si veda L. CAPOGROSSI-COLOGNESI, *La terra in Roma antica. Forme di proprietà e rapporti produttivi. I. Età arcaica*, Roma 1981, p. 47 ss.

<sup>43</sup> F. LEIFER, “Altrömische Studien IV. *Mancipium* und *auctoritas*. Mit Beiträgen zum römischen Schuld und- Haftungsproblem”, in *SZ*, 57, 1937, p. 131 ss., parlò

la legittimità giuridica di una situazione di potere su una cosa.<sup>44</sup> Insomma si tratta di un'*auctoritas* senza alcun specifico *auctor*. L'idea della proprietà come 'diritto soggettivo' farà scomparire l'*auctoritas* con quel significato, quindi da quando ciò accade il rapporto fra l'uomo e la cosa verrà considerato esclusivamente dalla prospettiva della titolarità del soggetto e non dal riconoscimento collettivo che resterà eclissato; il diritto oggettivo (*ius*) e il diritto soggettivo (*dominium*) assorbiranno per sempre l'idea decemvirale dell'*auctoritas*.

Si potrebbe dire con ragione quanto sarebbe audace fare un paragone fra istituti appartenenti a sistemi giuridici così lontani nel tempo, nello spazio e nei loro fondamenti, penso però che non sia ozioso anzi almeno suggestivo avvertire della somiglianza, ancora che beninteso solo in parte, fra l'istituto dell'*auctoritas* e quello della *Gewere* germanica quindi si può ravvisare un parallelismo fra di loro in alcuni aspetti. Infatti, sebbene si sia spesso parlato sull'equipollenza tra *possessio* romana e *Gewere* germanica,<sup>45</sup> benchè si siano avvertite delle importanti differenze che fanno di quest'equazione una forzatura giuridica data la singolare definizione di titolarità reale della *Gewere*, altro istituto romano vicino, sebbene non identico, è appunto l'*auctoritas rerum* nel suo significato giuridico decemvirale e in genere in quello dell'epoca arcaica del diritto romano. Mi limiterò qui ad attirare l'attenzione sulla somiglianza fra entrambi istituti ed a descriverla succintamente. Ciò non toglie la necessità di fare uno studio più approfondito sull'argomento allo scopo di giungere a conclusioni più riflesse. A mio avviso, *auctoritas* e *Gewere* condividono il fatto di riguardare

---

di "garanzia collettiva" (*Samtwährschaft*) assicurata ai cittadini romani quando il potere di fatto sulla cosa fosse venuto meno, come nel caso del furto o della cosa venuta in potere di uno straniero.

<sup>44</sup> Invece F. DE VISSCHER, "Le rôle de l'*auctoritas* dans la mancipation", in *RHD*, 1933, p. 603 ss., ritiene che l'*auctoritas* sia la ratificazione dal *mancipio dans* mediante la quale conferma nella *mancipatio* la potestà del *mancipio accipiens*. Secondo lui, l'*auctoritas* sarebbe appunto il ruolo da eseguire dal *mancipio dans* nella *mancipatio*.

<sup>45</sup> Così si legge nei *Libri Feudorum*, 2, 2 pr.: *investitura quidam proprie dicitur possessio*. Cfr. K. LEHMANN, *Das Langobardische Lehnrecht (Handschriften, Textentwicklung, ältester Text u. Vulgartext) Nebst den capitula extraordinaria*, Göttingen 1896, p. 115 s.

la legittimità giuridica (investitura) della situazione di potere materiale ed effettivo su una cosa; il fatto di rappresentare la protezione giuridica non di un diritto di proprietà *stricto sensu* ma di generiche situazioni di potere che nella nostra terminologia vengono chiamate “diritti reali”; e anche la *Gewere* abbraccia i significati di giustificazione, di riconoscimento delle situazioni di potere sulle cose, di garanzia dello stesso proprietario e pure quel significato a cui sarebbe giunta con il tempo l'*auctoritas* di dovere di prestazione di garanzia del venditore verso il compratore attraverso le apposite stipulazioni contro l'evizione.

5. Sono ora in grado di proporre un'interpretazione ai versetti della legge delle Dodici Tavole in cui si legge il vocabolo *auctoritas*. Sembra ovvio che il significato del vocabolo *auctoritas* in tutti questi passi deva ritenersi il medesimo e con l'interpretazione che ho proposto si raggiunge l'unità del concetto di *auctoritas rerum* nel quadro storico-giuridico decemvirale.

L'interpretazione della dottrina tradizionale dell'*auctoritas* come garanzia da prestare dal *mancipio dans* in caso di evizione subita dal suo *accipiens* non consente invece un'unità concettuale dell'*auctoritas* della legge delle Dodici Tavole, dunque nella fattispecie dell'*usus auctoritas* del versetto 6, 3 si tratterebbe chiaramente di un'attività processuale specifica, una garanzia a carico del *mancipio dans*, nei casi però dell'*aeterna auctoritas* dei versetti 6, 4 e 8, 17 la garanzia non sarebbe quella processuale che deve procacciare il *mancipio dans* ma la garanzia della permanenza delle situazioni di potere giuridico riconosciute ai loro precedenti titolari in determinate circostanze, garanzia o *auctoritas* peraltro stabilita dalla stessa legge, giacchè altrimenti come si spiegherebbe un'obbligo di garanzia permanente dell'*auctor*? Come mai si può lasciare una garanzia indefinita all'aspettativa dell'assistenza di un individuo assoggettato con tutta sicurezza a un'infinità di contingenze? Bisognerebbe congetturare all'uopo una trasmissione ereditaria in perpetuo di questa garanzia e a favore degli aventi causa del peregrino,<sup>46</sup> ma ciò non sembra affatto aggiustarsi al carattere materiale della successione *mortis causa* arcaica più risalente e alla natura personalissima e struttura delle obbligazioni arcaiche e conseguente impossibilità di trasmissione *mortis causa* dei rapporti

---

<sup>46</sup> Come fa B. ALBANESE, *Usus auctoritas*, cit., p. 20, nt. 29 e p. 23.

obbligazionali, quindi c'era una connessione necessaria fra il debito e la responsabilità di natura personale. Infatti, sono solide ragioni che giustificano il carattere personalissimo dell'obbligazione romana arcaica e pertanto l'impraticabilità della trasmissione *mortis causa* dei rapporti obbligazionali, il fatto che la responsabilità sia fatta effettiva sul corpo dell'obbligato (AUT NERVO AUT COMPEDIBUS VINCIRE); la possibilità di esecuzione del debito sul cadavere del debitore (PARTES SECANTO); la possibilità della composizione volontaria (*ius paciscendi*); il fatto che nella sfera processuale l'azione esperibile contro il debitore sia chiamata *actio in personam*; nonché la primazia concessa all'esecuzione forzata dell'obbligazione sulla stessa persona del debitore attraverso la *manus iniectio*.<sup>47</sup>

Vediamo di seguito quale sarebbe la mia proposta d'interpretazione dei versetti decemvirali e di quello della *lex Atinia* contenenti il vocabolo *auctoritas*:

*Usus auctoritas fundi biennium est, ceterarum rerum omnium annuus est usus*<sup>48</sup>.

Secondo l'opinione più condivisa il testo va inteso così: per l'usucapione di un fondo mancipato occorre un biennio e durante questo biennio esiste una situazione di dovere o *auctoritas* per cui è possibile che il *mancipio dans* venga chiamato in qualità di *auctor* a difendere il *mancipio accipiens*. Oltre alle critiche che ho fatto in precedenza quest'interpretazione urta anzitutto con un'aporia dunque, che succede dopo i due anni di durata dell'*auctoritas*? La risposta è che sarebbe scomparsa per l'*accipiens* tutta possibilità di

<sup>47</sup> Vedansi i versetti che fanno parte della tavola 3 della legge delle Dodici Tavole. In questo senso si pronunciò nella sua nota monografia E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano 1955, p. 84 s., ove definisce l'obbligazione romana nel contesto decemvirale come "una prigionia redimibile con funzione di garanzia di una persona libera estranea presso un'altra". L'idea di *vinculum iuris* su cui s'impernia l'obbligazione romana fu opera del diritto classico.

<sup>48</sup> Sull'espressione *usus auctoritas* cfr.: S. YOSHINO, "On the *usus-auctoritas*-rules in the Ancient Roman Law (from the so-called Verschweigung to Usucapion)", in *Senshu-Daigaku-Ronshu*. Senshu University, 24, 1960. p. 1-20; G. DIOSDI, *Ownership in ancient and preclassical roman law*, Budapest 1970, p. 85 ss.; A. M. PRICHARD, "Auctoritas in Early Roman Law", in *LQR*, 90, 1974, p. 378-395; M. KASER, "Altrömisches Eigentum und *usucapio*", in *SZ*, 105, 1988, p. 122-164; e B. ALBANESE, *Usus auctoritas*, cit. in p. 2, nt. 5 di questo contributo.

garantire la sua posizione relativa all'oggetto acquistato nel futuro attraverso l'assistenza del *mancipio dans* contro un rivendicante, qualora, per esempio, fosse stata venduta una *res aliena* e l'acquirente si verrebbe quindi costretto a difendersi da solo nel giudizio di rivendicazione, cosa che addirittura stupisce dinanzi alle prescrizioni sull'eternità dell'*auctoritas* stabilite in altri casi speciali. D'altronde vincolare l'*auctoritas* alla *mancipatio* implica l'esclusione delle *res nec mancipi* dell'*auctoritas* e supone includerle nel gruppo delle *ceterae res*, cosa che non ha alcun fondamento, come ho già trattato *supra*, e che manca di logica addirittura.

Altro problema di quell'interpretazione è quello di riferire l'*usus* e l'*auctoritas* a elementi personali diversi: l'*usus* al *mancipio accipiens* e l'*auctoritas* al *mancipio dans*, e non allo stesso soggetto, fatto che sarebbe contraddittorio con l'idea di *usucapio*, che riguardante uno stesso soggetto finirà con il tempo per sostituire l'espressione *usus auctoritas*. D'altronde non ha senso la creazione di un meccanismo d'acquisto del potere sulle cose tale l'usucapione o *usus auctoritas*, nella sua formulazione primordiale, se non si pensa alla mancanza di una *mancipatio* oppure all'esistenza di una *mancipatio* difettosa ed inefficace. Il fatto che l'*auctoritas* appare appunto insieme all'*usus* come modo diverso di acquisto fa pensare irrimediabilmente a un modo di acquisto diverso e staccato dalla *mancipatio* e che perciò si parla di *auctoritas* quando manca proprio una *mancipatio* efficace. Insomma, come ha detto Sargenti,<sup>49</sup> "l'*auctoritas* non è affatto la conseguenza della *mancipatio*, anzi è richiesta proprio dove e quando la *mancipatio* manca". Difatti la finalità dell'usucapione consacrata dalla legge decemvirale ed espressa arcaicamente attraverso l'endiadi *usus auctoritas* non è appunto altro che supplire alla mancanza di un modo di acquisto regolare e riconosciuto dall'ordinamento giuridico della comunità cittadina ed estendere la protezione giuridica o *auctoritas* ad altre fattispecie in cui non è possibile raggiungere una sovranità *ex iure Quiritium*.

Concepita l'*auctoritas* decemvirale, come ho sostenuto, come la legittimità giuridica di una situazione di potere di un soggetto su una cosa, la quale implica la sua garanzia pubblica e conseguente

---

<sup>49</sup> M. SARGENTI, *Per una revisione, cit.*, p. 67.



protezione giurisdizionale, il versetto decemvirale potrebbe essere spiegato del seguente modo: “Dopo aver usato un fondo – beninteso che in modo non surrettizio - durante due anni si ottiene la garanzia pubblica del potere su di esso. Riguardo a tutte le altre cose quella garanzia si riesce ad ottenerla attraverso il loro uso durante un anno”. La norma decemvirale sarebbe dunque il precedente dell’usucapione,<sup>50</sup> in cui l’elemento fattuale e il giuridico appaiono ormai accomunati in un solo concetto. Con quella norma decemvirale forse si sarebbe confermato oppure introdotto *ex novo* l’autorizzazione e la protezione giuridica delle situazioni di potere sulle cose non solo imperniate su un *suum esse ex iure Quiritium* o *mancipium* ma anche di altre situazioni ove mancava appunto l’acquisto attraverso il negozio *per aes et libram*.

Si potrebbe congetturare che il fondamento di questo provvedimento decemvirale fosse stato il fatto di voler estendere la garanzia giuridica a certe situazioni di fatto dei ceti meno favoriti in rapporto soprattutto all’*ager publicus* occupato, oppure il fatto di rendere certezza a situazioni di fatto di potere non consolidate - ad esempio quelle per cui non si era impiegata la *mancipatio* o per difetto di legittimazione del *mancipio dans* - sempre con l’adempimento dei requisiti temporali e di uso lecito stabiliti. Dopo i due anni o solo uno, a seconda delle fattispecie, si produceva l’appropriazione quiritaria delle *res*. Questa è una conclusione congetturale desumibile dal posteriore istituto dell’*usucapio*, il quale aveva come risultato l’acquisto del *dominium*; sarebbe l’ottenimento di una garanzia generica di protezione giuridica (*auctoritas*), di un riconoscimento della validità giuridica del nuovo potere sulla *res*, ma il beneficiario dall’*auctoritas* potrebbe inoltre affermare un *suum esse ex iure Quiritium* riservato ai cittadini. Infine sembra che il senso dell’arcaica *usus auctoritas* con la separazione dei due elementi sia piuttosto quello di una prescrizione estintiva e che quello del *usucapio* abbia invece un senso acquisitivo. Comunque l’effetto giuridico sarebbe stato lo stesso.<sup>51</sup>

<sup>50</sup> Ai passi riproddotti *supra* vanno aggiunti altri: Gai. 2, 54: *lex enim XII Tabularum soli quidem res biennio usucapi iussit, ceteras uero anno*; e Boeth. in *top. Cic.* 4, 23: *hic igitur aedium usus auctoritatem biennio fieri sentit*.

<sup>51</sup> Sul possibile senso estintivo dell’usucapione arcaica si veda J. C. BURCKHARD, *Über die Bedeutung, cit.*, p. 110 ss.

Un passo di Scevola riferitosi a una servitù può confermare, a mio avviso, tanto il carattere generico dell'*auctoritas* come garanzia dei rapporti reali in genere quanto lo svincolamento dell'*auctoritas* dalle appropriazioni *ex iure Quiritium*.

Scaev. 4 *resp.* D. 39, 3, 26

*Scaeuola respondit solere eos, qui iuri dicundo praesunt, tueri ductus aquae, quibus auctoritatem uetustas daret, tametsi ius non probaretur.*

In conformità al passo allusivo all'*auctoritas* derivata dalla *uetustas* nel senso di uso immemorabile: “Scevola rispose che gli incaricati della giurisdizione hanno l’abitudine di proteggere le servitù d’introdurre l’acqua fondate nell’*auctoritas* dell’antichità quantunque non si potesse provare la costituzione di una servitù”. Per tanto quelle servitù godevano di protezione grazie all’*auctoritas* o garanzia emanata dall’antichità, dal loro uso immemorabile, indipendentemente dalla loro costituzione attraverso un tipico modo di acquisto *ex iure Quiritium*.

#### *Aduersus hostem aeterna auctoritas*

L’espressione *aeterna auctoritas* significa tanto in questo versetto quanto in quello della *lex Atinia* l’indefinita durata della garanzia giuridica della situazione di potere, in rapporto agli stranieri nel primo caso e in rapporto alle cose derubate nel secondo. Il quesito fondamentale che impostano i versetti in cui si legge *aeterna auctoritas* è quello di chi sia il beneficiario dell’indefinita garanzia in ciascuno dei provvedimenti legali. Ma prima di ciò occorre un succinto analisi dei vocaboli di questo versetto.

Per quel che riguarda l’aggettivo *aeterna* non significa qui “senza principio nè fine” ma “indefinita, permanente nel tempo verso il futuro”.<sup>52</sup> Neanche *hostis* presenta gravi difficoltà di comprensione. Come è ben noto e pacifico *hostis* nel linguaggio decemvirale significa *peregrinus*. La spiegazione semantica del termine viene reiterata nelle fonti, è il caso del passo 1, 12, 37 di “I doveri” di Cicerone, che anche ci da notizia dei due passi della legge decemvirale in cui si accenna l’*hostis*. Nello stesso passo Cicerone spiega di seguito come dopo *hostis* sarebbe cristallizzato

<sup>52</sup> Vid. “aeternus, -a, -um”, in *Oxford Latin Dictionary*, I, cit., p. 74, accezione 2 a.

nell'aspro significato di nemico, di colui che prende le armi contro i romani (*eo, qui arma contra ferret*).

Cic. *off.* 1, 12, 37

*Hostis enim apud maiores nostros is dicebatur, quem nunc peregrinum dicimus. Indicant duodecim tabulae: «aut status dies cum hoste» itemque «adversus hostem aeterna auctoritas».*<sup>53</sup>

La dottrina dominante ritiene che il versetto 6, 4 della legge delle Dodici Tavole riguarda il problema della garanzia di un *mancipio dans* cittadino che è chiamato ad intervenire in qualità di *auctor* di un peregrino *mancipio accipiens*, cioè munito di *ius commercium*. Dato che un peregrino non avrebbe mai potuto diventare proprietario *ex iure Quiritium* la legge decemvirale avrebbe garantito un diritto stabile sull'oggetto mancipato attraverso lo stabilimento di un permanente obbligo del *mancipio dans* di essere *auctor* dell'*hostis* ogni volta che la situazione di potere di costui sulla *res* fosse stata messa in discussione da un terzo allo scopo di giovare del mancato *suum esse ex iure Quiritium* del peregrino, tanto se costui fosse stato spogliato del possesso e avesse promosso un'azione quanto se il terzo avesse agito in giudizio contro di lui sulla base della sua mancata appartenenza dell'oggetto secondo il *ius quiritario*. Altra interpretazione è stata quella, troppo concreta, che ravvisa nell'*aeterna auctoritas* di L. XII Tab. 6, 4 la permanente garanzia del *mancipio dans* contro l'*hostis* e verso l'acquirente-*mancipio accipiens* che tanto prima quanto dopo di aver adempiuto il tempo dell'usucapione, in caso di *mancipatio rei alienae*, è stato spogliato del possesso da un *hostis*, il quale non potrà mai usucapire perchè l'usucapione è riservata ai cittadini, dunque soltanto questi possono avere un potere sulle cose *ex iure Quiritium*, e che neppure si può opporre l'*usucapio* all'*hostis* giacchè è un istituto esclusivo dei cittadini.<sup>54</sup> Quest'ipotesi mi sembra

<sup>53</sup> Altri passi relativi al significato di *hostis* sono: Festo sig., 102, 7: *hostis apud antiquos peregrinus dicebatur, et qui nunc hostis, perduellio*; 314, 12-21; Plaut. *Curc.* 1, 5; Varr. *l. l.* 5, 3: *hostis [...] tum eo uerbo dicebant peregrinum qui suis legibus uteretur, nunc dicunt eum quem tum dicebant perduellem*; e Gai. 2 *ad leg. XII Tab.* D. 50, 16, 234pr.: *quod nos hostes appellamus, eos ueteres 'perduelles' appellabant, per eam adiectionem indicantes cum quibus bellum esset*.

<sup>54</sup> Cfr. F. DE VISSCHER, *Le rôle, cit.*, p. 620 s. e "Aeterna auctoritas", in *RHD*, 1937, p. 573 ss.; nonché P. NOAILLES, *Ius et fas, cit.*, p. 277 ss. Anche confuta la precedente tesi M. SARGENTI, *Per una revisione, cit.*, p. 65 s.

però che parta da una fattispecie troppo artificiosa, specifica ed impropria perciò della generalità della legge decemvirale, visto inoltre l'estrema laconicità del precetto decemvirale 6, 4. Mi fermerò dunque nella prima tesi, quella prevalente.

Orbene, siffatto regime implicherebbe non solo l'iusucapibilità dell'oggetto mancipato dall'*hostis* ma anche di qualsiasi altro soggetto, cittadino o peregrino che ne fosse posteriormente venuto in possesso, dunque l'oggetto avrebbe continuato nel futuro ad appartenere al *mancipio dans ex iure Quiritium* data la perpetuità dell'*auctoritas* e pure perchè l'*hostis* non aveva la capacità di trasmetterlo mediante un modo quiritario, *mancipatio* o *in iure cessio*. Nella poco probabile peraltro fattispecie patologica di aver fatto il *mancipio dans* una *mancipatio rei aliena* la *res mancipata* sarebbe restituita al vero titolare di un potere *ex iure Quiritium* su di essa senza che il presunto intervento del *mancipio dans* servisse a nulla, che nemmeno poteva aver luogo, come ho cercato di dimostrare *supra*. Lo scoglio di quest'interpretazione si trova appunto nel fatto di considerare che l'*auctoritas* è una garanzia di soccorso processuale da prestare dal *civis-mancipio dans*. Se invece si considera che l'*auctoritas* abbia il senso di legittimare e perciò di garantire giuridicamente le situazioni di potere *ex iure Quiritium* e altre si dissiperebbe quell'inconveniente. Insomma con quell'interpretazione accennata la norma decemvirale non farebbe altro che stabilire uno svantaggio per i peregrini *cum commercio* presso i loro rapporti giuridici con i *cives*.<sup>55</sup>

Ma a cosa serve una prescrizione del genere? Perchè riconoscere ai cittadini un consaputo esclusivo diritto a godere della 'proprietà', del *suum esse ex iure Quiritium*?<sup>56</sup> Per affermare che il *civis*

<sup>55</sup> Che la norma decemvirale assicura al *civis* una posizione di vantaggio nei confronti di un peregrino è stato sostenuto fra altri e negli ultimi tempi da M. KASER, "Altrömisches Eigentum und *usucapio*", in SZ, 105, 1988, p. 140 ss. Anche A. MAGDELAIN, *Auctoritas rerum, cit.*, p. 146, ritiene che l'adagio decemvirale divieta l'usucapione dell'*hostis* e che quest'interdizione era un principio elementare dell'antico 'diritto internazionale'.

<sup>56</sup> Sull'esclusività dei cittadini di fare *mancipatio* e perciò di affermare il *suum esse ex iure Quiritium* ci informa Gaio in 1, 199: *est autem mancipatio [...] quod et ipsum ius proprium ciuium Romanorum est*; e anche 2, 40: *sequitur, ut admoneamus apud peregrinos quidem unum esse dominium; nam aut dominus quisque est aut dominus non intellegitur. quo iure etiam populus Romanus olim utebatur: aut enim ex iure Quiritium unusquisque dominus erat aut non intellegebatur dominum*, cioè "dobbiamo inoltre notare che presso i peregrini c'è

fruisce sempre dell'*auctoritas* sarebbe stato sufficiente con dire *adversus civem*, ma quest'affermazione sarebbe superflua quindi era conosciuta da tutti. Perché vietare l'*auctoritas* agli *hostes* e non invece agli schiavi attraverso un *adversus servum aeterna auctoritas*? La risposta è ovvia pure per superflua e consaputa da tutti, ma anche dovrebbe essere ovvio per tutti che i peregrini non potevano fruire della stessa capacità giuridica che i *cives Romani*, non potevano essere titolari *ex iure Quiritium* di nessun modo, che insomma il loro *status* non poteva che essere svantaggioso rispetto a quello dei *cives*, allora perché stabilirne nella legge decemvirale una promemoria del genere? L'unica risposta attendibile è che il precetto ha un senso positivo o di vantaggio per i peregrini.

Infatti, l'espressione *adversus hostem* non può significare uno svantaggio per i peregrini – d'altronde cosa consaputa per i romani come ho appena detto -. Ma ci sono anche altre ragioni a sostegno di ciò. Innanzi tutto perché *adversus* – nel contesto grammaticale è una preposizione - ha come valore semantico più importante quello di direzione o riferimento e non di contrarietà.<sup>57</sup> Perciò va tradotto “nei confronti” o “rispetto a”, ecc. Prova questo senso altro passo del medesimo Cicerone e della stessa opera *De officiis*: 1, 11, 34, ove l'autore adopera *adversus* con un evidente significato referenziale: *sunt autem quaedam officia etiam adversus eos servanda, a quibus iniuriam acceperis*, la cui traduzione sarebbe: “sussistono poi i doveri da osservare anche nei confronti di coloro da cui tu abbia ricevuto offesa”. Se mettiamo in connessione *auctoritas*, con il significato di garanzia, e *adversus* sembra chiaro che la preposizione non può che avere una connotazione di vantaggio, di vantaggio verso l'*hostis*. Condivido in questo punto l'opinione di Albanese – ma non la conclusione che poi estrae questo autore –,<sup>58</sup> secondo cui, il valore semantico di *adversus* viene in qualche modo imposto dal contesto in cui s'inserisce nel *De officiis*. Difatti il contesto in cui si legge questo passo ha come impostazione i doveri

---

un solo tipo di proprietà; in effetti: o uno è proprietario o non lo si ritiene tale. Anticamente anche il popolo romano seguiva questa norma: o, infatti, taluno era proprietario secondo il diritto dei Quiriti, o non era ritenuto proprietario.”

<sup>57</sup> Vedasi “*adversus* (-um)”, in *Oxford Latin Dictionary*, I, *cit.*, p. 57, accezione 11. Per un elenco di fonti letterarie relative a questo uso di *adversus* si veda *Thesaurus Linguae Latinae*, I, fasc. IV, aediuvo-Aegyptus, p. 860 s.

<sup>58</sup> B. ALBANESE, *Usus auctoritas*, *cit.*, p. 22 s.

che devono ispirare i rapporti e l'atteggiamento di *mansuetudo* della cittadinanza romana verso gli stranieri sicchè il richiamo alla prescrizione decemvirale de L. XII Tab. 6, 4 va inteso come uno di quei doveri verso gli *hostes*. Persino si riferisce Cicerone alla sussistenza dei doveri nei confronti di coloro da cui qualcuno abbia ricevuto offesa, come ho già indicato (*off.* 1, 11, 34); al dovere di perdonare a coloro che nella guerra non siano stati crudeli ed inumani (*ibid.* 35); o ai doveri verso quelli che, deposte le armi, si affidano alla lealtà del vincitore (*ibid.* 35).<sup>59</sup> Cicerone contrappone poi il significato positivo di 'peregrino', proprio delle prescrizioni decemvirali, a quello più moderno di 'nemico di guerra'. Perciò un riferimento alla norma decemvirale svantaggioso per l'*hostis* non avrebbe avuto alcun senso atteso il contesto in cui appare inserito. D'altronde c'è un'altra ragione a sostegno del carattere vantaggioso della norma decemvirale. In effetti, a proposito dell'altro versetto decemvirale contenente il vocabolo *hostis*: il versetto 2, 2: AUT STATUS DIES CUM HOSTE ci informa Sesto Pompeo Festo che:<sup>60</sup>

*Status dies uocatur qui iudici causa est constitutus cum peregrino, eius enim generis ab antiquis hostes appellabantur, quod erant pari iure cum populo R., atque hostire ponebatur pro aequare. Plautus in Curculione: si status condictus cum hoste intercedit dies, tamen est eundum, quo imperant ingratiss.*

Gli *hostes* o *peregrini* erano dunque nella sfera processuale *pari iure cum populo Romano* e *hostire* da sempre ha avuto il significato di *aequare*, ossia "equiparare", "comparare", "ugugliare", come si può verificare in qualsiasi dizionario di latino. Il passo di Plauto<sup>61</sup> tirato in ballo da Festo ci mostra che l'appuntamento con un forestiero per risolvere una controversia giuridica era inescusabile, addirittura uno dei motivi di rinvio della presentazione alle armi per i soldati arruolati secondo attesta Gellio.<sup>62</sup> Questi riferi-

<sup>59</sup> Prima dell'accenno alla prescrizione decemvirale Cicerone ha trattato di altri doveri, come *depositum reddere, promissum seruare, commune utilitate servare* (*off.* 1, 10, 31), ecc.

<sup>60</sup> Festo, 314, 13-21.

<sup>61</sup> Plaut. *Curc.* 1, 5: *si status condictus cum hoste intercedit dies tamen est eundum quo imperant ingratiss.*

<sup>62</sup> Gellio fa un ampio riferimento al libro III del *De re militare* di Cincio Alimento e nel passo 16, 4, 4 enumera le eccezioni alla prescrizione del giorno in cui

menti oltre a dimostrare i sempre più abituali rapporti giuridici ed economici fra romani e peregrini e in pari condizioni giuridiche e giurisdizionali – sicuramente dall’influsso del *ius gentium* – non sarebbero coerenti con lo stabilimento legale di prescrizioni svantaggiose o dispregiative verso i forestieri, il cui numero d’altronde si era moltiplicato nell’epoca decemvirale.

Ma il vantaggio per il peregrino stabilito dalla norma decemvirale non consiste in un accollo al *mancipio dans*- cittadino dell’obbligo di essere *auctor* in perpetuo a favore del peregrino parallelo a un riconoscimento della legittimità della situazione di potere di questi, ma semplicemente è proprio il riconoscimento per i peregrini della legittimità delle loro situazioni di potere sulle cose, della garanzia e la protezione permanente di queste situazioni perchè appunto i peregrini non possono nè avere la signoria *ex iure Quiritium* nè usucapire,<sup>63</sup> dello stesso modo che i cittadini godono di questa permanente garanzia o *auctoritas* grazie al fatto che possono affermare un *suum esse ex iure Quiritium*. La posizione del peregrino è paragonabile in protezione giuridica a quella di chi attraverso un *usus* ottiene la signoria *ex iure Quiritium* e senz’altro l’*auctoritas* con la differenza però che il peregrino non può acquistare quella signoria quiritaria attraverso l’usucapione e sicuramente in quei tempi occorreva per attribuire un vantaggio a favore dei peregrini lo stabilimento del carattere indefinito o permanente dell’*auctoritas*. La situazione giuridica del peregrino che fruisce della protezione generale dell’*auctoritas* ma non del *suum esse ex iure Quiritium* potrebbe essere considerata una sorta di situazione di *in bonis habere*, cioè un precedente della cosiddetta proprietà bonitaria. Anche è paragonabile la situazione del peregrino a quell’altra, come poi verremo, di quello che è stato spogliato del possesso di una cosa e per cui la protezione giuridica o *auctoritas* è permanente nei confronti del ladro, il quale non potrà mai consoli-

---

dovevano i soldati arruolati presentarsi e rispondere alla chiamata del console, fra cui c’era il fatto di avere un giorno fissato o convenuto con un peregrino: *status conductusue dies cum hoste*. Se qualcuno era trattenuto per questa causa o per le altre cause elencate gli era permesso di presentarsi l’indomani del giorno dell’impedimento e in tale giorno si sarebbe dovuto presentarsi e mettersi a disposizione di chi aveva fatto la chiamata nel distretto, nel villaggio o nella città.

<sup>63</sup> Gai. 2, 41: *semel enim impleta usucapione proinde pleno iure incipit, id est in bonis et ex iure Quiritium tua res esse, ac si ea mancipata uel in iure cessa esset.*

dare il suo potere sulla cosa, cioè non potrà mai acquistare la signoria *ex iure Quiritium* mediante l'usucapione e questa situazione rimarrà indefinitamente a favore di colui che fu spogliato della cosa.

In conclusione, il versetto *adversus hostem aeterna auctoritas* e le fonti ad esso riferitesi consentono, a mio avviso, di proporre come interpretazione un riconoscimento legale ai peregrini, i quali non potevano usucapire e divenire così 'proprietari' *ex iure Quiritium*, della legittimità delle loro situazioni di potere sulle cose e fruirne perciò dell'*auctoritas*, vale a dire, di una garanzia giuridica e protezione giurisdizionale delle loro situazioni di potere sulle cose – sempre che ovviamente queste non fossero state ottenute in modo surrettizio -. La norma decemvirale 6, 4 stabilì dunque un vantaggio o beneficio per i peregrini, i cui rapporti con i cittadini romani o alla rovescia cominciavano peraltro ad essere sempre più frequenti: "riguardo al peregrino sia permanente la garanzia" (della sua situazione lecita di potere su una cosa).

*Quod subruptum erit eius rei aeterna auctoritas esto*

Non c'è dubbio che questo versetto gelliano riguarda l'interdizione dell'usucapione delle cose rubate. Difatti ne abbiamo la prova concludente nella parafrasi che di esso fa Labeone quando volta il passo al linguaggio giuridico classico: *si quid est subreptum, id usucapi non potest*.<sup>64</sup> Come è ben saputo, in conformità alle fonti che ci sono pervenute, il divieto di usucapire le cose sottratte appare attribuito tanto alla legge delle Dodici Tavole (versetto 8, 17), attribuzione fatta soprattutto dal giurista Gaio (2, 45 e 49), quanto alla legge Atinia<sup>65</sup> del II secolo a. C., secondo la testi-

<sup>64</sup> Lab. 5 *pith.* D. 41, 3, 49.

<sup>65</sup> Sui diversi aspetti della *lex Atinia* si vedano in specie i seguenti contributi: U. LÜBTOW, "Die Ersitzung gestohlener Sachen nach dem Recht der XII Tafeln und der *lex Atinia*", in *Festschrift Schulz*, I, Weimar 1951, p. 263-269; S. SOLAZZI, "Sulla *Lex Atinia de rebus subreptis*", in *AG*, 144, 1953, p. 3-14; B. ALBANESE, "Un problema in tema di *lex Atinia*", in *Scritti G. Salemi*, Milano 1961, p. 25-34; B. ALBANESE, "Contributo alla storia dell'interpretazione della *lex Atinia*", in *Labeo*, 12, 1966, p. 18-65; D. PUGSLEY, "The misinterpretation of the *lex Atinia*", in *RIDA*, 17, 1970, p. 259-272; J. A. C. THOMAS, "The theftuous and the *lex Atinia*", in *Studi Scherillo*, I, Milano 1972, p. 395-404; A. M. PRICHARD, *Auctoritas, cit.*; e più recentemente sulla data della legge si veda M. FRUNZIO FRANCOLI, "La *lex Atinia de rebus subreptis*. Un'ipotesi sulla datazione", in *Labeo*, 43, 1997, p. 259 ss.



monianza che ne fa Gellio (17, 7, 1) e attraverso la locuzione arcaizzante e piuttosto propria dei decemviri di *aeterna auctoritas*. Altri passi delle fonti giuridiche che ne fanno accenno, tanto a un presunto divieto decemvirale di usucapire le *res subreptae* quanto all'*aeterna auctoritas* nei confronti delle cose rubate della *lex Atinia de rebus subreptis*, sono questi che trascrivo di seguito:

Gai. 2, 45

*Sed aliquando etiam si maxime quis bona fide alienam rem possideat, non tamen illi usucapio procedit, uelut si quis rem furtiuam aut ui possessam possideat; nam furtiuam lex XII tabularum usucapi prohibet, ui possessam lex Iulia et Plautia.*

Gai. 2, 49

*Quod ergo uulgo dicitur furtiuarum rerum et ui possessorum usucapionem per legem XII tabularum prohibitam esse, non eo pertinet, ut ne ipse fur quiue per uim possidet, usucapere possit (nam huic alia ratione usucapio non competit, quia scilicet mala fide possidet), sed nec ullus alius, quamquam ab eo bona fide emerit, usucapiendi ius habeat.*

I. 2, 6, 2

*Furtivae quoque res et quae ui possessae sunt, nec si praedicto longo tempore bona fide possessae fuerint, usucapi possunt: nam furtiuarum rerum lex duodecim tabularum et lex Atinia inhihet usucapionem, ui possessorum lex Iulia et Plautia.*

Paul 54 ad ed. D. 41, 3, 4, 6

*Quod autem dicit lex Atinia, ut res furtiua non usucapiatur, nisi in potestatem eius, cui subrepta est, reuertatur, sic acceptum est, ut in domini potestatem debeat reuert, non in eius utique, cui subreptum est. igitur creditori subrepta et ei, cui commodata est, in potestatem domini redire debet.*

Iul. 44 dig. D. 41, 3, 33 pr

*Non solum bonae fidei emptores, sed et omnes, qui possident ex ea causa, quam usucapio sequi solet, partum ancillae furtivae usu suum faciunt, idque ratione iuris introductum arbitrator: nam ex qua causa quis ancillam usucaperet, nisi lex duodecim tabularum uel Atinia obstaret, ex ea causa necesse est partum usucapi, si apud eum conceptus et editus eo tempore fuerit, quo furtiuam esse matrem eius ignorabat.*

Paul ad leg. Fuf. Can. D. 50, 16, 215

*In lege Atinia in potestatem domini rem furtiuam uenisse uideri, et si eius uindicandae potestatem habuerit, Sabinus et Cassius aiunt.*

Nel testo riportato da Gellio della *lex Atinia* si tratta di una fattispecie di spossessamento in cui se ne concede alla vittima senza alcuna limitazione di tempo l'*auctoritas* sull'oggetto mobile o semovente<sup>66</sup> derubato malgrado la perdita del potere su di esso. Il passo, secondo me, va tradotto così: "quello che sia stato rubato, di questa cosa sarà eterna l'*auctoritas*", cioè la garanzia o protezione giuridica di essa. Bisogna però per amore alla chiarezza offrire pure un'altra traduzione meno letterale che rifletta il senso che credo abbia il passo: "malgrado una cosa sia stata rubata quello che ne è stato spossessato fruirà permanentemente di protezione giuridica allo scopo di ottenerne la restituzione". La *lex Atinia* garantisce dunque agli spossessati i mezzi giuridici, in cui si traduce nella pratica l'*auctoritas*, necessari per recuperare l'oggetto che possedevano prima del furto. Tuttavia si suppone che una prescrizione del genere esistesse da molto tempo, proprio risalente alla legge delle Dodici Tavole, secondo le testimonianze di Gaio (2, 45 e 49), le Istituzioni di Giustiniano (2, 6, 2) e il passo 44 dei *Digesta* di Giuliano, che ho trascritto *supra*. Come è noto il passo delle Istituzioni gaiane 2, 45 è quello scelto dalla maggioranza delle opere palinogenetiche, che lo considerano come il versetto 8, 17: *furtiuam (rem) lex XII Tab. usucapi prohibet*, benchè quello della *lex Atinia* sembri più adatto all'arcaica terminologia dei decemviri.

Lasciando a parte per il momento l'importante quesito che suscita la strana ripetizione della norma da entrambe leggi e la mia opinione proclive all'inesistenza di un divieto decemvirale di usucapire le cose rubate, questione che tratterò più avanti, e partendo quindi dell'ipotesi della realtà dell'accennato divieto, la spiegazione del nostro passo è molto simile a quella che ho proposto in precedenza rispetto al versetto L. XII Tab. 6, 4, dato il parallelismo e l'analogia fra entrambi passi per ragioni dell'uso in essi della locuzione *aeterna auctoritas*. Secondo gli autori che vedevano nell'*adversus hostem aeterna auctoritas* uno svantaggio per i peregrini si tratta qui di stabilire lo stesso svantaggio ma ora contro i *fures*.<sup>67</sup> Oltre al poco attendibile paragone romano fra i ladri ed i forestieri, i fautori di quest'interpretazione sembrano soprattutto ignorare che nel caso di L. XII Tab. 8, 17 e Gell. 1, 17, 1

<sup>66</sup> Vedasi p. 15, nt. 34 di questo contributo.

<sup>67</sup> Si veda, per esempio, P. NOAILLES, *Fas et ius, cit.*, 281.

l'impostazione del problema è diversa: non ci si tratta di un'*aeterna auctoritas* nei confronti del *hostis* (*adversus hostem*), vale a dire dell'elemento personale, anzi riguardo all'elemento materiale: *eius rei aeterna auctoritas*: "sia la garanzia su quella cosa" ed evidentemente non a favore ma contro chi ne prenda il possesso, - non occorre insistere nel fatto che sarebbe assurdo sancire la legittimità del furto e beneficiare i ladri -.

La prescrizione dell'eternità dell'*auctoritas* significa pure qui che la garanzia giuridica è indefinita, soltanto varia il soggetto favorito dalla norma, che adesso è quello che è stato spogliato surrettiziamente di un oggetto che aveva sotto il suo potere. La conseguenza pratica della concessione 'in perpetuo' dell'*auctoritas* è l'impossibilità di usucapire - come dimostra l'uso del verbo *usucapi* del passo gaiano; sicuramente la giurisprudenza classica ritenne che l'eternità dell'*auctoritas* aveva come logico corollario l'iusucapibilità - dal ladro contro lo spossessato, malgrado manchi a questi l'elemento materiale della detenzione della cosa, ossia della situazione di potere su di essa. Difatti questo precetto si sarebbe dovuto alla finalità di proteggere certe situazioni in cui era scomparso quello che dovrebbe essere stato nei tempi arcaici un fondamentale elemento, l'elemento materiale o corporale, per poter vantare una situazione di signoria sulle cose riconosciuta o meno *ex iure Quiritium*. Altrimenti non avrebbe avuto alcun senso lo stabilimento di un divieto di usucapione e la norma sarebbe stata superflua. Occorreva dunque per scansare lo spossessamento non consentito e in definitiva la violenza privata schivare l'ostacolo che rappresentava il controllo oppure la detenzione corporale dell'oggetto come fattore proprio di legittimità delle situazioni di signoria. Insomma è chiaro che la norma decemvirale stabilì l'iusucapibilità delle *res furtivae* e che la protezione giuridica o *auctoritas* riconosciuta a favore dello spogliato della *res* era permanente e indefinita.

Questi due passi riguardanti l'interdizione di usucapire le *res subreptae*, nella terminologia della legge Atinia o *furtivae*, vocabolo adoperato da Gaio, si possono considerare peraltro come prova contro la necessaria connessione fra *auctoritas* e *mancipatio*, che sostiene la dottrina tradizionale, dunque non si può affermare sul serio che ci sia un'identità tra la categoria delle *res mancipi* e quella delle cose suscettibili di furto. In questi passi è ovvio che

L'*auctoritas* appare riferita in genere a qualsiasi cosa che si possa rubare. Per evitare questo scoglio si è cercato di spiegare tale per esempio Magdelain,<sup>68</sup> in modo non convincente che le parole *quod subruptum erit* e *eius rei*, che si leggono nel passo gelliano, non consentono di restringere l'*auctoritas* alle *res Mancipi* perchè l'esclusione delle *res nec Mancipi* da una legge relativa al furto sarebbe proprio inconcepibile. Poi insiste nel fatto che il soggetto a cui è concessa l'*auctoritas* sia l'*accipiens*. Ma quale *accipiens*? Quello che ha acquistato attraverso la *mancipatio* o anche quello che aveva ricevuto la cosa per mezzo di una semplice *traditio*? Sembra, dunque, assai chiaro che la vincolazione dell'*auctoritas* alla *mancipatio* e pertanto alle *res Mancipi* urta con altro scoglio insormontabile.

Tuttavia rimangono due quesiti sui passi in disamina da rispondere: il primo: perchè la *lex Atinia* reiterò presuntamente un divieto che era stato stabilito dai decemviri *legibus scribundis*, cioè da tre secoli all'incirca e che perciò la comunità doveva esserne consapevole?; e il secondo: a chi concerneva l'interdizione, soltanto al *fur* della cosa oppure anche a chicchessia se ne impossessasse dopo il furto pur attuando inconsapevolmente della condizione *furtiva* della *res*? Per rispondere alla seconda questione non ci dovrebbero essere problemi. Difatti dai passi del Digesto relativi alla *lex Atinia* risulta abbastanza chiaro che il *furtum* rappresenta un vizio oggettivo, attinente alla stessa *refurtiva* e non al ladro e che pertanto l'impossibilità di usucapire accompagna l'oggetto stesso ed impedisce l'usucapione a tutti quelli che se ne impossessano fino a quando la *refurtiva*, come attesta con impegno Paolo, *in potestatem domini reuert* (D. 41, 3, 4, 6), cioè sarà tornata non nelle mani della vittima del furto, benchè sia per esempio un creditore pignoratizio o un comodatario, ma necessariamente nelle mani del suo proprietario (*reuersio in potestatem domini*). Tuttavia come ha rilevato Albanese sul regime giuridico e sul significato della *reuersio in potestatem* ci fu un contrasto di opinioni fra i Sabiniani e i Proculiani.<sup>69</sup>

<sup>68</sup> A. MAGDELAIN, *Auctoritas rerum*, cit., p. 147.

<sup>69</sup> B. ALBANESE, "Un problema in tema di *lex Atinia*", in *Scritti Salemi*, cit., p. 25-34 (=B. ALBANESE, *Scritti giuridici*, I, Palermo 1991, p. 183-194). Sul frammento di Paolo in D. 41, 3, 4, 6 e in genere la *reuersio in potestatem* prescritta dalla *lex Atinia* vedasi anche di B. ALBANESE, "Contributo alla storia

Per quel che riguarda il più interessante quesito, cioè quello che pare *prima facie* una mera ripetizione del divieto di usucapire dalla legge Atinia, ci sono fondati dubbi sull'attribuzione alla legge decemvirale di questa proibizione dunque le testimonianze di cui disponiamo non consentono affatto di avere un'assoluta certezza su questo argomento. Infatti, prima di tutto Gaio in uno dei due passi delle sue Istituzioni riferitisi al divieto decemvirale, il 2, 49, impernia la sua conoscenza della proibizione decemvirale di usucapire le *res furtivae* su "quello che si dice comunemente" (*quod uulgo dicitur*), base dunque non troppo affidabile; su questo accenno stupisce inoltre il fatto che Gaio, che aveva scritto un libro sulle Dodici Tavole e che perciò doveva presuntamente aver avuto una diretta conoscenza del testo decemvirale, ne faccia un riferimento del genere. Poi sorprende il fatto che Gaio non faccia mai un accenno alla *lex Atinia*, sarebbe quindi lecito dubitare per lo meno della conoscenza da Gaio di quella legge, benchè ciò possa sembrare certamente strano. In terzo luogo si fa menzione della legge decemvirale nell'*Istituzioni* di Giustiniano, sulle quali come è saputo si può ravvisare un forte influsso di quelle gaiane. Per ultimo soltanto Giuliano fra i giuristi classici accenna il divieto decemvirale (D. 41, 3, 33pr); Paolo sembra ignorare assolutamente il divieto decemvirale.

Potrebbe darsi che l'accenno di Salvio Giuliano fosse stato dovuto al fatto di seguire la stessa tradizione della scuola sabiniana come Gaio,<sup>70</sup> ma soprattutto attira l'attenzione il fatto che quando il giurista menziona quel divieto vicino alla legge Atinia - a proposito dell'usucapione di un *partus ancillae furtivae* - non impieghi una congiunzione copulativa ma una congiunzione disgiuntiva (*uel*): *nisi lex duodecim tabularum uel Atinia obstaret, ex ea causa necesse est partum usucapi*. Ciò potrebbe far pensare pure ad un pos-

---

dell'interpretazione della *lex Atinia*", in *Labeo*, 12, 1966, p. 18-65 (= B. ALBANESE, *Scritti*, I, cit., p. 409-456). L'autore pure si occupa di precisare le differenze fra i divieti di usucapire le cose rubate e il loro rispettivo regime stabiliti presuntamente dalla legge delle Dodici Tavole e dalla legge Atinia *de rebus subreptis*.

<sup>70</sup> P. HUVELIN, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain*, I, Lyon-Paris 1915, rist. anast., Roma 1968, p. 296, rifiuta l'esistenza di alcun precetto decemvirale proibente l'usucapione delle cose rubate ed imputa ad una tradizione giurisprudenziale d'influenza sabiniana l'attribuzione di quella proibizione alle legge delle Dodici Tavole.

sibile dubbio del giurista circa l'attribuzione dell'interdizione di usucapire le cose rubate ad una delle leggi in concreto, o forse si tratta piuttosto di un rimaneggiamento di questo passo fatto dai compilatori del Digesto poichè le *Istituzioni*, promulgate poco prima, seguirono a vicino quelle gaiane, oppure semplicemente questa congiunzione è messa in correlazione con *nisi* e con questa correlazione, alquanto strana ed irregolare, il giurista voleva affermare che “si potrebbe usucapire il figlio della schiava se nè la legge delle Dodici Tavole nè la legge Atinia lo proibissero”. Tuttavia la presenza del verbo in singolare, *obstaret*, invece di *obstarent* non sembra di avallare quest'ultima ipotesi.

Sul sospetto dell'esistenza di un'interpolazione in D. 41, 3, 33pr si pronunciò con dubbi Huvelin,<sup>71</sup> per cui i termini *uel Atinia* sembrano un'aggiunta dei compilatori. A mio avviso, i termini che potrebbero essere stati interpolati sono invece quelli riguardanti la legge decemvirale in conformità a quello che ho detto prima, in concreto le tre seguenti parole: *duodecim tabularum uel*, in modo che il passo potrebbe essere stato originalmente così: *nisi lex Atinia obstaret, ex ea causa necesse est partum usucapi*.

Si tratta certo di una semplice ipotesi ma c'è un altro dato a conferma di essa e che già fu suggerito da Magdelain<sup>72</sup> a proposito del suo commento al noto passo di Gellio 17, 7, 1, relativo alla *lex Atinia*. Infatti Gellio ci informa nei passi seguenti sui dubbi dei giuristi e grammatici repubblicani circa la retroattività o meno della legge Atinia, visto che nel suo testo si leggeva il verbo *erit*, formalmente riguardante quindi tanto il tempo passato quanto il futuro. Gellio ci racconta che Quinto Scevola diceva che suo padre, Bruto e Manilio, persone dottissime, si domandavano e mettevano in dubbio se la legge Atinia riguardasse soltanto i furti avvenuti successivamente o pure quelli precedenti, giacchè l'espressione “sia stata rubata” (*subruptum erit*) sembrava riguardare entrambi tempi, passato e futuro. Continua Gellio a dire che pure il grammatico Publio Nigidio si occupò, benchè in modo poco chiaro ed oscuro, nel XXIII libro dei suoi *Grammaticorum commentariorum* di tale questione e che alla fine la pensava in ugual modo, cioè che

<sup>71</sup> P. HUVELIN, *ibid.*, p. 295 s. Per l'elenco di altre interpolazioni rintracciate in questo passo si veda l'*Index Interpolationum*, III, p. 203.

<sup>72</sup> A. MAGDELAIN, *Auctoritas rerum, cit.*, p. 152.

l'indicazione del tempo fosse indefinita, ma nel suo discorso faceva pensare tuttavia che quando si aggiunge ad *erit* un participio passato quel verbo perdeva il suo valore temporale e designava il passato. Alla fine però riteneva che *subruptum erit* non fossero due verbi ma uno solo ed era un'espressione unita della coniugazione passiva e allora tale verbo composto esprimeva non meno il tempo passato che il futuro. Insomma i giuristi ed il grammatico si domandavano sulla retroattività o meno della legge Atinia e conclusero che la legge era non meno applicabile al passato che al futuro, ossia aveva un'efficacia retroattiva.

Quello che interessa mettere in risalto del precedente racconto è che ambedue ipotesi sul senso di *erit*, cioè come futuro o come passato, pongono seriamente in dubbio le testimonianze gaiane sullo stabilimento dalla legge delle Dodici Tavole dell'interdizione di usucapire le *res furtivae*, dunque se si considera che la legge Atinia ebbe l'effetto retroattivo non si può capire perchè occorreva promulgare una legge relativa ad una questione, l'iusucapibilità delle cose rubate, per la quale già esisteva da secoli una sanzione legale, quella decemvirale, che senz'altro doveva essere applicata. Se invece si considera che la legge non ebbe l'effetto retroattivo e che soltanto riguardava il futuro neppure si può capire la necessità di promulgare una nuova legge allo scopo di ripetere una norma già esistente da molto tempo. In ogni caso a sostegno della non retroattività delle leggi in genere milita un passo della seconda arringa di Cicerone contro Verre in cui si fa appunto accenno alla legge Atinia, secondo cui, per quanto riguarda il diritto civile il legislatore che introduce qualche innovazione riconosce la validità di tutti gli atti passati e ne sono esempi la stessa legge Atinia, la Furia e la Voconia e in genere tutte le altre attinenti il diritto civile. In tutte queste leggi si sancisce una norma giuridica di cui il popolo potrà valersi soltanto posteriormente alla legge:

Cic. *II Verr.* 1, 42, 109

*De iure uero ciuili si quis noui quid instituit, is non omnia quae ante acta sunt rata esse patietur? Cedo mihi leges Atinias, Furias, <Fusias,> ipsam, ut dixi, Voconiam, omnes praeterea de iure ciuili: hoc reperiens in omnibus statui ius quo post eam legem populus utatur.*

Infatti, la presa di coscienza del problema della provvisorietà delle norme e con ciò la storia del chiamato modernamente princi-

pio d'irretroattività delle leggi non inizia affatto come carattere qualificante di quello Stato fondato sulla legge, anzi risale ai tempi della repubblica romana, dopo di che sarebbe diventata una costante del pensiero giuridico occidentale e poi con la concezione illuministica della legge sarebbe assurdo quel principio a valore assoluto, principio il cui legame con la protezione dei diritti quesiti fu messo in rilievo da Savigny.<sup>73</sup> Il precedente romano di quel principio è espresso con totale chiarezza nell'importantissimo passo ciceroniano a proposito della legge Voconia ed altre, che appunto precede a quello che ho appena trascritto:

Cic. *II Verr.* 1, 42, 108

*In lege Voconia non est «FECIT FECERIT» neque in ulla praeteritum tempus reprehenditur nisi eius rei quae sua sponte tam scelerata et nefaria est ut, etiamsi lex non esset, magnopere vitanda fuerit. Atque in his ipsis rebus multa uidemus ita sancta esse legibus ut ante facta in iudicium non uocentur; Cornelia testamentaria, nummaria, ceterae complures, in quibus non ius aliquod nouum populo constituitur, sed sancitur ut, quod semper malum facinus fuerit, eius quaestio ad populum pertineat ex certo tempore.*<sup>74</sup>

Dunque tranne gli eccezionali casi di fatti particolarmente scelerati e spietati - e addirittura non tutti - per cui sarebbe stata applicabile una sorta di ultrattività della legge la norma sulla successione nel tempo delle leggi è quella dell'irretroattività.

In conclusione, l'irretroattività della legge Atinia è pure altra ragione che avalla la tesi dell'inesistenza di un divieto decemvirale di usucapire le cose rubate, dunque altrimenti che senso avrebbe avuto la promulgazione di una legge con la sola finalità di ripetere

<sup>73</sup> F. J. CASINOS, "Savigny e il diritto intertemporale", in *Index*, 28, 2000, p. 75 s. Per un trattamento più ampio sulla retroattività vedasi G. BROGGINI, "La retroattività della legge nella prospettiva romanistica", in *Coniectanea. Studi di diritto romano*, Milano 1966, p. 343 ss.; e sull'argomento in genere C. F. GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, 4 vol., 3 ed. riv. e acc., Torino 1891-1898.

<sup>74</sup> "Nella legge Voconia non c'è HA FATTO O FARÀ, e nessuna legge punisce un fatto passato, a meno che non si tratti di una cosa di per sè così scelerata ed empia, che si sarebbe dovuta con ogni sforzo evitare pure quando non esistesse alcuna legge che la punisse. Anche a proposito di queste stesse azioni, vediamo che molte prescrizioni legali non consentono di perseguire reati anteriori alla legge stessa; per esempio, la legge Cornelia sulla falsificazione dei testamenti e delle monete, nonchè tutte le numerose altre leggi in cui non si fissa alcuna norma che sia nuova per il popolo ma si stabilisce che è stata sempre ritenuta illecita a partire da una certa data soggetta a processo penale dinanzi al popolo".



una norma già esistente da secoli e di sancire per i furti quello che era stato già sancito? Sembra che l'attribuzione alla legge decemvirale del divieto di *rem furtivam usucapi* non è che un'anticipazione leggendaria, un 'procronismo' dell'interdizione stabilita dalla *lex Atinia*, dovuto chissà a una sorta di sciovinismo giuridico romano, ad una finalità di esaltare l'alto livello di civiltà raggiunto dal popolo romano sin dai tempi arcaici.

Kaser<sup>75</sup> anche rifiutò la doppia attribuzione del divieto di usucapire le cose rubate e formulò, a mio avviso, una molto interessante tesi: la *lex Atinia* stabilì con sicurezza quel divieto e quello stabilito dalla legge decemvirale non fu che un'*endoploratio* allo scopo di dare al furto pubblicità sufficiente in modo tale che si cercasse di accerchiare il ladro ed impedire così l'usucapione della cosa rubata. Questa disposizione decemvirale si sarebbe stata sostituita al divieto della *lex Atinia* e questa potrebbe essere stata la ragione che motivò la doppia attribuzione ad ambedue leggi del divieto di usucapire le cose rubate. Certamente il fatto che la legge decemvirale stabilisse un'*endoploratio* sembra in genere molto più adatta all'arcaico sistema giuridico decemvirale e in specie sembra una misura adatta ad un'aggregato umano ancora piccolo tale quello del V secolo a. C. e perciò assai fattibile, di quella sottile ed astratta soluzione giuridica di non consentire l'acquisto attraverso l'uso continuato della cosa, soluzione propria di un senso giuridico molto più accurato. Inoltre una precettiva *endoploratio* è più concorde con altri precetti di sicura attribuzione decemvirale tali 8, 13<sup>76</sup> e 8, 16<sup>77</sup> riguardanti il furto *ne manifestum*, cioè quel furto che potrebbe implicare un eventuale acquisto per usucapione e pure sarebbe una soluzione pari a quella prescritta per il *furtum manifestum*.

Comunque tanto se si considera reale il divieto decemvirale di usucapire le refurtive quanto se si considera che quel divieto fu stabilito dalla legge Atinia la teoria che vede nell'*auctoritas* il significato di assistenza od obbligazione di assistenza processuale del

<sup>75</sup> M. KASER, *Eigentum und Besitz*, 2. ed. con aggiunte, Köln-Graz 1956, p. 97 s.

<sup>76</sup> L. XII Tab. 8, 13: LUCI ... SI SE TELODEFENDIT, ... ENDOQUE PLORATO.

<sup>77</sup> L. XII Tab. 8, 16: SI ADORAT FURTO, QUOD NEC MANIFESTUM ERIT —, [DUPLIONE DAMNUM DECIDITO].

*mancipio dans* al *mancipio accipiens* non trova appoggio sufficiente nelle fonti.

Dopo la precedente ricerca queste sono in succinto le principali conclusioni a cui sono arrivato:

1. L'*auctoritas rerum* che si legge nei versetti decemvirali e nel tratto pervenuto della *lex Atinia* significava garanzia giuridica di qualsiasi situazione di potere su una cosa ritenuta legittima dalla comunità politica, sia *ex iure Quiritium* o meno in alcune fattispecie e relativa a qualsiasi tipo di cosa. Quella garanzia era opponibile *erga omnes* e implicava una protezione giurisdizionale.

2. L'*auctoritas rerum* era un'*auctoritas* senza *auctor*.

3. Il concetto dell'*auctoritas* decemvirale oltrepassava l'ambito della *mancipatio*.

4. La legge delle Dodici Tavole concesse l'*auctoritas* in due casi speciali in cui il beneficiario non poteva affermare un *suum esse ex iure Quiritium*: 1. A coloro che facessero un lecito *usus* dopo il trascorso di un termine, che era diverso a seconda della natura dei beni: due anni per i *fundi* e uno per le *ceterae res*; 2. Ai peregrini permanentemente dunque non potevano acquistare *ex iure Quiritium*.

5. L'interdizione dell'usucapione delle cose rubate fu stabilita con ogni probabilità soltanto dalla *lex Atinia*. Comunque pur considerando che quell'interdizione risalga alla legge decemvirale *auctoritas* avrebbe lo stesso significato succitato.