

PREMESSA

1. È certo che nel diritto romano le cose oggetto di furto fossero escluse dall'usucapione. Il divieto nelle fonti giuridiche di età classica viene solitamente attribuito alla *lex Atinia de rebus subreptis*¹, emanata nel II sec. a.C., sebbene non manchino testimonianze secondo le quali il suddetto divieto sarebbe già stato previsto dalla legislazione decemvirale. Alla *lex Atinia* sembra rimontare pure l'introduzione del principio della *reversio* in potestà, in base al quale i beni furtivi sarebbero stati nuovamente usucapibili in seguito al loro recupero da parte del derubato. Da questo punto di vista ampio si presenta il contributo offerto dalla giurisprudenza classica per l'elaborazione dei criteri necessari e sufficienti ad ottenere la purgazione del *vitium furtivitatis*, avendo cura di tenere distinta la sorte giuridica della *res furtiva* principale da quella del suo eventuale prodotto. Al contrario, le testimonianze in merito al rapporto tra le XII Tavole e la *lex Atinia* sono scarse e lacunose. La dottrina ha riservato al tema larga attenzione, soprattutto con riguardo all'interpretazione giuridica della *reversio*, ma attraverso contributi su specifici punti. Mentre, sono assenti ricostruzioni di carattere monografico dedicate alla legge nel suo complesso e al quadro storico in cui essa si inserisce, fatta eccezione per lo studio del Borgna², risalente al 1897. Il compito che ci siamo proposti è dunque innanzitutto di rivolgere uno sguardo organico alla materia delle *res furtivae*, anche per raggiungere l'obiettivo di prospettare l'ordine delle problematiche presenti in un'ottica meno frammentaria.

Il nostro lavoro si articola, quindi, secondo tre direttive, corrispondenti ad altrettanti capitoli (I, II e III), dedicati, rispettivamente, alla ricostruzione, per quanto possibile, del divieto di usucapione previsto nella *lex Atinia* e al suo rapporto con la più antica regolamentazione, allo studio del significato della *reversio* in potestà, e, infine, alle regole apprestate per i prodotti delle *res furtivae*.

¹ Non è da oggi che preferiamo parlare di '*lex Atinia de rebus subreptis*', piuttosto che di '*lex Atinia de furtis*' o '*de usucapione*', perché ci sembra che tale denominazione rifletta in maniera più fedele il dettato della legge come tramandato dalle fonti. Nello stesso senso già A. BERGER, *s.v. lex Atinia de rebus subreptis*, in *RE* XII, 2, 1925, 2331.

² G. BORGNA, *La 'lex Atinia'*, Tipografia del Corriere, Cagliari 1897.

Ma l'interesse per la condizione giuridica degli oggetti rubati nel diritto romano non si esaurisce qui. È infatti nostro convincimento che la ricostruzione storica del regime di dette cose possa, e in modo non trascurabile, fornire un prezioso supporto per lo studio di specifici istituti e regolamentazioni normative in tema di trasferimento dei beni nel diritto privato moderno e contemporaneo. Basterà, al riguardo, ricordare il dibattito, ancora oggi copioso, sull'interpretazione dell'art. 1153 c.c. e i numerosi tentativi dottrinari avanzati per collocare la norma nel solco della tradizione giuridica. Come vedremo meglio, il diritto civile di Roma non permette che la cosa furtiva possa, da parte di chicchessia, essere acquistata in proprietà attraverso l'usucapione: se si tiene presente che il concetto di *furtum*, ma ritorneremo spesso su questo punto, si estende ben oltre i confini della semplice sottrazione materiale di cosa mobile altrui, è evidente sin d'ora come sia stato elevato un vero e proprio argine alla libera circolazione dei beni.

L'art. 1153 si colloca al lato opposto: consente, infatti, l'acquisto immediato della proprietà sulla cosa mobile altrui all'atto dell'impossessamento fondato su un titolo – astrattamente – idoneo, ponendo come unico requisito la sussistenza della buona fede in capo all'acquirente, da desumersi fino a prova contraria (“Colui al quale sono alienati beni mobili da parte di chi non ne è proprietario, ne acquista la proprietà mediante il possesso, purché sia in buona fede al momento della consegna e sussista un titolo idoneo al trasferimento della proprietà”). Il legislatore ha così ignorato l'eccezione di cosa rubata, tanto che autorevole dottrina civilistica italiana, e non solo, non ha esitato, a più riprese, a condannare l'attuale redazione del 1153, considerandolo una norma eccessivamente permissiva. E ciò non tanto per l'acquirente mediato dal ladro, per il quale la regola “in fatto di mobili possesso vale titolo” non trova applicazione se non in presenza della sua buona fede o in assenza di sua colpa grave³, quanto per l'acquirente immediato dal ladro che, se convenuto in un giu-

³La buona fede deve sussistere al momento della consegna della cosa, in applicazione del principio per cui *mala fides superveniens non nocet*. Essa si riscontra non solo quando il compratore abbia ignorato che l'alienante non era proprietario, ma anche se credeva che l'alienante era legittimato a disporre del bene. Si ritiene diffusamente poi che la colpa grave ricorra anche ove l'acquirente abbia ommesso di impiegare la diligenza minima necessaria a percepire la lesione dell'altrui diritto. Decisiva in questo senso, Cass. civ., Sez. II, 14 settembre 1999, n. 9782, *MGI*. 1999: “Come è noto, il concetto di buona fede, di cui all'art. 1153 c.c., che determina l'acquisto della proprietà di beni mobili da parte dell'acquirente *a non domino*, per effetto del solo acquisto del possesso, corrisponde a quello dell'art. 1147 c.c. La buona fede rilevante per il diritto ha carattere psicologico e portata etica, per cui si concreta in un comportamento conforme ai criteri della normale diligenza e prudenza (Cass. 100/1964, 516/1966, 906/1980, 3971/1984). Essa pertanto non giova all'acquirente, se l'ignoranza di ledere l'altrui diritto dipende da colpa grave, questa essendo configurabile ogni qualvolta il possessore abbia ommesso di usare anche quel minimo di diligenza proprio delle persone avvedute, al fine di accertare la lesione del diritto di

dizio di rivendica, non può, salvo apparire un incauto o addirittura un ricettatore, indicare l'alienante e provare il fondamento del suo titolo⁴.

La questione si presenta singolarmente ardua soprattutto rispetto alla circolazione dei beni culturali rubati, stante l'ampia dizione del 1153. Già Luigi Mengoni, nel suo memorabile studio sugli acquisti *a non domino*⁵, aveva rilevato la necessità di limitare l'applicazione della norma ai soli casi in cui fosse evidente un interesse collettivo alla sicurezza e alla celerità della circolazione, cosa non ravvisabile per i beni culturali. Da questa angolazione si introdurrebbe una disciplina non troppo distante dall'Absatz 2 del § 935 BGB ove si fa salvo l'acquisto *a non domino* del denaro di provenienza furtiva. Tra gli altri numerosi autorevoli tentativi di sottrarre i beni culturali dalla previsione del 1153 merita almeno di essere ricordato quello di Stefano Rodotà, per cui detti beni si porrebbero come una sorta di *tertium genus* rispetto ai mobili e agli immobili⁶.

Alla insoddisfacente legislazione in materia si è cercato, in verità, di ovviare, in tempi relativamente recenti, dapprima attraverso l'emanazione del Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali (d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490) e poi, soprattutto, col "Codice dei beni culturali e del paesaggio" (d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42) che lo sostituisce pressoché integralmente⁷. Alla necessità, sempre per i beni culturali, imposta sin dal 1971 (art. 2 l. 20/11) di richiedere da parte degli acquirenti di detti beni gli attestati di autenticità e provenienza che ogni esercente di attività commerciale relativa ad opere e oggetti d'arte deve tenere se intende invocare la sua buona fede in sede processuale, si è aggiunta una massiccia previsione sanzionatoria, amministrativa, civile e penale. L'art. 89 del Codice 2004, disciplina compi-

terzi sulla cosa medesima, perché non *intelligere quod omnes intelligunt* costituisce errore inexcusabile che esclude la buona fede (Cass. 957/1962)".

⁴ Sul possesso *a non domino* e la ricettazione, M. FORNACIARI, *Il sottile confine tra possesso a non domino ex art. 1153 c.c. e la ricettazione ex art. 648 del c.p.*, in *Diritto civile e commerciale*, 10 luglio 2008.

⁵ *Gli acquisti a non domino*, ristampa della III edizione, Giuffrè, Milano 1994, 88.

⁶ Ma si vedano pure, M. COMPORI, *Per una diversa lettura dell'art. 1153 cod. civ. a tutela dei beni culturali*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni. Le ragioni del diritto*, Giuffrè, Milano 1995, 395 ss.; R. SACCO, R. CATERINA, *Il possesso*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Giuffrè, Milano 2000, spec. 453; M. CENINI, *Gli acquisti a non domino*, Giuffrè, Milano 2009; G. MAGRI, *La circolazione dei beni culturali nel diritto europeo: limiti e obblighi di restituzione*, ESI, Napoli 2011; ID., *Beni culturali e acquisto a non domino*, in *Riv. dir. civ.* 3, Cedam, Padova 2013, 741 ss.

⁷ Sul punto, S. SETTIS, *Battaglie senza eroi. I beni culturali tra istituzioni e profitto*, Giuffrè, Milano 2005; M.A. SANDULLI, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Giuffrè, Milano 2006; M. CAMMELLI (a cura di), *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio: commento al d.lgs. 22 gennaio 2004 n. 42*, Il Mulino, Bologna 2007; M. TOCCL, *Il regime giuridico dei beni culturali di interesse religioso*, Pacini Giuridica, Pisa 2017.

tamente l'esecuzione di ricerche archeologiche e delle opere per il ritrovamento dei beni culturali da parte di privati, prevedendo diverse fattispecie penali all'art.175, in materia di ricerche archeologiche, e punendo, art.176, a titolo di delitto, ogni attività di impossessamento illecito di beni culturali appartenenti allo stato. Sotto quest'ultimo profilo, la giurisprudenza ha riconosciuto che la prova della conoscenza della provenienza illecita della cosa può desumersi anche in base a sospetti (Cass. 20 novembre 1989, Sinia, in *Riv. Pen.* 1991; Cass. 24 gennaio 1990, Corsi, *ibid.* 329; Cass. 22 maggio 1990, Favero, *ibid.* 817). Inoltre, per la configurazione del reato di incauto acquisto la Cassazione (28 ottobre 1986, Battaglia, in *Riv. Pen.* 1987, 1113) ha ritenuto sufficiente l'omesso accertamento circa la legittima provenienza del bene⁸.

Con il nuovo Codice si punisce l'alienazione senza autorizzazione ministeriale di beni culturali immobili, appartenenti al demanio culturale, allo stato, alle regioni e agli altri enti pubblici territoriali, di beni culturali appartenenti ad altri enti pubblici o a persone giuridiche private senza fini di lucro, nonché la vendita parziale di collezioni o serie di oggetti e di raccolte librerie da parte di tali soggetti. Ogni atto traslativo di proprietà o detenzione di beni culturali deve essere seguito dalla denuncia al Ministero, entro 30 giorni dal trasferimento, previa sanzione penale. Nel caso, infine, di trasferimento all'estero o di mancato rientro alla scadenza del termine indicato nell'autorizzazione, si prevede la reclusione da uno a quattro anni o la multa da 258 a 5.165 euro. E già a livello internazionale, il regolamento n. 3911792 CEE del 1 dicembre 1992 e la Direttiva 1993/7 CEE del 15 marzo 1993, avevano sensibilmente portato in auge il problema dell'esportazione dei beni culturali, nonché quello della restituzione di tali beni illecitamente usciti da uno stato membro. Proprio in materia di restituzione segnaliamo in particolare la convenzione UNIDROIT del 24 giugno 1995, purtroppo non uniformemente recepita, che all'art. 3, paragrafo 1, dispone: "The possessor of a cultural object which has been stolen shall return it". Per la restituzione si deve dare prova del furto, né l'eventuale buona fede può esonerare da tale obbligo; nel caso di bene trasferito all'estero il possessore avrà tuttavia il diritto ad un equo indennizzo (art. 4, paragrafo 1)⁹.

⁸ Va ricordato come la nozione di mala fede a fini penalistici non coincida con quella del diritto civile. Così precisa Cass. pen., Sez. II, 18 marzo 2008, n. 12445: "Ogni qual volta sorga una controversia sulla proprietà della «cosa» il giudice penale al quale venga richiesta la restituzione della cosa sequestrata, anche dopo aver accertato la buona fede dell'indagato, ha l'obbligo di rimettere gli atti al giudice civile per la decisione della controversia mantenendo il sequestro; infatti una cosa è la buona fede ai fini penalistici, altra è la nozione di buona fede nel diritto civile, in quanto la prima se è idonea ad escludere la sussistenza di reati, potrebbe non essere sufficiente per acquisire la proprietà del bene mediante il possesso (Cass., Sez. II, sent. n. 10871 del 1 marzo 2005, dep. 18 marzo 2005)".

⁹ Alcune modifiche rilevanti sono state apportate al Codice dei beni culturali dal d.lgs. 26

In tempi relativamente recenti è stato perfezionato il sistema informatico Schengen che consente l'arresto di un ricercato segnalato presso uno stato membro anche all'interno di un altro stato membro (art. 11). Tuttavia, ampia responsabilità spetta all'autorità giurisdizionale che in alcuni paesi ha adottato una linea che si potrebbe tradurre con la formula inglese 'turn a blind eye', cioè una sorta di consapevole sottovalutazione di comportamenti illeciti anche in ragione del fatto che i soggetti coinvolti spesso sono musei importanti o facoltosi collezionisti d'arte. Non infrequente è anche il fenomeno della rinuncia da parte degli stati interessati alla rivendica del bene in quanto eccessivamente onerosa: specie in Gran Bretagna l'onorario di un avvocato in simili azioni raggiunge cifre che rendono quasi più conveniente intraprendere una nuova campagna di scavi¹⁰.

2. L'unicità dell'art. 1153 risulta tanto più sorprendente qualora si provi a gettare un se pur fugace sguardo agli ordinamenti successivi a quello romano.

Nell'antico ordinamento germanico fondato su una sostanziale indifferenziazione tra proprietà e possesso, è accordata tutela al rapporto di signoria materiale che lega un soggetto ad un oggetto, la *Gewere*. La violazione di quest'ultima, pertanto, può riguardare anche il semplice detentore che, al pari del proprietario, può esercitare una sorta di rivendica mobiliare.

Col rinascimento del diritto romano si assiste ad una non del tutto limpida combinazione tra i principii germanici e quelli romani: sebbene non venga accolto l'ampio concetto romano di furto, il possessore ottiene un'azione di restituzione reipersecutoria, *deutschrechtliche Fahrnisklage*, sia contro il ladro, sia contro i terzi aventi causa da lui¹¹. Nel caso, poi, di alienazione da parte del detentore ad un terzo, elusa la *macula furti*, costui gode di un'immediata

marzo 2008, n. 62 e dal d.lgs. 26 marzo 2008, n. 63, ai sensi dei quali per talune categorie di beni se ne è disposta l'inalienabilità, l'inalienabilità previa autorizzazione e la soggezione a prelazione.

¹⁰Recentissimamente, va rilevato, la Germania ha adottato un severo regime di protezione del patrimonio artistico nazionale. Fino ad oggi era necessario richiedere un permesso di esportazione per la fuoriuscita di opere in paesi extra Unione europea, permesso che secondo la nuova normativa dovrà richiedersi pure per l'esportazione in paesi della UE di dipinti di valore superiore a 300.000 euro e con una data di 'nascita' antecedente ai 75 anni. Fuori dell'Unione sarà necessario un permesso per esportare le opere che hanno più di 50 anni e un valore superiore ai 150.000 euro. Secondo la ministra della cultura Monika Grütters "con la nuova legge sulla protezione culturale, la Germania, infine, riconosce – con decenni di ritardo – gli standard di Unesco ed europei, che sono applicati in quasi tutti i paesi europei". In base alla recente definizione legislativa, poi, beni culturali sarebbero tutte le opere che "rappresentano un'identità per la cultura della Germania" e la cui mancanza determinerebbe, per il paese, una significativa perdita.

¹¹Su cui, si veda, T. MÜLLER, *Besitzschutz in Europa*, Mohr Siebeck, Tübingen 2010, spec. 89 ss.

tutela, subordinata ai requisiti del *guter Titel* e della *guter Glaube*.

Ma mentre taluni statuti, come quello di Lubeca, riconoscono al proprietario, in ciò limitando l'iusucapibilità della cosa presso il terzo, un'azione di restituzione esercitabile subordinatamente ad un indennizzo commisurato al prezzo pagato dal convenuto per l'acquisto o alla somma mutuata contro *datio pignoris*, c.d. Lösungsrecht, altri statuti ribadiscono la pienezza di tutela del terzo possessore con giusto titolo e buona fede, almeno nei casi di dazione di cosa in comodato o pegno.

Nella tradizione giuridica francese l'antico modello consuetudinario che ammette la rivendicabilità contro il possessore per i casi di furto, rapina o smarrimento viene limitato dalla purgazione del vizio quando la cosa sia stata acquistata in pubblici mercati o fiere: in queste ipotesi si ammette la rivendica nei confronti del possessore di buona fede solo dietro rimborso del prezzo pagato.

Anche negli statuti italiani dei secoli XIV, XV e XVI si riconosce la rivendicabilità presso il possessore di buona fede, salvo l'indennizzo del prezzo quando l'acquisto sia stato effettuato in luoghi di pubblica vendita.

Il codice civile italiano del 1865, ispirato al codice Napoleone, stabilisce agli artt. 708 e 2146 che, in caso di furto o smarrimento, il derubato o lo smarritore può rivendicare la cosa anche presso il possessore di buona fede, entro lo spazio di due anni, termine ridotto rispetto a quello triennale adottato dal codice francese per assonanza con l'usucapione triennale del diritto giustiniano. Ma ritorna il limite alla rivendicabilità rappresentato dal dovere di rimborsare il possessore che abbia acquistato in una fiera, in un mercato, in occasione di una vendita pubblica o da un "commerciante che faccia pubblico spaccio di simili oggetti".

Il legislatore del 1942 adotta, pertanto, una soluzione radicale, lontana anche da tutti quegli ordinamenti che, sebbene volti progressivamente a privilegiare la sicurezza dinamica dei diritti, assorbono dall'esperienza giuridica romana l'esigenza di arginare l'illegittima circolazione dei beni, nell'ottica di una nuova giustizia distributiva. Al contrario, la necessità di una "larga e fiduciosa circolazione delle cose mobili"¹² sostenuta quale fondamento dell'art. 1153, in

¹² Relazione del Ministro Guardasigilli D. Grandi al Codice civile del 1942: "Degli effetti del possesso. 543. Nell'art. 1153 del c.c. è mantenuto il principio che si suole esprimere con la massima «il possesso vale titolo». Colui al quale sono alienati beni mobili da chi non ne è proprietario ne acquista la proprietà mediante il possesso, qualora sia in buona fede al momento della consegna e sussista un titolo astrattamente idoneo al trasferimento della proprietà. Se la buona fede si estende all'inesistenza di diritti altrui sulla cosa, la proprietà si acquista libera da tali diritti; e, dato, che il possesso e il negozio di acquisto possono riferirsi così alla proprietà come ad altro diritto reale, nello stesso modo della proprietà si acquistano i diritti di usufrutto, di uso e di pegno. L'innovazione fondamentale concerne l'abolizione, già operata nel progetto della

assenza di qualsivoglia limitazione o correttivo, concretamente efficace, rappresenta un passo ulteriore che la stessa tradizione giuridica, a partire da quella romana, non sembra avere autorizzato.

Non apparirà, in ultima analisi, superfluo neppure ricordare come l'identità di discipline per le cose rubate e quelle smarrite su cui taluni ordinamenti del passato insistono, trovi senz'altro, sebbene in modo tutt'affatto particolare, larga accoglienza nel diritto di Roma. E ciò non nel senso che sia mai stata approntata per le cose smarrite una autonoma ed univoca regolamentazione, ma in quanto se ne tratta come beni assimilabili alle *res furtivae*, laddove ne risulti l'involontaria perdita da parte del proprietario e la loro conseguente apprensione da parte di un soggetto in mala fede. Diversamente, ipotesi di cosa smarrita ma trovata da un soggetto in buona fede, le fonti classiche attestano l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale tra chi consente l'usucapione sulla base di una *possessio pro suo*, nei limiti in cui il proprietario, *medio tempore*, non rivendichi il bene, dando prova della mancata *derelictio* e chi, invece, la nega ritenendo la *possessio pro suo* sorretta dalla *bona fides* inidonea di per sé, a prescindere, cioè, dalla causa sottostante, a giustificare l'acquisto del dominio.

Ne consegue una disciplina per la circolazione dei beni che, pur considerando le esigenze della tutela del possesso – attraverso l'introduzione dell'azione Publiciana che permette all'acquirente di buona fede di 'rivendicare' il bene di cui sia stato spossessato, anche nei confronti del proprietario – impedisce l'acquisto in proprietà quando l'oggetto del contratto derivi da furto o da spossessamento violento. L'attuale regolamentazione del nostro codice civile, in materia di acquisti *a non domino*, si colloca, in conclusione, in modo singo-

Commissione Reale, della distinzione tra perdita volontaria e perdita involontaria del possesso, accolta nel codice del 1865, il quale, com'è noto, trattandosi di cose rubate o smarrite, ne ammetteva a favore del proprietario o possessore la ripetizione entro il biennio dal furto o dallo smarrimento (articoli 708, 700 e 2146). Un attento esame del problema mi ha convinto dell'inopportunità di siffatta distinzione, contraria alle esigenze di una larga e fiduciosa circolazione delle cose mobili. Invano si cerca di rinvenirne a giustificazione nell'imprudenza che normalmente sarebbe imputabile a colui che affida ad altri la cosa propria, la quale viene poi dal consegnatario indebitamente alienata. A prescindere dall'infondatezza di tale presunzione, è innegabile che anche la perdita involontaria può benissimo dipendere da negligenza dello spogliato. Né più persuasiva è la giustificazione che vuol rinvenirsi in una pretesa assunzione del rischio – che, per altro, non risulta in alcun modo dimostrata – da parte di chi affida. La distinzione inoltre, in quanto conduce ad ammettere la rivendicazione nei casi di furto e di smarrimento e a negarla nelle ipotesi di appropriazione indebita e di truffa, non appare soddisfacente dal punto di vista razionale. Se poi si estendesse la rivendicabilità alle cose sottratte con il concorso della volontà stessa dello spogliato, il campo di applicazione della massima «possesso vale titolo» verrebbe a restringersi in tal guisa che i casi compresi nell'eccezione prevarrebbero su quelli a cui si applicherebbe la regola. È da considerare infine che la distinzione era già stata dal codice di commercio (art. 57) soppressa per i titoli al portatore”.

larissimo nella storia del diritto privato; vero è, altresì, che la disciplina prevista dal diritto civile di Roma per i beni furtivi, e nelle pagine che seguiranno cercheremo di darne adeguata dimostrazione, rappresenta una esperienza giuridica parimenti unica, giustificata da precise ragioni storiche, giuridiche e sociali, disegnata, fino ad un certo punto, nell'opposta prospettiva della protezione della tradizionale proprietà privata.

CAPITOLO PRIMO

L'ÆTERNA AUCTORITAS. RAPPORTO TRA LA LEX ATINIA E LE XII TAVOLE

Sommario: 1. Il significato di aeterna auctoritas nella lex Atinia. – 2. Il presumibile dettato della lex Atinia e la sua applicazione ai beni sottratti clam. – 3. La datazione della lex Atinia e il problema della retroattività. – 4. Il divieto di usucapire le res subreptae nel quadro degli avvenimenti politici ed economici del II sec. a.C.

1. Il significato di aeterna auctoritas nella lex Atinia

Le fonti in grado di gettare luce sul divieto di usucapione delle *res furtivae* sono, come si diceva¹, scarse ed equivoche: soprattutto non è chiaro se esso sia stato introdotto dalla legge Atinia ovvero dalla legge delle XII Tavole. –

La testimonianza da cui occorre prendere le mosse è quella di Gellio, N. A. 17.7:

Legis veteris Atiniae verba sunt: 'Quod subruptum erit, eius rei aeterna auctoritas esto'. Quis aliud putet in hisce verbis quam de tempore tantum futuro legem loqui? Sed Q. Scaevola patrem suum et Brutum et Manilium, viros adprime doctos, quaesisse ait dubitasseque, utrumne in post facta furta lex valeret an etiam in ante facta: quoniam 'subruptum erit' utrumque tempus videretur ostendere, tam praeteritum quam futurum. Itaque P. Nigidius, civitatis Romanae doctissimus, super dubitatione hac eorum scripsit in tertio vicesimo grammaticorum commentariorum. Atque ipse quoque idem putat incertam esse temporis demonstrationem, sed anguste perquam et obscure disserit, ut signa rerum ponere videas ad subsidium magis memoriae suae quam ad legentium disciplinam. Videbatur tamen hoc dicere suum verbum et 'est' 'esse' et 'erit': quando per sese ponuntur, habent atque retinens tempus suum: cum vero praeterito iuguntur, vim temporis sui amittunt et in praeteritum contendunt. Cum enim dico 'in campo est' et 'in comitio est', tempus istans significo; item cum dico 'in campo erit', tempus futu-

¹ Lo abbiamo rilevato nella Premessa.

rum demonstro; at cum dico: 'factum est', 'scriptum est', 'subruptum est', quamquam 'est' verbum temporis est praesentis, confunditur tamen cum praeterito et praesens esse desinit. 'Sic igitur' inquit etiam istud, quod in lege est: si dividas separeque duo verba haec 'subruptum' et 'erit', ut sic audias 'subruptum <erit>' tamquam 'certamen erit', aut 'sacrificium erit', tum videbitur lex in postfuturum loqui: si vero copulatae permixteque dictum intellegas, ut 'subruptum erit' non duo, sed unum verbum sit idque unitum patiendi declinatione sit, tum hoc verbo non minus praeteritum tempus ostenditur quam futurum'².

L'antiquario ci informa che Publio Mucio Scevola, Bruto e Manilio avevano discusso sulla formula ambigua della legge, *subruptum erit*, e si erano chiesti se essa andasse interpretata nel senso di riferirsi ai furti commessi solo al-

²La testimonianza gelliana è importante anche per determinare l'epoca di emanazione della *lex Atinia*: infatti, la notizia ivi riferita secondo la quale essa fu oggetto di una discussione sulla sua portata retroattiva, da parte di Bruto, Manilio e Scevola, suggerisce di collocarla in epoca repubblicana, e più precisamente, nel II sec. a.C. Sul punto, E. GANDOLFO, *La "reversio ad dominum" delle cose furtive (Studi sulla lex Atinia)*, in AG 35, 1885, 165; G. BORGNA, *op. cit.*, 6 ss.; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* 2.1, Veit & Comp., Leipzig 1901, 407; G. ROTONDI, *Leges publicae populi romani. Elenco cronologico con una introduzione sull'attività legislativa dei comizi romani*. Estr. dalla Enc. Giur. Ital., Soc. ed. libraria, Milano 1912, 291; P. HUVELIN, *Études sur le "furtum" dans le très ancien droit romain. Les sources*, in *Annales de l'Université de Lyon. Nouvelle série, II. Droit, Lettres*, fasc. 29, A. Rey, Lyon 1915, 255 ss.; A. BERGER, *s.v. 'Lex Atinia de rebus subreptis'*, *cit.*; B. KÜBLER, *Geschichte des Römischen Rechts. Ein Lehrbuch*, A. Deichertsche Verlagsbuchhandlung Werner Schroll, Leipzig-Erlangen 1925; M. KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Köln-Graz, Böhlau-Verlag 1956, 95; H. NIEDERLÄNDER, *Die Entwicklung des furtum und seine etymologischen Ableitungen*, in ZSS 67, 1950, 189; P. VOICI, *Modi di acquisto della proprietà*, Giuffrè, Milano 1952, spec. 164 ss.; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Edizioni Ricerche, Roma 1961, 347; Th. MAYER-MALY, *Studien zur Frühgeschichte der 'usucapio' III*, in ZSS 79, 1962, 100 ss.; R. YARON, *Reflections on usucapio*, in TJ (RHD; *The Legal History Review*) R, 35, 1967, 216 s.; A.M. PRICHARD, *Early 'Usucapio'*, in LQR 15, 1974, spec. 234 ss.; P. STEIN, *Lex Atinia*, in *Athenaeum* 72, 1984, 596 ss.; M. KASER, *Altrömisches Eigentum und 'usucapio'*, in ZSS 105, 1988, 138; M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Laterza, Roma-Bari 1988, 246 (per il quale la legge fu con certezza emanata poco prima della discussione); M. FRUNZIO GIANCOLI, *La "lex Atinia de rebus subreptis": un'ipotesi sulla datazione*, in LABEO 43, 1997, 259 ss.; B. ALBANESE, *Usus auctoritas fundi in XII tab. 6.3 secondo le testimonianze di Cicerone*, in AUPA 45.1, 1998, 24 nt. 40; P. BÉLOVSKÝ, *Usucapio of stolen things and slave children*, in RIDA 49, 2002, 59 nt. 6 (l'Autore, inavvertitamente, fraintende le nostre conclusioni: non abbiamo individuato la data della *lex Atinia* nel 131, ma nel 149); M.A. FENOCCHIO, *Sulle tracce del delitto di furtum. Genesi sviluppi vicende*, Jovene, Napoli 2008, 301 e nt. 5; A. CALZADA, *A propósito de la retroactividad de la Lex Atinia de rebus subreptis*, in RIDA 57, 2010, 75 ss. Cfr., inoltre, M.H. CRAWFORD (a cura di), *Roman statutes 2, Bulletin of the Institute of Classical Studies Supplement* 64, Institute of Classical Studies, University of London, 1996, 619 s.

V. GIUFFRÈ, *La traccia di Quinto Mucio. Saggio su 'ius civile'/'ius honorarium'*, Jovene, Napoli 1993, 14 nt. 4 colloca la nostra legge nel I secolo a.C., dimostrando di non dare peso alla discussione. Ritorniamo sul punto più avanti nel corso della presente ricerca.