

I frutti caduti nel fondo e le bestie al pascolo. Un'analisi giurisprudenziale sulle azioni esperibili

I. Casi affini e soluzioni non coincidenti

Uno scenario agro-pastorale di boschi, animali selvatici, ghiande, fa da sfondo a talune problematiche di regolamentazione dei rapporti fra proprietari confinanti, offrendo una casistica rispetto alla quale, ancora una volta, la giurisprudenza è sollecitata a cercare le vie processuali praticabili. Si concentrerà qui l'attenzione su due frammenti significativi estrapolati da quel contesto di «economia della selva»¹, che impongono una lettura abbinata e che hanno suscitato interrogativi circa la loro complementarietà o difformità. Si tratta di D. 19.5.14.3 (Ulp. 41 *ad Sab.*) e D. 10.4.9.1 (Ulp. 24 *ad ed.*). Attraverso una loro disamina incrociata, si proverà a cogliere, 'al netto' dei dubbi ricostruttivi, una linea di ragionamento giurisprudenziale – e la dialettica ivi sottesa –, circa l'individuazione delle azioni esperibili in una fattispecie particolare, affrontata da entrambi i passi.

Prendiamo le mosse da:

D. 19.5.14.3 (Ulp. 41 *ad Sab.*), L. Aristo 24; Ulp. 2867: *Si glans ex arbore tua in meum fundum cadat eamque ego immisso pecore depascam: Aristo scribit non sibi occurrere legitimam actionem, qua experiri possim: nam neque ex lege duodecim tabularum de pastu pecoris (quia non in tuo pascitur) neque de pauperie neque de damni iniuriae agi posse: in factum itaque erit agendum.*

Il caso prospettato è quello di un privato che, avendo fatto pascolare il bestiame sul proprio fondo dove erano cadute le ghiande del vicino², domandava

¹ Di «economia della selva» parla E. Stolfi, *Studi sui 'Libri ad edictum' di Pomponio II. Contesti e pensiero*, Milano 2001, 521 s., il quale ne individua «squarci» significativi, ove il peculiare rapporto che si instaura fra l'uomo e la terra e le problematiche legate allo sfruttamento del patrimonio boschivo, all'utilizzo di piante e animali, alla coltivazione in un ambiente duro e selvatico, all'alimentazione del bestiame, costituivano l'oggetto di un'attenzione tutt'altro che marginale della giurisprudenza, come dimostrano in particolare alcune testimonianze pomponiane riconducibili all'*Ad edictum*.

² Non è dato sapere se il termine *glans* indichi specificamente il frutto della quercia, alimento principale dei suini, oppure se includa anche altri frutti con guscio legnoso derivanti da piante selvatiche, secondo un'accezione più lata che comporterebbe un ampliamento dell'ambito di applicazione della norma. In quest'ultimo senso le due definizioni che si ricavano da D. 50.16.236.1 (Gai. 4 *ad leg. duod. tab.*): '*Glandis' appellatione omnis fructus continetur, ut Iavolenus ait, exemplo Graeci sermonis, apud quos omnes arborum species ἀκρόδρνα appellantur*; e da D. 43.28.1.1 (Ulp. 71 *ad ed.*): '*Glandis nomine omnes fructus continetur*. In proposito, limpide le considerazioni di

con quale azione sarebbe stato convenuto in giudizio a rispondere del danno procurato. Aristone, interpellato al riguardo, escludeva che ciò potesse avvenire con delle azioni ‘legittime’, pur attinenti col caso, ma prive dei presupposti per l’esperibilità. E cioè: non con l’*actio de pastu pecoris* (XII Tav. 8.7)³, perché il fondo in cui pascolavano le bestie era il proprio; non con l’*actio de pauperie* (XII Tav. 8.6)⁴, e neppure con l’*actio damni iniuriae*, fondata sulla *lex Aquilia*⁵.

Stolfi, *Studi* II cit. 523 s.: posto che le ghiande costituivano altresì alimento per i buoi (Colum., *De re rust.*, 6.3.5), potrebbe derivarne che il termine *pecus*, usato in D. 19.5.14.3, alludesse in genere al bestiame, ivi compresi bovini e suini, e non alle pecore, che non sembra si nutrissero di ghiande e che, anzi, andavano condotte in luoghi erbosi e privi di spine in modo da salvaguardare il loro prezioso manto di lana (Colum., *De re rust.* 7.3.9-10 e 7.4.4). Pur potendosi dunque ammettere questa valenza generale, lo studioso propende per una lettura restrittiva del vocabolo *pecus* nel contesto del passo in esame, indicante cioè le capre, maggiormente consone ad un ambiente naturale dove predominano gli alberi e il rovo, anziché il prato, e che invece si nutrono di ghiande (Colum., *De re rust.* 7.6.5), frutto delle querce. Non vi concorda M.F. Cursi, *I rapporti di vicinato*, in M.F. Cursi (a c. di), *XII Tabulae I. Testo e Commento*, Napoli 2018, 422 nt. 105, che ritiene ampia la categoria delle *glandes*, da considerare frutti ricoperti da una crosta dura, idonei a soddisfare i gusti di diverse greggi di animali, non solo capre. Il tentativo di chiarire il significato di *glans* e di *pecus* potrebbe, in una certa misura, risultare utile alla dimostrazione della sussistenza o insussistenza del dolo. Se per *pecus* si intendesse il gregge di pecore e per *glandes* le ghiande in senso stretto, poiché le pecore non si nutrono di ghiande, potrebbe difficilmente essere dimostrato il carattere doloso dell’immissione del gregge nel fondo. Sarebbe presumibilmente diverso se a *pecus* e a *glans* si attribuissero i significati più lati di bestiame e di frutto. Dal mio punto di vista, tuttavia, nel frammento non si rinvergono indizi particolari che lascino pensare al dolo del *dominus fundi*.

³ S. Riccobono, *Fira I. Leges*, Firenze 1968, 55, ricollega a Tav. 8.7 l’*actio de pastu pecoris* menzionata dal passo. In proposito, M.A. Fenocchio, *Sulle tracce del delitto di furtum. Genesi, sviluppi, vicende*, Napoli 2008, 67 nt. 115, osserva che forse Aristone, quando impostava la sua riflessione sul caso delle ghiande cadute dagli alberi del fondo del vicino, aveva presente Tav. 7.10, dove si consentiva la raccolta delle ghiande cadute sul fondo altrui. Tale norma è ricavabile da Plin. *Nat Hist.* 16.5.15: *Cautum est praeterea lege XII tabularum, ut glandem in alienum fundum procidentem licet colligere*. Avanza dubbi circa l’esistenza di questa norma e l’attendibilità della testimonianza di Plinio, M.H. Crawford, *Roman Statutes II*, London 1996, 681 s. Secondo Cursi, *I rapporti di vicinato* cit. 441, tali dubbi sono causati dalla «difficoltà di conciliare il diritto a raccogliere i propri frutti nel fondo del vicino con le attestazioni ulpianee relative all’incerto strumento di tutela concesso nell’ipotesi i cui i frutti caduti sul fondo altrui siano stati mangiati dal gregge del proprietario di quest’ultimo fondo».

⁴ Presumibilmente la ragione è che l’animale non aveva avuto un comportamento né istigato dal padrone, né *contra naturam*, come si ricava da D. 9.1.1.6-7 (Ulp. 18 *ad ed.*): *Sed et si instigatu alterius fera damnum dederit, cessabit haec actio. 7. Et generaliter haec actio locum habet, quotiens contra naturam fera mota pauperiem dedit: ideoque si equus dolore concitatus calce petierit, cessare istam actionem, sed eum qui equum percusserit aut vulneraverit, in factum magis quam lege Aquilia teneri, utique ideo, quia non ipse suo corpore damnum dedit. at si cum equum permulisset quis vel palpatu esset, calce eum percusserit, erit actioni locus*.

⁵ Nella logica del *damnum iniuria datum*, la motivazione doveva essere l’assenza di un danneggiamento realizzato *corpore* dal *dominus*.

Pertanto, a colui che avesse inteso agire, il pretore avrebbe potuto concedere un'azione basata sulla descrizione del fatto.

Ulpiano riferisce questa fattispecie nel libro quarantunesimo del commentario *Ad Sabinum* nell'ambito del titolo *De furtis*, come indica la palingenesi leneliana. Vi riporta il parere di Aristone introducendolo con la proposizione *Aristo scribit*, piuttosto suggestiva nel senso di una lettura diretta, sebbene non probante di per sé sola. Le parole, plausibilmente proprio di Aristone, dimostrano una perfetta conoscenza da parte del giurista di tutto il sostrato legislativo più risalente⁶, dalle XII Tavole alla *lex Aquilia*, e nel contempo anche la padronanza degli strumenti edittali: in quest'ottica va letto anche il riferimento conclusivo alla necessità di ricorrere ad un'*actio in factum*, probabilmente *ad exemplum legis Aquiliae*⁷. Tuttavia, occorre fare ulteriori osservazioni dettate dalla totale assenza di richiami al furto e alla relativa azione, che

⁶ Plinio il giovane, tra le numerose qualità che riconosce all'amico Aristone, ne rimarca la spiccata consapevolezza storica: *ep.* 1.22.2: *Quantum rerum, quantum exemplorum, quantum antiquitatis tenet! [...] Peraltro, non sono pochi i passi dai quali emerge la conoscenza di precedenti controversie giurisprudenziali intorno a casi particolari e il vivo interesse per i dati storici e, assieme, semantici, finalizzati alla comprensione e alla soluzione di problemi giuridici. Oltre al passo qui in esame, alcuni esempi significativi si reperiscono in: D. 33.9.3. 1-2,11 (Ulp. 22 *ad Sab.*), L. 48; D. 40.7.29.1 (Pomp. 18 *ad Q. Muc.*), L. 67; D. 8.5.8.5 (Ulp. 17 *ad ed.*), L. 14; Gell. 11.18.16; D. 35.2.1.9 (Paul. *lib. sing ad l. Falc.*), L. 51.*

⁷ Nel senso dell'estensione della tutela aquiliana mediante *actiones in factum* (non invece *utiles*), B. Albanese, *Studi sulla legge Aquilia*, in *AUPA*. 21, 1950, 78 s. Sulla medesima linea M. Marrone, *Actio ad exhibendum*, Palermo 1958, 298 nt. 35, certo che si trattasse di un'*actio in factum ad exemplum legis Aquiliae*. Si rimanda alle indicazioni bibliografiche dell'autore circa il richiamo all'*actio in factum*, per qualcuno identificabile con l'*actio ad exhibendum*, per altri da sopprimere. Per J. Burillo, *Contribuciones al estudio de la 'actio ad exhibendum' en derecho clásico*, in *SDHI*. 26, 1960, 200, essa è la medesima *actio ad exhibendum* di cui parla Pomponio in D. 10.4.9.1 (di cui *infra*). Se si accordasse credito a tale lettura, se ne dovrebbe inferire che Aristone aveva espresso la medesima soluzione di Pomponio in D. 10.4.9.1. Piuttosto, Stolfi, *Studi* II cit. 527 nt. 18, vi vedrebbe «il rimedio estremo di un'azione pretoria con *intentio in factum concepta*, oppure un'*actio in factum ad exemplum legis Aquiliae*», come Albanese e Marrone. Rileva, inoltre, che l'espressione finale *in factum itaque erit agendum*, non essendo retta da *Aristo scribit*, porrebbe il problema della attribuità ad Aristone stesso del richiamo all'*actio in factum* o non, piuttosto, ad Ulpiano. Vi si rimanda per le indicazioni delle diverse posizioni assunte in dottrina sul punto. Invece, M.F. Cursi, *Gli illeciti privati*, in M. F. Cursi (a c. di), *XII Tabulae II. Testo e Commento*, Napoli 2018, 616 nt. 348, avanza delle perplessità in merito all'ambito di applicazione dell'*actio in factum legis Aquiliae*, normalmente relativo a un danno al patrimonio del *dominus* senza la distruzione fisica del bene, mentre nel caso specifico i frutti sono andati distrutti (a meno che non si ritenga che si tratti di consumazione dei frutti secondo la loro naturale destinazione). L'altro dubbio concerne l'assenza di qualsivoglia indizio di dolo o colpa del vicino. Pertanto, la studiosa ritiene più probabile che Aristone alludesse a un'azione decretale concessa per la peculiarità del caso concreto. Aggiunge che non vi sono elementi per stabilire se si trattasse di un'azione civile o pretoria.

al contrario ci si aspetterebbe alla luce della collocazione ulpiana del passo.

Per ricostruire il contesto entro cui Aristone era chiamato ad esprimersi, risulta utile leggere anche il paragrafo precedente:

D. 19.5.14.2 (Ulp. 41 *ad Sab.*), L. 2867: *Sed et si calicem argenteum quis alienum in profundum abiecerit damni dandi causa, non lucri faciendi*⁸, Pomponius libro septimo⁹ decimo *ad Sabinum scripsit neque furti neque damni iniuriae actionem esse, in factum tamen agendum.*

Ulpiano, nel trattare alcune situazioni particolari che prevedono il ricorso ad *actiones in factum*, riportava il parere pomponiano estrapolandolo dal diciassettesimo libro *ad Sabinum* (o forse diciottesimo?), dove il giurista antonino esponeva il caso di un soggetto che aveva gettato in un abisso un calice d'argento altrui per arrecargli un danno e non per conseguire un lucro (*damni dandi causa, non lucri faciendi*). In ragione di ciò, escludeva apertamente che potesse avere luogo un'azione di furto e neppure un'azione per danneggiamento ingiusto – non essendovi stato nè l'intento di conseguire un lucro¹⁰, nè la distruzione materiale –, ammettendo invece la concessione di un'*actio in factum*. Tale schema di ragionamento si ripropone nel seguente § 3, contenente la fattispecie dei frutti altrui caduti nel proprio fondo e del pascolo del proprio gregge, rispetto alla quale Aristone, premessa la non esperibilità di tre azioni contemplate dal *ius civile legitimum*, addiuvine alla conclusione della concessione da parte del pretore appunto di un'*actio in factum*.

È noto che in età postdecemvirale molte ipotesi di danneggiamento doloso di cose altrui rientravano nel delitto di furto. Nel III sec a.C. la *lex Aquilia* intervenne a regolamentare tali ipotesi in modo specifico, determinando un processo di graduale restrizione della nozione di *furtum*¹¹ e delle ipotesi di concessione

⁸ L'espressione *non lucri faciendi* era interpolata secondo P. Huvelin, *L'animus lucri faciendi dans la théorie romaine du vol*, in *NRH.* 42, 1918, 84, il quale riteneva che l'*animus lucri faciendi* non fosse elemento essenziale del furto. Vi concordava E. Albertario, *Rec. a Huvelin, L'animus lucri faciendi* cit. in *BIDR.* 33, 1923, 261 ss.

⁹ Stando a O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis* II, Lipsiae 1889, rist. con L. Sierl, *Supplementum*, Graz 1960, col. 1164 nt. 3, *septimo* va sostituito con *octavo*.

¹⁰ Circa la rilevanza del *lucrum* come discriminante per i classici in determinate fattispecie dubbie di *furtum*, interessanti riflessioni in B. Albanese, *La nozione del furtum fino a Nerazio*, in *AUPA.* 23, 1953, 193.

¹¹ A titolo di esempio si veda, B. Albanese, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano*, in *AUPA.* 25, 1956, 85 ss., il quale rilevava come, a partire dall'ultima età repubblicana si venne delineando un deciso indirizzo di progressiva limitazione della nozione di *furtum*, attraverso la sottrazione di varie figure di illecito privato attratte nella sfera concettuale di altri delitti. Più recentemente, Fenocchio, *Sulle tracce del delitto di furtum* cit. 87 s., ha sottolineato la sussistenza di fatti di danneggiamento entro la nozione decemvirale di *furtum*. Per Cursi, *Gli illeciti privati* cit.

della relativa azione, e nel contempo a una progressiva tutela di situazioni 'limitrofe', dove mancava la *contrectatio* oppure il *lucrum*, oltre che di situazioni-limite anche rispetto alle previsioni della *lex Aquilia*, sicché si ricorreva ad *actiones in factum ad exemplum legis Aquiliae*¹².

D. 19.5.14.3 non può non essere calato nella cornice di questo svolgimento storico¹³, pur dovendo tener conto di probabili manipolazioni giustiniane di semplificazione del testo, volte ad escludere tracce di dispute giurisprudenziali circa l'applicabilità dell'*actio furti*¹⁴. Del resto, la stessa collocazione nei *Digesta* sotto il titolo *De praescriptis verbis et in factum actionibus* in questo senso è indicativa.

Occorre altresì prendere in considerazione una fattispecie alquanto simile riferita dallo stesso Ulpiano in un altro frammento, tratto dal ventiquattresimo libro del commentario all'editto, dove entra in gioco un'altra azione, l'*actio ad exhibendum*, rispetto alla quale si dà rilievo al pensiero di Pomponio:

D. 10.4.9.1 (Ulp. 24 *ad ed.*), L. Pomp. 107; Ulp. 721: *Glans ex arbore tua in fundum meum decidit, eam ego immisso pecore depasco: qua actione possum teneri? Pomponius scribit competere actionem ad exhibendum, si dolo pecus immisi, ut glandem comederet: nam et si glans extaret nec patieris me tollere, ad exhibendum teneberis, quemadmodum si materiam meam delatam in agrum suum quis auferre non pateretur. et placet nobis Pomponii sententia, sive glans extet, sive consumpta sit. sed si extet, etiam interdicto de glande legenda, ut mihi tertio quoque die legendae glandis facultas esset, uti poterò, si damni infecti caverò.*

577, «successivamente alla votazione della *lex Aquilia*, nonché al rimedio sussidiario costituito dall'*actio de dolo* si sarebbe verificata una restrizione della nozione di *furtum*, coincidente con quella originaria», incentrata sulla *contrectatio*.

¹² Tuttavia, molti sospetti sul ricorso a questo tipo di azione di cui si fa parola nei frammenti derivano dalle alterazioni formali, spesso soppressioni, degli accenni espliciti al *furtum*, attuate dai giustiniane. Per esempio, per tutto ciò che non ricadeva nella *lex Aquilia* i giustiniane prevedevano un'*actio in factum* di tipo generale; infatti, è stato ritenuto alterato il passo paolino in cui ciò risulta espresso, D. 9.2.33.1 (Paul. 2 *ad Pl.*): *In damnis, quae lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio.*

¹³ L'ottica della graduale restrizione della nozione di *furtum* è sostenuta da Albanese, *La nozione del furtum fino a Nerazio* cit. 195, secondo il quale Aristone negava, tra l'altro, l'esperibilità dell'*actio furti* e ipotizzava che se ne stesse occupando non tanto perché mancassero la *contrectatio* o il *lucrum*, quanto perché le ghiande cadute sul terreno altrui forse non erano del proprietario dell'albero, e pertanto collegava tale argomento all'*interdictum de glande legenda*.

¹⁴ Marrone, *Actio ad exhibendum* cit. 298 nt. 35, ammette che il frammento «sia stato semplificato e che sia stato soppresso un discorso circa l'ammissibilità o no dell'*a. furti* (la quale doveva essere negata)». U. von Lübtow, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin 1971, 187, esclude questa menzione dell'*actio furti* perché non vi era fondamento per introdurla in assenza di *contrectatio*.

Anomalo l'andamento del passo; sembrerebbe denotare degli interventi esterni. In particolare, dal *nam et* sino alla fine è parso spurio. Da *nam a pate-retur* è stato considerato uno sviluppo glossematico che riproduce però diritto classico. Da *placet a consumpta sit* si è sospettato che provenisse dalla mano dei compilatori. Il tratto da *si extet* sino alla fine potrebbe essere dovuto alla iniziativa di un glossatore¹⁵. Tuttavia, ciò non pare aver menomato il contenuto, che resta genuinamente classico¹⁶.

Salta subito all'occhio che l'*incipit* dei due frammenti è sostanzialmente lo stesso. Infatti, anche qui, come in D. 19.5.14.3, il caso è quello di un proprietario che immette il bestiame al pascolo nel proprio fondo dove erano caduti i frutti dagli alberi del fondo contiguo, situazione dalla quale scaturisce la concreta possibilità che il vicino, proprietario dei frutti caduti, mangiati dal bestiame, eserciti un'azione contro di lui per far valere le proprie ragioni. Ulpiano riporta quanto legge da Pomponio (impiega l'espressione *Pomponius scribit*) con riguardo alle azioni esperibili in questa circostanza. Il rimedio indicato è l'*actio ad exhibendum*, ove ricorresse il presupposto della dolosa immissione degli animali nel fondo da parte del proprietario affinché mangiassero i frutti altrui (*fructus comsumpti*). Immediatamente dopo, nella frase introdotta dal *nam*, si avanza un'altra ipotesi: quella in cui, caduti frutti dai rami dei propri alberi che si protendono sul fondo altrui, e rimasti lì, il proprietario di quest'ultimo non abbia tollerato che venissero raccolti e portati via (*fructus extantes*). Compete l'azione esibitoria anche in questo caso. Vi si registra un cambio di prospettiva. Se inizialmente la posizione del legittimato passivo era espressa in prima persona, adesso è riportata in seconda persona. Infatti, vi si dice: tu sarai tenuto (*ad exhibendum teneberis*), mentre la situazione del legittimato attivo è esposta in prima persona e introduce il parallelo (*quemadmodum*) con il caso in cui, trasportato il proprio materiale da costruzione sul fondo altrui, il *dominus* di questo poi non tolleri che sia rimosso (*materiam meam delatam in agrum suum*); e cioè lo trattiene intenzionalmente presso di sé impedendone la raccolta. Ulpiano,

¹⁵ I sospetti hanno, cioè, riguardato principalmente la parte conclusiva del passo. È stata invece ritenuta genuina la parte iniziale da *glans a comederet* che configurerebbe «una applicazione del tutto giustificata del principio della legittimazione passiva all'*actio ad exhibendum* di *qui dolo fecit quo minus possideat*». Così Marrone, *Actio ad exhibendum* cit. 401, in particolare, alla nt. 363, dettagliate indicazioni circa i dubbi avanzati in dottrina relativamente al passo. Sui rilievi critici, anche in studi più recenti, si v. altresì Stolfi, *Studi* II cit. 523 nt. 163.

¹⁶ Fra gli altri, si sono occupati del passo, Burillo, *Contribuciones* cit. 200 s., 242 s., 274 s.; von Lübtow, *Untersuchungen* cit. 188 s.; M.V. Giangrieco Pessi, *Ricerche sull'actio de pauperie. Dalle XII tavole a Ulpiano*, Napoli 1995, 175 s. (ove altra bibliografia); Stolfi, *Studi* II cit. 522 ss. (ove ulteriore letteratura, anche più risalente, nt. 161); Y. González Roldán, *Dolo desinere possidere fra editto del pretore e scienza giuridica*, Bari 2010, 116 ss.

infine, approva apertamente la *sententia Pomponii* circa l'esperibilità dell'*actio ad exhibendum* in entrambe le ipotesi esposte poco prima, con una inversione dell'ordine espositivo pomponiano, riferendosi prima ai *fructus extantes* cioè al caso che le ghiande restino intatte (il secondo nelle parole di Pomponio), e dopo a quello dei *fructus consumpti*, cioè delle ghiande consumate dal bestiame (il primo nell'intervento di Pomponio). Per Ulpiano dunque l'*actio ad exhibendum* è esperibile in entrambe le situazioni di immissione del bestiame al pascolo nel proprio fondo ove siano caduti frutti altrui, indipendentemente dal fatto che questo abbia poi effettivamente consumato gli stessi. Specifica infine soltanto che, qualora i frutti fossero ancora intatti, sarebbe stato possibile in alternativa ricorrere alla tutela interdittale *de glande legenda* (a favore del proprietario dell'albero i cui rami fruttiferi si protendevano sul fondo del vicino)¹⁷ in modo da potersi recare a raccogliere i frutti ogni terzo giorno¹⁸, previa stipulazione di *cautio damni infecti*, dovendo cioè promettere che avrebbe risarcito il vicino dei danni eventualmente causati dal suo ingresso nel fondo per asportare le proprie cose.

II. *Tracce di una dialettica Aristone – Pomponio*

Come si è avuto modo di constatare sino a qui, dinanzi ad un caso affine, Aristone e Pomponio esprimevano la loro opinione tecnica proponendo strade processuali sì differenti, ma non in contrasto fra loro. Anzi. Il quadro, nella lettura parallela dei passi, risulta più articolato dal momento che presenta soluzioni diversificate in relazione agli elementi assunti come rilevanti da ciascun punto di osservazione. Infatti, mentre in D. 19.5.14.3, Aristone sgomberava il campo

¹⁷ La formula dell'*interdictum de glande legenda* è riferita in D. 43.28.1 pr. (Ulp. 71 *ad ed.*): *Ait praetor: 'Glandem, quae ex illius agro in tuum cadat, quo minus illi tertio quoque die legere auferre liceat, vim fieri veto'*. Sul rapporto fra la tutela decemvirale (ricavabile da Plin. *N.H.* 16.5.15) e quella interdittale, appena riferita, che fissa i modi e i tempi della raccolta dei frutti si v. A. Bignardi, «*Actio, interdictum, arbores*». *Contributo allo studio dei rapporti di vicinato*, in *Index 12*, 1983-84, 513 ss. Inoltre, Cursi, *I rapporti di vicinato* cit. 443, osserva che l'*interdictum de glande legenda* concesso sul presupposto che i frutti caduti siano ancora integri e che pertanto possano essere raccolti dal loro legittimo proprietario, costituisca l'espressione pretoria di una originaria tutela decemvirale specifica per l'ipotesi dei frutti caduti nel fondo vicino e distinta da quella del pascolo abusivo.

¹⁸ Per una sintesi delle diverse traduzioni proposte in dottrina dell'espressione *tertio quoque die*, si veda V. Scialoja, *Teoria della proprietà nel diritto romano I*, Spoleto 1933, 360. La traduzione che accetta è quella di 'ogni terzo giorno', nel senso di 'un giorno sì e uno no'. La medesima espressione si trova in D. 43.20.22 (Ulp. 70 *ad ed.*), in materia di *ius aquae ducendae*, dove viene esplicitato il significato come *alternis diebus*.

dalle azioni legittime che non presentavano i presupposti per essere intentate e suggeriva la via dell'*actio in factum* senza minimamente considerare un comportamento doloso (il che sarebbe avvalorato dall'idea della soppressione compilatoria di un originario esplicito riferimento all'esclusione anche dell'*actio furti* per assenza di preciso intento di lucro nel sottrarre qualcosa ad altri)¹⁹; invece, Pomponio, in D. 10.4.9.1, introdotto l'elemento soggettivo del dolo, si occupava della proponibilità di un'altra azione, l'*actio ad exhibendum*, senza prendere in esame alcun ulteriore rimedio. Il frammento recante il pensiero di Pomponio è peraltro collocato nell'*Ad edictum* ulpiano in corrispondenza del commento della formula dell'*actio ad exhibendum* (Tit XV E. 90)²⁰, come suggerisce la palinogenesi leneliana (collocazione che vale anche per l'*Ad edictum* di Pomponio)²¹.

Sebbene i frammenti appartengano ad opere diverse di Ulpiano, la consonanza è tale che risulta piuttosto difficile credere che egli ne avesse attinto conoscenza da luoghi separati. Ed è altrettanto difficile pensare che Pomponio ignorasse il pensiero di Aristone dinanzi ad un caso identico a quello già trattato dal suo illustre predecessore²². Il rapporto fra i due giuristi è indubbio, per quanto ne resti incerta la natura. Emerge dalle testimonianze a nostra disposizione con una certa evidenza. Le citazioni di Aristone rinvenibili nelle opere di Pomponio sono una ventina, di cui undici in frammenti del Commentario *ad Sabinum* e le restanti nove provenienti da altre opere: una dal *De senatus consultis*; due dai *Libri ex Plautio*; due dalle *Variae lectiones*; una dal *De fideicommissis*, una dall'*Ad Q. Mucium*. Quanto al commentario *Ad edictum*, vi si possono far risalire due citazioni aristoniane di seconda mano (*Pomponius refert Aristonem putare/putasse*) reperibili in due frammenti dell'*Ad edictum* ulpiano, D. 4.4.16.2 e D. 39.5.18 pr.-2. Oltre a questi frammenti vi sono

¹⁹ Secondo Albanese, *La nozione del furtum da Nerazio a Marciano* cit. 142 nt. 145, reputa plausibile che in D. 19.5.14.3 si rinvenga prova della consolidata restrizione del *furtum*, fattispecie ormai esclusa ove non ricorra la *contractatio*.

²⁰ Per la formula dell'*actio ad exhibendum* (Tit. XV E.90), si v. O. Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, Leipzig 1927³, 220 ss. Essa è oggetto dello studio di M. Kaser, *Die formula der actio ad exhibendum*, in *RIDA*. 14, 1967, 263 ss., il quale, nell'avanzare una sua ricostruzione, considera e mette confronto le differenti proposte avanzate da vari altri studiosi (Lenel, Betti, Krüger, Marro-ne, Talamanca, Burrillo). Ne segue l'orientamento D. Mantovani, *Le formule del processo privato romano*, Como 1992, 52.

²¹ L'*Ad edictum* di Pomponio è ricostruibile solo attraverso le citazioni dei giuristi posteriori, il che comporta una serie di difficoltà, legate alla vicenda della trasmissione dei testi. Di «scomparsa del commento pomponiano» parla E. Stolfi, *Studi sui libri ad edictum di Pomponio I. Trasmissione e fonti*, Napoli 2002, 10 ss., il quale ne esamina approfonditamente i molteplici risvolti, anche in contrapposizione alla parallela fortuna del commentario *Ad Sabinum*. Per uno studio complessivo sull'opera, imprescindibile, dello stesso autore, anche *Studi II* cit.

²² In proposito, Stolfi, *Studi II* cit. 522 nt. 159, parla di identità di scenario e tratta del possibile rapporto fra i passi.

altri tre passi ulpiani in cui si rintracciano attestazioni di un rapporto tra Pomponio e Aristone: Vat. 88 (*Pomponius... ait Aristonem autem adnotare*), Vat. 83 = D. 7.2.3.2 (*et ita Neratio et Aristoni videtur et Pomponius probat*), D. 36.1.3.2 (*Pomponius refert Aristonem respondisse*). Questi dati, complessivamente, rivelano un interesse spiccato di Pomponio verso l'opera aristoniana. Le modalità espressive delle citazioni, in ispecie quelle che si riferiscono alla scrittura (*Aristo scribit, scripsit, rescripsit, apud Aristonem ita scriptum est*, ma anche altre in cui compaiono verbi come *ait, dixit, placebat* ecc.), lasciano desumere che Pomponio abbia avuto una conoscenza diretta degli scritti di Aristone. Potrebbe anche aver avuto modo di ascoltarne l'insegnamento²³, il che sarebbe plausibile se si assegnasse la datazione della morte di Aristone ben oltre il 115 d.C., presunta data di nascita di Pomponio²⁴. Ad ogni modo, costui, in quanto allievo di Nerazio e Celso figlio, i più giovani giuristi contemporanei di Aristone al quale erano particolarmente legati (suo *amicus* fu Nerazio mentre Celso figlio quasi certamente ne fu allievo), potrebbe attraverso costoro averne assorbito, e in larga misura accolto, l'autorevole dottrina²⁵.

²³ Lo paventa J. Roby, *Introduzione allo studio del Digesto giustiniano. Regole e notizie per l'uso delle Pandette nella scienza e nella pratica. Vite e opere dei giuristi romani*, tr.it. Firenze 1887, 178, quando inserisce Aristone fra i maestri di Pomponio insieme a Pegaso e ad Ottaviano. Pomponio è fra gli *auditores* di Aristone per F. P. Bremer, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt. Pars altera*, Lipsiae 1901, Roma 1967, 361, il quale reputa significative in questo senso espressioni come *Aristo dicebat* (D. 46.3.16), *Aristo aiebat* (D. 36.1.74), *Aristo placebat* (D. 17.2.62). A parere di E. Stolfi, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, in *SDHI*, 63, 1997, 8 nt. 27, per quanto difficile per ragioni cronologiche, è tuttavia plausibile vedere in Aristone il *praeceptor* di Pomponio. Costui, come Aristone, sarebbe rimasto estraneo alla contrapposizione fra Sabiniani e Proculiani, e tale rilievo potrebbe spiegare l'assenza del suo nome dalla *successio auctorum* dell'*Enchiridion*, improntata allo schema delle *scholae*.

²⁴ La data di nascita di Pomponio è difficile da stabilire, considerata la scarsità di informazioni certe ricavabili dalle fonti. La fa risalire al 115 d.C., ritenendolo contemporaneo ma più giovane di Gaio, T. Honoré, *Gaius. A biography*, Oxford 1962, 69; Id., *Julian's circle*, in *T*, 32, 1964, 6 e 14. Non così D. Liebs, *Gaius und Pomponius*, in *Gaius. Gaio nel suo tempo*, Napoli 1966, 65. Sarebbe plausibile che Pomponio avesse avuto come maestro Aristone, solo se la morte di quest'ultimo fosse avvenuta almeno 18-19 anni dopo l'ipotizzata data di nascita di Pomponio (115 d.C.), cioè in un tempo tale che Pomponio fosse già formato per poter affrontare con competenza un ragionamento giuridico, coincidente con l'età del terzo livello dell'istruzione per i giovani che si preparavano ad intraprendere la carriera politica o giuridica. Inoltre, se così fosse, allora dovremmo pensare che Pomponio avesse avuto modo di ascoltare Aristone (nato presumibilmente intorno al 42 d.C.), quando questi era già molto vecchio. E ciò potrebbe indurre a ritenere che Aristone abbia vissuto molto a lungo, forse sino alla fine del principato adrianeo (138 d.C.) come sostiene C.A. Cannata, *Lo splendido autunno delle due scuole*, in L. Vacca (a c. di), *Scritti scelti di diritto romano 2*, Torino 2014, 336.

²⁵ Non poche, inoltre, le affinità del giurista antonino con Aristone, in quanto estraneo a classificazioni schematiche, non assegnabile ad alcuna scuola giuridica, lontano da cariche pubbliche, non insignito del *ius respondendi*, dedito alla raccolta e al riordino del materiale giuridico e all'insegnamento. Diverse le consonanze anche nell'atteggiamento scientifico, per esempio nella riflessione casistica e nella volontà di indagare zone d'ombra e figure di ambigua definizione.

Che sia riconoscibile, dunque, su un piano più generale, una linea intellettuale che lega Aristone e Pomponio e dunque talvolta anche una dialettica fra i due, è possibile riscontrarlo, per esempio, con riguardo alla valutazione della praticabilità di diverse vie della tutela processuale nel seguente passo pompiano tratto dall'*Ad Sabinum*:

D. 19.5.16 pr.-1 (Pomp. 22 ad Sab.), L.702: *Permisisti mihi cretam eximere de agro tuo ita, ut eum locum, unde exemissem, replem: exemi nec repleo: quaesitum est, quam habeas actionem. sed certum est civilem actionem incerti competere*²⁶. *si autem vendidisti cretam, ex vendito ages. quod si post exemptionem cretae replevero nec patieris me cretam tollere tu, agam ad exhibendum, quia mea facta est, cum voluntate tua exempta sit.* 1. *Permisisti mihi, ut sererem in fundo tuo et fructus tollerem: sevi nec pateris me fructus tollere. nullam iuris civilis actionem esse Aristo ait: an in factum dari debeat, deliberari posse: sed erit de dolo*²⁷.

Il *dominus fundi* consente ad altri l'estrazione della creta, purchè questi poi riempra i luoghi dello scavo. Ma all'estrazione non segue l'attività di riempimento. Ci si domanda quale azione si possa esercitare in questo caso. Pare sicuro (*Sed certum est*)²⁸ che si debba ricorrere ad un'*actio civilis incerti*. Diverso se si trattasse di compravendita della creta, tutelata dall'*actio ex vendito*. Qualora, invece, il riempimento sia seguito all'estrazione della creta ma poi il *dominus fundi* non abbia tollerato la rimozione del materiale, allora questi potrà essere convenuto con un'*actio ad exhibendum*, avendo manifestamente voluto l'estrazione. Pur non essendo il rapporto inquadrabile negli schemi del *do ut facias* o del *do ut des*, in ogni caso si potrebbe ravvisare un'interdipendenza di prestazioni nell'attività di sfruttamento del suolo e nel *pati* del *dominus fundi* circa il *tollere cretam*, idonea a giustificare il ricorso all'*actio civilis incerti*. Subito dopo si introduce un caso simile, quello della seminazione di un fondo consentita dal proprietario cui poi segue l'impedimento di *tollere fructus*, cioè di impossessarsi dei frutti raccolti come propri. Aristone non riscontra alcun presupposto che in questa particolare circostanza consenta l'esercizio di un'azione civile da parte del coltivatore danneggiato (*Nullam iuris civilis actionem esse Aristo ait*)²⁹. In

²⁶ Molti i sospetti sulla frase da *sed certum* sino a *competere*. Per i rilievi critici con la relativa bibliografia si v. Marrone, *Actio ad exhibendum* cit. 311 nt. 70.

²⁷ O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis* I, Lipsiae 1889, rist. con L. Sierl, *Supplementum*, Graz 1960, col. 64 fr. 25, non riporta l'ultima proposizione del passo, che evidentemente non ritiene aristoniana.

²⁸ La frase *sed certum est* lascerebbe intendere la soppressione da parte dello stesso Pomponio di cenni a controversie trovati nelle sue fonti, oppure da parte dei compilatori per ragioni di brevità, secondo G. MacCormack, *Contractual theory and the innominate contracts*, in *SDHI*. 62, 1985, 141.

²⁹ Lenel, *Das Edictum perpetuum* cit. 225, cita proprio questa frase di Aristone contenuta in D. 19.5.16.1, come ulteriore dimostrazione che l'*actio ad exhibendum* era un'azione civile, che com-

effetti, mancano affinità con figure contrattuali tipiche, e il tenore del passo non suggerisce la sussistenza di alcuna convenzione sinallagmatica, concretante una *causa*³⁰. Una tale fattispecie potrebbe essere inquadrata entro gli estremi di una donazione classica, cioè di una *permissio* concessa gratuitamente³¹, nella quale il donante può esercitare la sua discrezionalità nel rifiutare l'adempimento della promessa di far prelevare il raccolto scaturito dalla semina, e quindi non perfezionare la donazione per cui occorre il suo consenso. Da un atto di liberalità non

peteva solo in situazioni speciali, e in questo caso negata. Non vi è alcuna certezza di tale carattere civilistico dell'azione per M. Talamanca, *Rec. a Marrone, Actio ad exhibendum*, in *Iura* 10, 1959, 268 ss., incline a riconoscervi piuttosto un'*actio in factum*. Secondo Kaser, *Die formula* cit. 287, che pure ravvisava nell'*exhibere oportere* la cifra della natura civile dell'azione, essa mostra nel tempo di essere stata predisposta per singoli rimedi giurisdizionali pretori.

³⁰ Talamanca, *Rec. a Marrone, Actio ad exhibendum* cit. 278 s., esclude che il *nullam iuris civilis actionem esse Aristo ait* possa costituire un riferimento di Pomponio e di Aristone all'*actio ad exhibendum*. A suo avviso, Pomponio trattava della *condictio* e, per concessione, della tutela dei contratti innominati. Nel *principium* il ricordo dell'*actio ad exhibendum* era solo marginale, in considerazione dell'esecuzione del contratto da entrambe le parti. Invece, il richiamo ad Aristone, con riguardo all'esistenza di un'azione di adempimento, era utile ad escludere un'*actio civilis incerta* (di cui si era occupato in D. 2.14.7.2), in assenza di sinallagmaticità delle prestazioni. MacCormack, *Contractual theory* cit. 140, riconosce una *conventio* nell'accordo dei due soggetti circa lo svolgimento di talune attività sul fondo, e spiega il rifiuto di Aristone di ravvisare in essa un *synallagma* da cui scaturisca una *obligatio*, col fatto che la *causa* consiste in un *facere* e non in un *dare*, oppure perché è fallito l'accordo. Tuttavia, non esclude del tutto che in talune circostanze Aristone abbia ravvisato nel *facere* una causa del *synallagma*. Per A. Burdese, *I contratti innominati*, in *Derecho romano de obligationes. Homenaje al Profesor J.L. Murga Gener*, Madrid 1994, 78, riedito in *Miscellanea romanistica*, Madrid 1994, 244, non vi era alcun presupposto su cui poter fondare il riconoscimento di un'azione civile di adempimento. Secondo T. Dalla Massara, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova 2004, 202 ss., il tenore delle espressioni utilizzate (i verbi *permittere* e *tollere*, come il pronome personale *mihi*, l'aggettivo *tuo fundo*, e la particella *ut* evocativa di una idea di scambio) suggerivano che fra i soggetti era intervenuta una qualche convenzione. Mentre sul proprietario del suolo gravava l'impegno a tollerare l'ingresso nel suo fondo e successivamente la raccolta del prodotto della semina, sul coltivatore, che pure aveva seminato il fondo recando un vantaggio al rispettivo proprietario, non gravava alcun obbligo. Insomma, questa convenzione atipica non presentava alcun *synallagma*, cioè mancava una *causa* degna di protezione. Ecco il motivo per il quale Aristone non vi avrebbe accordato un'azione civile. Al più, non senza dubbi, tale rapporto sarebbe stato tutelabile tramite un'*actio in factum* attagliata al caso di specie. Il richiamo conclusivo all'*actio de dolo* sottolinea poi la sussidiarietà della stessa, in assenza di altre azioni. Sulla medesima linea, P. Lambrini, *Studi sull'azione di dolo*, Napoli 2013, 53 s., la quale osserva che in assenza di un contratto tipico, tantomeno di una figura innominata, non potendosi utilizzare l'*actio praescriptis verbis*, Aristone valuta la possibilità di concedere un'azione *in factum* (decretale) presumibilmente finalizzata alle spese sostenute per la semina.

³¹ Secondo R. Santoro, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in *AUPA*. 37 (1983), 236, la *donatio*, ravvisabile nella *permissio serendi et fructus tollendi*, per quanto configuri essa stessa una *causa*, si può ricondurre al più generale concetto di attribuzione *sine causa*.

scaturisce mai una *obligatio civilis*, diversamente da un *negotium*, distinzione che Aristone aveva ben presente³². Egli mostra inoltre delle riserve in merito all'esperibilità di un'*actio in factum* (*an in factum dari debeat*), eventualmente diretta ad ottenere il rimborso delle spese sostenute per la semina³³. La chiusa relativa alla possibilità di esercitare un'*actio doli* sembrerebbe potersi attribuire a Pomponio, come suggerisce il cambiamento del modo e del tempo della forma verbale³⁴. Il ricorso all'*actio doli* avrebbe avuto lo scopo di correggere le conseguenze inique cui avrebbe portato la donazione, in casi del genere. E sarebbe indicativo di una dialettica con Aristone volta a superare le incertezze di quest'ultimo circa la proponibilità di un'*actio in factum*. Pomponio, dunque, si poneva nel solco aristoniano e, nel radicalizzarne la posizione, la conduceva oltre.

III. Sulla legittimazione passiva nell'*actio ad exhibendum*: qualche osservazione

Torniamo ora alla lettura parallela di D. 19.5.14.3 e D. 10.4.9.1. Entrambi i frammenti toccano il punto della legittimazione passiva del proprietario del fondo su cui sono caduti i frutti e della relativa azione esperibile dal proprietario dei frutti stessi³⁵. Lo si desume dalle frasi speculari: *non sibi occurrere legitimam actionem, qua experiri possim* di D. 19.5.14.3; e *qua actione possum teneri?* di D. 10.4.9.1.

In riferimento all'*actio ad exhibendum*, di cui si tratta espressamente soltanto in D. 10.4.9.1, va detto che il tema della legittimazione passiva rappresentava

³² Come si evince dal famoso passo, D. 39.5.18 *pr*-2 (Ulp. 71 *ad ed.*) sul *negotium mixtum cum donatione*. Per un approfondimento su questa peculiare figura si rimanda alla monografia di R. Scevola, *Negotium mixtum cum donatione. Origini terminologiche e concettuali*, Padova 2008.

³³ Una specifica attenzione al metodo è in V. Scarano Ussani, *Il 'probabilismo' di Titius Aristo*, in *Ostraka* 28, 1995, 326 s., il quale rileva come la soluzione fosse «proposta da Aristone, anche in questo caso, in termini dubitativi e segnati da un marcato probabilismo».

³⁴ Sulla classicità della chiusa *sed erit de dolo* e sulla ipotizzata attribuzione a Pomponio della medesima si v. F. Pringsheim, *Miszellen*, in *ZSS*. 41, 1920, 255 nt. 4 e 257 nt. 9; P. Collinet, *La genèse du digeste, du code et des institutes de Justinien*, Paris 1952, 221; A. Mantello, *I dubbi di Aristone*, Ancona 1990, 70 nt. 96; P. Lambrini, *Actio de dolo malo e accordi privi di tutela contrattuale*, in *Revista Complutense de derecho romano y tradición romanística* 22, 2009, 9; P. Lambrini, *Studi sull'azione di dolo cit.* 55. Non ne esclude completamente l'attribuibilità ad Aristone, Scevola, *Negotium mixtum cum donatione cit.* 138 ss. nt. 57, cui si rimanda anche per gli ampi riferimenti bibliografici. Pienamente persuaso della provenienza aristoniana della chiusa *sed erit de dolo*, R. Astolfi, *Sabino e l'actio doli*, in *Iura* 64, 2016, il quale individua nel 'sabiniano' Aristone una riaffermazione netta e convinta della dottrina di Sabino ricavabile da D. 4.3.34 (Ulp. 42 *ad Sab.*), frammento che lo studioso pone palingeticamente in correlazione con D. 19.5.16.1.

³⁵ Sul tema una riflessione ampia e articolata è in M. Talamanca, *Osservazioni sulla legittimazione passiva alle actiones in rem*, in *Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari* 43, 1964, 133 ss.

un terreno controverso in età classica. Posto che, in termini generali, potevano essere convenuti in giudizio il possessore e colui che aveva perduto dolosamente il possesso del bene (*qui dolo desiit possidere*), qual era l'esatta portata di tale principio?³⁶ Occorreva la *possessio corpore et animo* oppure era sufficiente il *corpore possidere*? E da quali elementi poteva desumersi l'acquisto del possesso materiale richiesto al convenuto? Bastava la *scientia* da parte del *dominus fundi* che un bene altrui si trovasse nel proprio fondo, o era necessario anche il *loco movere* dei beni altrui?

La riflessione dei giuristi, da Bruto e Manilio, a Labeone e Sabino, a Nerazio e Proculo, può desumersi dalla lettura congiunta di due passi, uno paolino tratto dal cinquantaquattresimo libro *ad edictum* (D. 41.2.3.3) circa i presupposti per l'acquisto del possesso, e uno pomponiano tratto dal diciottesimo libro *ad Sabinum* (D. 10.4.15), entrambi riguardanti il tesoro presente sul fondo altrui. Leggiamo il primo:

D. 41.2.3.3 (Paul. 54 *ad ed.*), L. 658: *Neratius et Proculus et solo animo non posse nos acquirere possessionem, si non antecedit naturalis possessio. ideoque si thesaurum in fundo meo positum sciam, continuo me possidere, simul atque possidendi affectum habuero, quia quod desit naturali possessioni, id animus implet. ceterum quod Brutus et Manilius putant eum, qui fundum longa possessione cepit, etiam thesaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse, non est verum: is enim qui nescit non possidet thesaurum, quamvis fundum possideat. sed et si sciat, non capiet longa possessione, quia scit alienum esse. quidam putant Sabini sententiam veriolem esse nec alias eum qui scit possidere, nisi si loco motus sit, quia non sit sub custodia nostra: quibus consentio*³⁷.

Nerazio e Proculo condividono il principio per cui non si può acquistare il possesso *solo animo* se prima non vi sia la *possessio naturalis*, adducendo il caso del tesoro posto nel fondo di un proprietario che ne è a conoscenza. Non basterà che materialmente il tesoro si trovi nel suo fondo. Egli conseguirà il possesso solo quando avrà l'*affectus possidendi*. Tale precisazione ha l'esplicito scopo di superare le più risalenti posizioni di Manilio e Bruto (*quod Brutus et Manilius putant ... non est verum*) per i quali chi aveva posseduto da lungo tempo il

³⁶ Marrone, *Actio ad exhibendum* cit. 285 ss., nel ripercorrere lo stato dell'arte in dottrina, individua come punto fermo che «i giureconsulti dell'età classica (e, a fortiori, quelli dell'età precedente) non giunsero alla formulazione di una nozione astratta di *possessio* e di *possidere* valevole per ogni rapporto» e che, relativamente alla legittimazione passiva nell'*actio ad exhibendum*, essa non corrispondeva a quella rilevante in altri campi. Ciò non toglie che i classici avessero stabilito punti di contatto fra le diverse teorie possessorie.

³⁷ Per i rilievi critici sul passo si rimanda alla dettagliata analisi di Marrone, *Actio ad exhibendum* cit. 294 nt. 25.

fondo dover si trovava il tesoro, possedeva anche quest'ultimo pur non essendone a conoscenza. L'argomento impiegato è che se uno ignora la presenza del tesoro allora non lo possiede, sebbene possieda il fondo. Ma anche ove sappia, non può acquisire con il possesso prolungato ciò che sa essere altrui. Molti tuttavia reputano *verior* la *sententia* di Sabino al riguardo, incentrata su un altro elemento; cioè, non possiederà altrimenti colui che è consapevole, se non sia stato rimosso il tesoro (*nisi si loco motus sit*) perchè non è sotto la nostra custodia. Paolo aderisce a questa opinione sabiniana seguita dai *quidam*. Insomma, la *scientia* circa l'esistenza del tesoro sul fondo non è sufficiente se non vi è la rimozione dello stesso da cui si desume il possesso materiale, il che fonderebbe la legittimazione passiva in un'*actio ad exhibendum* intentata dal proprietario del tesoro.

Già Labeone si era espresso in questi termini, peraltro coinvolgendo nel ragionamento l'azione di furto assieme all'*actio ad exhibendum* (argomenti che spessissimo si tangono). Leggiamo solo la prima parte del frammento, ora di nostro principale interesse:

D. 10.4.15 (Pomp. 18 *ad Sab.*), L. 657: *Thensaurus meus in tuo fundo est nec pateris me effodere: cum eum loco non moveris, furti quidem aut ad exhibendum eo nomine agere recte³⁸ non posse me Labeo ait, quia neque possideres eum neque dolo feceris quo minus possideres, utpote cum fieri possit, ut nescias eum thensaurum in tuo fundo esse³⁹. [...]*

Il caso è quello del *dominus* del fondo in cui si trova sepolto il tesoro altrui, non consente al proprietario di quest'ultimo di dissotterrarlo. Quale azione sarà esperibile in questo caso? Non essendo avvenuta la rimozione del tesoro, Labeone nega che si possa correttamente agire con l'*actio furti* o con l'*actio ad exhibendum* contro il proprietario del fondo, dal momento che non vi sono i presupposti né del possesso, né di un doloso comportamento volto a smettere di possedere; da ciò potrebbe dedursi addirittura che il proprietario del fondo neppure sapesse dell'esistenza del tesoro. Il frammento, dunque, risulta utile a dimostrare che per Labeone la legittimazione passiva nell'*actio ad exhibendum* andava ricollegata al *loco movere*, come indicativo della *possessio corpore*.

Alla luce di quanto brevemente esposto, torniamo a riflettere su D. 19.5.14.3

³⁸ Sulla espunzione dell'avverbio *recte* Marrone, *Actio ad exhibendum* cit. 313 s., ritiene che falsi il contenuto, non riscontrando alcuna adesione di Pomponio alla teoria di Labeone.

³⁹ Si è dubitato della genuinità del tratto *utpote cum... tuo fundo esse*, perché esprimerebbe un contenuto in contrasto con gli elementi della fattispecie considerata nel fr. 15. Così Marrone, *Actio ad exhibendum* cit. 314 s., che imputa quelle parole ai compilatori, i quali le avrebbero scritte al posto del dissenso manifestato da Pomponio rispetto alla tesi labeoniana. Vi si rimanda per ulteriori annotazioni critiche.

per cercare di comprendere se il silenzio di Aristone circa l'*actio ad exhibendum* possa spiegarsi nell'ottica di uno dei due orientamenti. Marrone leggeva la posizione di Aristone come quella di chi reputava il proprietario si sciente dell'esistenza dei frutti sul proprio terreno, ma non certo autore di una intenzionale rimozione di questi per il solo fatto che le sue bestie li avevano divorati⁴⁰. In sostanza, Aristone, secondo lo studioso, avrebbe condiviso l'orientamento di Labeone e Sabino circa la rilevanza del *loco movere* ai fini della individuazione del requisito della *possessio corpore*. Proprio perché ciò non era avvenuto, Aristone non avrebbe preso affatto in considerazione l'*actio ad exhibendum*. A mio avviso, invece, il tenore del passo non presenta alcun aggancio che supporti tale tipo di lettura. Ritengo che si possa fornire un'altra spiegazione della totale assenza di richiami all'*actio ad exhibendum* nel ragionamento condotto dal giurista (che esclude le tre azioni 'legittime' e poi indica la strada dell'*actio in factum*, forse avendo in precedenza anche scartato l'*actio furti*). L'idea è che per Aristone avesse rilevanza soltanto la *scientia* del *dominus fundi*, cioè la consapevolezza della presenza nel proprio fondo di frutti edibili da parte del bestiame; di essa, in questa fattispecie, non sembra esserci la benchè minima traccia. Perché non pensare che il proprietario avesse immesso il bestiame nel suo fondo al pascolo tutt'altro che dolosamente, secondo una modalità abituale, giornaliera, ripetitiva, ignorando completamente che vi fossero delle ghiande cadute dagli alberi del vicino, poi istintivamente divorate dagli animali? La frase *ego, immisso pecore, depascam* non mi pare in sè indicativa di una immissione dolosa, volendo significare semplicemente che il proprietario (ignaro della presenza dei frutti), immesso il bestiame nel fondo, lo aveva lasciato libero di pascolare. In questo modo, si potrebbe spiegare la totale assenza di menzione dell'*actio ad exhibendum* dal novero delle azioni prese in esame da Aristone in D. 19.5.14.3. Ma il suo intervento, lungi dall'accentuare la difformità del passo rispetto a D. 10.4.9.1 in cui è espresso il pensiero di Pomponio sulla medesima questione, potrebbe essere stato, invece, la premessa della riflessione pomponiana su riferita, incentrata sull'ipotesi dell'immissione dolosa del bestiame dove, evidentemente, rilevava la *scientia* del *dominus* affinché il proprietario degli alberi da cui erano caduti i frutti potesse efficacemente esperire nei suoi confronti l'*actio ad exhibendum*⁴¹.

IV. *Ulpiano dinanzi alle opinioni di Aristone e Pomponio: un frammento spezzato*

Ricapitolando: siamo dinanzi a due casi assimilabili e a due interventi diversi ma complementari, in passi del medesimo autore, Ulpiano, riferiti in opere distin-

⁴⁰ Così secondo Marrone, *Actio ad exhibendum* cit. 310.

⁴¹ Articolate argomentazioni circa l'orientamento pomponiano di condivisione della *scientia domini* come presupposto per la legittimazione passiva nell'*actio ad exhibendum* sono ancora una volta in Marrone, *Actio ad exhibendum* cit. 312 ss.

te⁴². Nel corso della disamina affrontata, abbiamo avuto modo di constatare una linea di ragionamento che si snoda attraverso i due brani⁴³. A ben guardare, sembrerebbero esserci gli estremi per avanzare una congettura che ricomponesse le opinioni di Aristone, Pomponio e infine Ulpiano in uno svolgimento continuo.

Può darsi che Pomponio nel suo *Ad edictum*, nella rubrica dedicata al commento della formula dell'*actio ad exhibendum*, riportasse il caso dei frutti caduti dal fondo altrui e del bestiame al pascolo su cui, quanto al profilo delle azioni esperibili contro il proprietario del fondo, già si era espresso Aristone escludendo *in primis* le azioni 'legittime' (non *de pastu pecoris*; non *de pauperiae*; e nemmeno *legis Aquiliae*), e poi, plausibilmente (per le ragioni su riferite ed accolte) anche l'*actio furti*, non esercitabile per mancanza di sottrazione materiale con intento di lucro (aspetto che si desume dal § 2 dello stesso frammento), per concludere osservando che, se il vicino avesse inteso ottenere un risarcimento per il danno subito avrebbe dovuto agire con un'*actio in factum*, probabilmente *ad exemplum legis Aquiliae*. Dell'*actio ad exhibendum* nessun cenno. La spiegazione del silenzio potrebbe individuarsi nel mancato riscontro della *scientia* del *dominus fundi*, dunque la non sussistenza del dolo. Pomponio forse aveva letto tutto questo dall'opera di Aristone⁴⁴ e lo aveva

⁴² Stolfi, *Studi* II cit. 522 nt. 159 osserva che, sebbene sia plausibile che Ulpiano avesse consultato Aristone nei *libri ad Sabinum* (da cui è estratto D. 19.5.14.3) senza la mediazione del commentario all'editto di Pomponio, altresì risulta più sorprendente che in D. 10.4.9.1 non vi fosse alcuna traccia di una citazione operata dal giurista; il che, naturalmente, non ne esclude la conoscenza. A scanso di possibili tagli operati da Ulpiano stesso o dai giustinianeî, proprio nella considerazione del diverso approccio al caso, ci si sarebbe attesi una ridiscussione del problema da parte di Pomponio riprendendo Aristone e una conservazione del dibattito da parte di Ulpiano.

⁴³ Un confronto fra i passi, con discussione della relativa dottrina, è anche in González Roldán, *Dolo desinere possidere* cit. 114 ss.

⁴⁴ La produzione letteraria di Aristone è ricostruibile solo indirettamente, né vi è menzione dei suoi scritti nell'*Index Florentinus*. Numerosi sono i richiami al suo pensiero soprattutto in passi di Pomponio e di Ulpiano, giuristi eminenti di età posteriore che ne inglobarono le opinioni entro la trama espositiva dei loro scritti, forse contribuendo nel tempo a rimpiazzarne l'originale, fino a farne perdere ogni traccia. Nella *Palingenesia*, Lenel riporta tutti i frammenti contenenti le dottrine di Aristone in carattere corsivo, proprio in ragione della loro derivazione da opere di altri giuristi e mai dalla sua mano; e assegna soltanto due frammenti, dei complessivi ottanta, a due opere che reputa potersi attribuire alla sua paternità, rispettivamente D. 29.2.99 (Pomp. 1 *sen. cons.*), L.1, che ascrive ai *Decreta Frontiana*; e D. 24.3.44 pr. (Paul. 5 *quaest.*), L. 2, che ascrive ai *Digesta*. Per il restante corpo di frammenti dichiara la provenienza incerta (*Ex incertis libris*) e li dispone ricalcando l'ordine suggerito dal Digesto giustiniano. Alcune espressioni impiegate in entrambi i passi appena menzionati hanno dato, e continuano a dare àdito a dubbi in dottrina sulla effettiva attribuzione ad Aristone di quelle opere. Si v., fra gli altri, R. Martini, *Pomponii Digesta ab Aristone?*, in *AARC*. 4, Perugia 1981, 795 ss., e F. Tamburi, *I decreta Frontiana di Aristone*, in *Studi in onore di R. Martini* 3, Siena 2009, 713 ss. Si discute in dottrina anche delle *notae* a Labeone, a Sabino e a Cassio, di cui vi è testimonianza in ben otto passi, delle quali «non sappiamo però se avevano una forma letteraria autonoma, oppure se erano ricomprese nei suoi

posto come premessa, nel suo *Ad edictum*, a proposito del commento alla formula dell'*actio ad exhibendum*. Vi configurava proprio l'ipotesi in cui, diversamente da quanto detto in premessa, rivestiva importanza l'elemento del dolo, con riguardo all'immissione del bestiame nel fondo provocata al preciso scopo di far mangiare i frutti del vicino; tale presupposto avrebbe fondato l'esercizio di un'*actio ad exhibendum*. Cioè, proprio sull'elemento del dolo, non ricorrente nel caso sottoposto ad Aristone, si sarebbe innestato il collegamento logico⁴⁵ del discorso, sviluppato da Pomponio nel senso di un ulteriore allargamento del campo delle azioni esperibili nella considerazione di alcune varianti entro lo stesso scenario. L'aggancio poteva forse essere dato anche dalla non configurabilità del furto, in assenza di intento doloso, perciò neppure della relativa azione, magari nell'ambito di una disputa concernente una progressiva restrizione di quell'illecito, che i compilatori avrebbero poi cancellato. Pomponio avrebbe di seguito completato il quadro introducendo l'ipotesi del *dominus fundi* che aveva immesso dolosamente il bestiame per mangiare le ghiande cadute dall'albero altrui sul suo fondo, come colui *qui dolo desiit possidere* suscettibile di essere convenuto con un'*actio ad exhibendum*. Accanto all'ipotesi dei *fructus consumpti*, andava poi considerata quella dei *fructus extantes*. Poteva presentarsi anche l'eventualità dell'impedimento al prelievo degli stessi, oppure di altro materiale, opposto dal proprietario del suolo su cui si trovavano (*nam et si glans extaret nec patieris me tollere, ad exhibendum teneberis, quemadmodum si materiam meam delatam in agrum suum quis auferre non pateatur*); anche costui avrebbe potuto essere convenuto con un'*actio ad exhibendum* da parte del proprietario dei frutti o dei materiali lasciati sul fondo.

A sua volta Ulpiano probabilmente leggeva tutto dall'*Ad edictum* di Pomponio⁴⁶ e, sulla base delle sue esigenze espositive, si era avvalso dell'autorità di Ari-

Digesta». Così M. Bretonne, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari 1992 rist. 2021, 263 nt. 48. Per considerazioni incisive sul tema, da ultimo, E. Stolfi, *Primi appunti sulle notae giurisprudenziali fra II e III sec. d.C.*, in *Koinonia* 44 /II, 2020, 1499 ss.

⁴⁵ Sul collegamento rappresentato dal dolo, elemento di difformità fra la soluzione aristoniana che lo premette e quella pomponiana che invece vi si incardina, vedi le osservazioni di Stolfi, *Studi II* cit. 524 ss., con note.

⁴⁶ Per completezza del quadro di riferimento, va osservato che, dei numerosi passi ulpiane contenenti citazioni aristoniane, solo in cinque ricorrono espressioni dalle quali può desumersi, con una qualche fondatezza, una estrapolazione del pensiero di Aristone dalla lettura dell'opera di Pomponio e tre di queste impiegano la forma verbale *refert*, normalmente indicativa di una citazione di seconda mano: *Pomponius refert* (D. 4.4.16.2); *Pomponius... ait Aristonem autem adnotare* (Vat. 88), *et ita Neratio et Aristoni videtur et Pomponius probat* (Vat. 83 = D. 7.2.3.2), *Pomponius refert Aristonem respondisse* (D. 36.1.3.2), *Pomponius eum existimare refert* (D. 39.5.18 pr.). Per il resto, ricorrono espressioni come *Aristo respondit, ait, dicit, inquit, scribit, putat, existimat, notat* che, se da un lato non provano in modo schiacciante una lettura diretta dell'opera aristoniana, dall'altro neppure consentono di escluderla. Insomma, Ulpiano potrebbe

stone nel contesto dell'*Ad Sabinum* (non mostrando verso la sua opinione alcuna forma esplicita di condivisione)⁴⁷, e dell'autorità di Pomponio nel contesto dell'*Ad edictum*, in occasione del commento alla formula dell'*actio ad exhibendum*⁴⁸. Insomma, il giurista severiano potrebbe aver smontato il frammento, spezzandolo in due parti per poi inserire ciascuna di queste in un'opera diversa, appunto, in contesti differenti. Più precisamente, quella che conteneva il parere aristoniano (*Aristo scribit...* di D. 19.5.14.2) poteva tornargli utile nell'*Ad Sabinum* a proposito del furto, ai fini della esclusione dell'*actio furti* nella fattispecie in esame; invece, l'altra parte, quella recante le parole di Pomponio (*Pomponius scribit...* di D. 10.4.9.1) gli sarebbe risultata funzionale nell'*Ad edictum* per affrontare il tema della legittimazione passiva nell'*actio ad exhibendum* nella trattazione della relativa rubrica edittale (E.90).

Alla luce di quanto argomentato, propongo una rilettura del discorso di continuo, in modo da mettere in evidenza la complementarietà dei testi. Alla descrizione della fattispecie, segue il parere di Aristone e infine quello di Pomponio, entrambi sulle azioni esperibili (così come forse Ulpiano lo trovava esposto nell'*Ad edictum*

aver tratto conoscenza del contributo di pensiero aristoniano sia attraverso la produzione letteraria di Pomponio, il quale aveva avuto Aristone in grande considerazione, sia consultando direttamente l'opera di quest'ultimo. Secondo T. Honoré, *Ulpian*, Oxford 1982, 229, le fonti ulpiane sarebbero Nerazio, Pomponio (del quale ritiene che abbia curato un'edizione dei *Digesta* di Aristone), e Paolo. Reputa in questo senso rilevante l'ordine in cui Ulpiano riferisce i nomi dei giuristi citati (228 s.). Per esempio, relativamente a Vat. 83, dove ricorre la frase *ita Neratio Aristoni videtur et Pomponius probat*, rileva che Ulpiano sta usando Pomponio, Pomponio Nerazio e questi, a sua volta, cita Aristone. Inoltre, osserva che, laddove in Pomponio si riscontrava un'inversione della sequenza cronologica, in Ulpiano risultava ricalcata la medesima modalità. Ciò costituirebbe un'ulteriore conferma che Ulpiano si fosse avvalso del tramite di Pomponio. Trae un altro esempio dalla sequenza *Labeo, Neratius et Aristo opinantur* di D. 28.5.9.14, dove Ulpiano attingeva da Pomponio che, a sua volta, usava due fonti, Labeone e Nerazio, e derivava la citazione di Aristone da Nerazio. Nel caso, poi, della sequenza presente in D. 35.1.7 pr.: *et ita Aristoni et Neratio et Iuliano visum est*, è probabile che Ulpiano stesse usando come fonte primaria Giuliano il quale normalmente non invertiva la sequenza cronologica, perciò citava prima il più anziano Aristone e poi Nerazio (232).

⁴⁷ Ulpiano potrebbe persino aver riassunto la posizione aristoniana se si fa caso al fatto che le motivazioni dell'esclusione delle azioni legittime compare solo per l'*actio de pastu pecoris* e non per le altre due. Una suggestione in questo senso proviene da Mantello, *I dubbi* cit. 108, che nel ripetersi della particella *neque* rintraccia la simpatia aristoniana per i distinguo, «quasi rottame del *Gedankengang* originario rimasto fortunatamente nel riassunto ulpiano».

⁴⁸ Marrone, *Actio ad exhibendum* cit. 316 nt. 86, ipotizza che «Ulpiano abbia mancato di coordinare l'opinione di Pomponio, che egli ricordava nel l. XXIV *ad Ed.* – in D. 10.4.9.1 (e per cui verosimilmente ebbe sott'occhio essenzialmente i commenti editali degli altri giuristi, tra cui appunto quello di Pomponio) – con l'opinione di Aristone ricordata nel l. XLI *ad Sab.* – in D. 19.5.14.3, e per cui Ulpiano dovette tenere essenzialmente presenti le opere di *ius civile*; e prevalentemente al *ius civile* è dedicata la produzione giuridica di Aristone».

di Pomponio). Il filo sembrerebbe correre, a scanso dei sospetti di manipolazione che, pur fondati, non paiono alterare l'autentico discorso classico:

Si glans ex arbore tua in meum fundum cadat eamque ego immisso pecore depascam, Aristo scribit non sibi occurrere legitimam actionem, qua experiri possim: nam neque ex lege duodecim tabularum de pastu pecoris (quia non in tuo pascitur) neque de pauperie neque de damni iniuriae agi posse: in factum itaque erit agendum. Competit actionem ad exhibendum, si dolo pecus immisi, ut glandem comederet: nam et si glans extaret nec patieris me tollere, ad exhibendum teneberis, quemadmodum si materiam meam delatam in agrum suum quis auferre non pateretur.

Ulpiano, infine, nel riprendere la fattispecie (riportata in D. 10.4.9.1), esprimeva la sua piena condivisione della *sententia Pomponii*⁴⁹ spingendola, altresì, oltre il caso dei *fructus consumpti*, anche ai *fructus extantes*, indicando per questi, come rimedio alternativo, l'*interdictum de glande legenda*⁵⁰.

Et placet nobis Pomponii sententia sive glans extet, sive consumpta sit. sed si extet, etiam interdicto de glande legenda, ut mihi tertio quoque die legendae glandis facultas esset, uti potero, si damni infecti cavero.

Se si condivide questa congettura, alla posizione ulpiana può assegnarsi il valore di approdo di discussioni in merito ai requisiti necessari della legittimazione passiva per intentare validamente un'*actio ad exhibendum*, svoltesi nel corso del tempo, a partire già da Manilio e Bruto e successivamente affrontate da Labeone e Sabino, Nerazio e Proculo, definitesi con una *sententia* di Pomponio, infine pienamente approvata da Ulpiano (*Et placet nobis Pomponii sententia sive glans extet, sive consumpta sit*) non interessato alle considerazioni di Aristone in quel contesto in quanto non funzionali al commento alla formula dell'*actio ad exhibendum*, invece utili nell'*ad Sabinum* con riguardo al furto, per escludere l'esperibilità della relativa azione in una fattispecie che non ne aveva i presupposti.

Pia Starace
Università di Bari - Aldo Moro
pia.starace@uniba.it

⁴⁹ Il segno *sententia* è «fra i più idonei a indicare un'innovazione giurisprudenziale a carattere spiccatamente precettivo, dalla formulazione serrata e icastica che ha verosimilmente posto fine a una specifica discussione», e «una portata fortemente regolativa, ma quasi mai 'astratta'», che svela «un principio giuridico già 'scritto' nei fatti, forse già parzialmente emerso in precedenti formulazioni di magistrati o *prudentes*»: così E. Stolfi, *Per uno studio del lessico e delle tecniche di citazione dei giuristi severiani. Le sententiae prudentium nella scrittura di Papiniano Paolo e Ulpiano*, in *RDR*, 1, 2001, 7 e 9.

⁵⁰ Bignardi, «*Actio, interdictum, arbores*» cit. 517, spiega questo interdetto in un'ottica di integrazione (e sostituzione) della disciplina decemvirale preesistente circa la raccolta dei frutti caduti nel fondo altrui che, col trascorrere del tempo, aveva manifestato le sue lacune.

