

1
Fatti eleam
estratti sulla lex
Istituta a

Il 19 gennaio

(21.2.89)

Il termine principale della lex Im-
 mune è quello dei termini, invece di
 che giorni nel dies del iudicium,
 notizi nei due giorni successivi,
 giudizii - Le mm. v. è stato il
 iudex e il giudizium mm. in anno
 luogo durante i giorni e nei
 luoghi fissati da questa legge, con
 che la lite può essere in tutto
 per il giudice o l'arbitro; se il
 giudizium mm. è stato emesso entro
 il tempo fissato nel cap XII della
 L. Iulia de iudiciis privato recentemente
 (proxime) emanato e nel SC. de
 re iudicaria a questa capo. Inoltre la
 materia mm. può più essere nel
 processo; così sia come sarebbe se a
 nella città di Roma il pretore del
 popolo Romano ordinasse di più come

tra cittadini Romani e quella
con ^{occorrenza} ex lege negotiorum
plebiscito ^{aut lege} ~~aut lege~~ in
quibus prout, magna, et
la ~~legum~~ ^{legum}, et si non
fuerit, et si non il giorno;
la lite è a fermata per il
giudice; la cosa non vada più nel
giorno - et si non nel caso se
obbligato in altri giorni et altri luoghi
in virtù della presente legge fare la
demonstratio, giudicare, rinviare il
giorno -

CAMERA DEI DEPUTATI



se neppure diffidam e lege neque
iudicatum sit per quod dies quodque loco
ex hac lege iudicare li ubi oportet.
bet iudici arbitrare li damni sit.

L A B E O
RÖMISCHES PRIVATRECHT
IM ERSTEN JAHRHUNDERTE
DER KAISERZEIT

VON

ALFRED PERNICE.

ZWEITER BAND.

AUT. II. I.

ZWEITE NEU BEARBEITETE AUFLAGE.



HALLE
MAX NIEMEYER
1900.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

2., so gelangt man zu der Frage, ob der Schuldner den Mehrerlös erst verlangen dürfe, nachdem der Kaufpreis an den Gläubiger gezahlt worden ist, oder schon nach Abschluss des Kaufvertrages¹⁾, und ob der Gläubiger den Schuldner mit einer Anweisung an den Käufer abfinden könne. Die ursprüngliche Vorstellung war danach, dass der in Händen des Gläubigers befindliche Überschuss herausgefordert wurde²⁾.

Nicht mit dieser geschichtlichen Auffassung hängt wol der Satz zusammen, dass der Gläubiger nur unter bestimmten Umständen, nicht schlechthin Zinsen von der Hyperocha leisten muss. Das entspricht vielmehr der *bona fides*; der Gläubiger braucht nicht auch noch als Verwalter für den Schuldner tätig zu werden; denn er ist nicht dessen Vertreter³⁾. Eine Durchführung des Konditionengrundsatzes hätte zur Verweigerung aller Zinsen, auch der Verzugszinsen, führen müssen.

B. Einseitige Obligationen aus Verwaltung und Geschäftsführung.

Den geraden Gegensatz zu den konditionenartigen Klagen bilden diejenigen, bei denen es sich in erster Reihe darum handelt, dass der Verpflichtete eine Geschäftsverwaltung umfassenderer oder beschränkterer Art übernimmt. Denn hier tritt naturgemäss die Rücksicht auf die Unversehrtheit von körperlichen Vermögensgegenständen in den Hintergrund, und die Sorgfalt der Ausführung steht in vorderer Reihe.

¹⁾ Fr. 42, fr. 24 § 2 de PA. 13, 7. In der ersten Stelle muss man, glaube ich, mit Cuias gegen Dernburg *ex pacto* für *ex facto* lösen. Der Jurist weist damit die Anschauung zurück, der Gläubiger sei Stellvertreter des Schuldners, er müsse und dürfe deshalb seine Klage gegen Dritte dem Gläubiger abtreten. — In fr. 24 § 2 c. halte ich den Mittelsatz: *an vero vel exspectare debeat, quod emptor solvit, vel suscipere actiones adversus emptorem* für eingeschoben zur Verdeutlichung. Er ist vollständig überflüssig; er ist aus den sonstigen Worten und Elementen der Stelle zusammengestoppelt (*suscipere* = sich abtreten lassen?); die Subjektwechsel vor allem ist unersichtlich hart. Der Sinn bleibt derselbe.

²⁾ Annehmen hat man sogar eine *utilis rei vindictio* oder dergl. konstruieren wollen, wenn mit dem Erlöse eine Sache angeschafft war: c. 29 de distr. pign. 8, 27.

³⁾ Vgl. *Peregrina* 8, 55 (Zachr. 10, 134).

Die erste Gruppe von hierher gehörigen Rechtsverhältnissen oder, römisch richtiger gesprochen, von Aktionen sind die infamierenden Konsensualobligationen, Gesellschaft, Mandat, Vormundschaft und die *Doa*. Von ihnen habe ich früher (I, 441 f.) die Vermutung ausgesprochen und zu begründen versucht, dass ihre Klagbarkeit sich unmittelbar aus der das ganze Verhältnis beherrschenden *Fides* entwickelt habe¹⁾. Sie gehören aber noch von einer anderen Seite her angesehen zusammen: sie begründen eine dauernde Beziehung unter den Parteien; der eine erlangt durch ausdrückliche (Tutel, *Doa*, Mandat) oder stillschweigende (*Societas*) Übertragung oder von sich selbst aus (*neg. gestio*) eine gewisse Gewalt, eine Befugnis; die macht er für den anderen oder mit für den anderen geltend; eben darum ist seine Stellung innerlich durch die Rücksicht auf diesen, d. h. durch die *Fides* gebunden.

1. Öffentlichrechtliche Verhältnisse.

Diese privatrechtlichen Verhältnisse haben ihr Gegenstück in öffentlichen Ämtern, in mancher Beziehung sogar ihr Vorbild. Das ist schon früher hervorgehoben worden (I, 108 f.). Das Amt ist zunächst Befugnis und Gewalt (*ius et potestas*); es wird aber innerlich gebunden durch die Treue, die *fides*. Der Beamte hat das Amt zu führen 'in Treuen und zum Heile des Gemeinwesens'²⁾. Der gewöhnliche Amtseid verstärkt nur diese ohnehin bestehende sittliche Verpflichtung³⁾. Der Gegensatz wäre also *dolus malus* und *fraus*. In der Tat lautet der Eid auf die Gesetze, der unter Umständen von den Beamten gefordert wird, auf *se contra hanc legem non facturum scientem dolo malo*⁴⁾.

¹⁾ Ich habe diese Ansicht gegen die abweichende Meinung Buchmanns zu verteidigen gesucht: *Peregrina* 3, 232 ff. (Zachr. 9).

²⁾ I, 149. Vgl. namentlich den dort A. 16 angeführten Stellen: SC. de Thibacis 12 (Brunn p. 163): [*ἀρχαὶ*] αἱ αὐτῶν ἐκ τῶν ἀφωρίων ἀπαγορεύειν καὶ τῶν ἄλλων πλεονεξίας γενέσθαι (vgl. 39 sq. p. 163); lex Manilia c. 5 (p. 75 Br.): *ut e re publica fideque sua videbitur*; SC. de philosophis (Sueton de cl. rhet. 1); CIL. 2, 1256.

³⁾ Vgl. *Sacrosanctum* 1, 20 f. (SB. d. Akad. 1885 S. 1162 f.).

⁴⁾ Tab. Iust. 15 (CIL. 1, 45; Brunn p. 54); tab. Salp. 25, 33; 26, 4 (Brunn p. 144 sq.); Mommsen, *Staatsrecht* 1, 619 f.

A. Für die Amtsführung als solche ist der römische Beamte niemals verantwortlich gemacht und zur Untersuchung gezogen worden. Es gab keine allgemeine Rechenschaftsablage und keine Behörde, die sie hätte fordern oder entgegennehmen dürfen, wie etwa die Euthynen in Athen. Der Schwur aus Schlasse des Amtsjahres hat, soviel wir wissen, lediglich formale Bedeutung¹⁾; es schlossen sich daran wol Ansprachen über die Amtsführung²⁾, aber keine Erörterungen über die amtliche Tätigkeit des Zurücktretenden.

Hier greift 1. der sog. tribunische Rechenschaftsprozess ein³⁾. Das ist aber nicht eine Nachprüfung der Amtsverwaltung; denn zu dieser ist weder der Tribun noch die Plebsversammlung befugt. Es ist vielmehr ein Disciplinarverfahren. Der Tribun verhängt über den Beamten, der zurückgetreten ist, eine Busse (*multa*) auf Grund seiner polizeilichen Zuchtgewalt (*coercitio*)⁴⁾, und rechtfertigt diese Ahndung vor der Volksversammlung, an die natürlich Berufung eingelegt wird. Dabei kann begreiflicherweise immer nur von der Ahndung einer einzelnen Handlung die Rede sein. Die 'Amtspflicht' als solche, die *fides*, ist nicht zu fassen; es lassen sich nur bestimmte Tatbestände bezeichnen, durch die ein Troubruch begründet wird; insoweit steht das Disciplinarverfahren dem Strafverfahren ganz gleich. So ist es heutzutage auch, und so ist es naturgemäß⁵⁾.

291 Wir kennen eine grosse Anzahl solcher tribunischer Prozesse gegen die 'Inhaber der höheren Stellen' aus geschichtlicher Zeit. Es handelt sich durchgängig um vorsätzliche Verletzung der Beamtenpflicht⁶⁾. Ob aber die Tribunen nicht

¹⁾ Livius 29, 37, 12; Mommsen I, 825.

²⁾ Cicero ep. 5, 2, 7; in Plin. 6.

³⁾ *Αἰὲρ ἀναστροφῆς τῆς ἀρχαίας τοῦ πόλεως*: Dionys 9, 27; *αἰὼν (den Konsul) παραπονεῖται εἰς τὸν*: Dio Cass. fr. 33, 30 Mib.; Mommsen, *Staatsrecht* 2, 317 ff.

⁴⁾ Polybios 6, 14, 6.

⁵⁾ Vgl. Lahand, *Staatsrecht d. d. Reiches* 1, 438 ff. Ich denke, der Vergleich mit heutigen Zuständen hat doch manchmal seine Vorteile, wo sich ein Grund die Dinge anders zu gestalten im römischen Leben nicht absehen lässt.

⁶⁾ Vgl. die Zusammenstellung bei Mommsen 2, 329 f.

auch wegen Fahrlässigkeit blüsten oder blüsen durften, das ist schwierig zu entscheiden¹⁾. Es wird in geschichtlicher Zeit angedeutet, dass der Feldherr wegen einer verlorenen Schlacht nicht verfolgt werde, selbst wenn er 'tolikühn und unkundig' vorgegangen sei²⁾. Aber aus der älteren Periode wird mehrfach von solchen Anklagen berichtet³⁾, und aus späterer kennen wir zwei Fälle, wo der Tribun die *tres vires capitales* wegen Fahrlässigkeit multiert und von der Volksversammlung verurteilen lässt⁴⁾. Diese mögen den anderen Processen nicht gleichartig sein; indes die Überlieferung macht keinen sichtbaren Unterschied. Sie fasst die Anklagen der höheren Beamten als rein politisches Vergehen auf; erklärlich ist dadurch der feste Tatbestand in Frage gestellt.

2. Die Multiprocesse werden abgelöst durch das Verfahren in den *quaestiones perpetuae*, die ja zunächst vorwiegend für die Amtsvergehen eingerichtet wurden. Sie haben es natürlich nur mit dem einzelnen Verbrechen zu tun: Missbrauch der Amtsgewalt (*maiestas*), Erpressung (*repetundae*), Unterschleif (*peculatus*), Erseuchung (*ambitus*). Der Tatbestand fordert hier ausnahmslos den Dolus (S. 28, S. 40). Mit dem Übergange aus dem Disciplinarverfahren in den ordentlichen Strafprozess sind wenigstens seit Sulla alle Schwankungen beseitigt.

In der Kaiserzeit änderten sich anscheinend die Dinge:

1. Caesars Repetundengesetz hatte den Tatbestand des Verbrechens endgiltig festgestellt; er war sehr weit gefasst⁵⁾ und wurde vielleicht durch Senatsschlüsse und Kaisererlasse noch mehr ausgedehnt⁶⁾. Dadurch wurde dies Verfahren wirklich zu einer allgemeinen Prüfung der Verwaltung, namentlich der Statthalter⁷⁾.

¹⁾ Mommsen S. 304 A. 2 verneint es.

²⁾ *laucritas et inscitia*: Livius 28, 2, 7 (in J. 543/211).

³⁾ Namentlich Livius 4, 40 sq.; aber doch noch 462/272: Dio Cass. fr. 30, 33 M.

⁴⁾ Valerius Max. 8, 1 damn. 3 sq. (wegen Vorspaltung bei einer Feuersbrunst; wegen nachlässiges Wachdienstes).

⁵⁾ S. die Bruchstücke in Caesar od. Kuebler 3 p. 172 sq.

⁶⁾ Plinius ep. 5, 5.

⁷⁾ Tacitus ann. 4, 66 sqq.; *unde administratae provinciae aliorumque criminosa arguebantur*: Tacitus ann. 6, 29; *male gesta administratio*: c. 2

2. Ähnlich gieng es mit dem Peculate, wenn auch hier die Sache nicht so klar ist. Die *lex Julia* bestimmte den Tatbestand des Verbrechens und setzte es in engste Beziehung zum *crimen residuum*. Senatsschlüsse und kaiserliche Verordnungen haben hier besonders stark eingegriffen¹⁾. Es scheint, dass man das Strafverfahren auf die höheren Beamten einschränkte; für die niederen Verfolgung im Civilprocess als ausreichend ansah²⁾. So gelangte man zu einer Art von finanzieller Rechenschaftslegung³⁾.

Man versteht diese Entwicklung, wenn man sich vergegenwärtigt, wie das Strafverfahren sich in der Kaiserzeit verwandelte. Gegen die senatorischen Staatsbeamten wurde nicht mehr vor der *quaestio*, sondern regelmäßig vor dem Senato oder dem Kaiser verhandelt. Da aber waren Anklage und Urteil nicht auf eine bestimmte Straftat und ein einzelnes Gesetz formell beschränkt; das ganze pflichtwidrige Verhalten des Angeklagten wurde erörtert. Beide Anklagen haben noch manche Spuren ihres privatrechtlichen Ursprunges auch in ihrer späteren Gestaltung bewahrt: die Verurteilung in das mehrfache als Strafe und die Haftung des Erben sind nicht auf strafrechtlichen Boden erwachsen⁴⁾. Dennoch ist nirgends angedeutet, dass die Haftung bei diesen öffentlichen Verbrechen über den Dolus hinausgieng.

B. Anders steht es dagegen in sechs besonderen, unter sich nicht zusammenhängenden Fällen von verletzter Amtspflicht.

1. Die Verantwortlichkeit des Richters für das Urteil und die Leitung des Streitverfahrens geht allem Anscheine nach auf die XII Tafeln zurück. Der Richter, der auf Grund einer Bestechung das Recht zu Gunsten einer Partei beugt, macht sich eines Kapitalverbrechens schuldig⁵⁾; der Richter, der zur anberaumten Tagfahrt nicht erscheint, hängt sich den Process

CTh. de rep. 9, 27; namentlich Macer und Velleius fr. 3 sq. de rep. 48, 11; Pap. fr. 9 cod.

¹⁾ Fr. 11 § 6, fr. 8 § 1, fr. 5 § 4 de pecul. 48, 13.

²⁾ Fr. 11 § 2 sqq.; Rein, *Criminalrecht* S. 675 f.

³⁾ C. m. de pec. 9, 28 verglichen mit c. 1 sq. CTh. cod. 9, 28.

⁴⁾ Fr. 2 de rep. 48, 11; fr. 16 de pecul. 48, 13; Paulus 5, 27.

⁵⁾ XII 9, 3; Gellius 20, 1, 7.

an⁶⁾. Der zweite Satz findet sich nach unserer Überlieferung nicht in den XII Tafeln; aber er steht gleich mit der Anordnung, dass der Richter zu Gunsten der erschienenen Partei erkennen solle, wenn die Gegenpartei bis Mittag ausbleibt⁷⁾. Es liegt hier eine doppelte Vermutung nahe: 1., dass der Richter irgendwie neben den Parteien in den XII Tafeln erwähnt wurde, oder — was auf dasselbe hinauskommt —, dass die alte *interpretatio* von den Parteien auf die gleiche Behandlung des Richters schloss; und ferner 2., dass dem Richter dieselben Entschuldigungsgründe für sein Ausbleiben zur Seite standen, wie der Partei: Krankheit und Termin mit einem Landfremden⁸⁾. Man hat dann schon hier die Grundlage der späteren Entwicklung: vorsätzliche Rechtsbeugung durch das Erkenntnis und fahrlässige Schädigung der Partei durch mangelhafte Processleitung. Diese alten unzulänglichen Regeln wurden offenbar später vom Prätor beiseite geschoben⁹⁾, in ähnlicher Weise und aus ähnlichen Erwägungen, wie die XII tafelmässige *a. iniuriarum* (2a, S. 23 fl.). Das Edikt enthielt eine Bestimmung und eine Formel über den *index qui litem suam facit*; wo sie standen und wie sie lauteten, ist allerdings nicht mit einiger Sicherheit zu sagen¹⁰⁾. Es ist kein Zweifel, dass der Richter, wenn er *dolus* unrichtig erkannt hatte, den vollen Betrag der Urteilssumme (*vera litis aestimatio*) ersetzen musste¹¹⁾; in weniger schweren Fällen kam er mit einer leichteren Strafe davon¹²⁾. Das führt zu der Annahme einer auf *aequum bonum* gestellten Formel¹³⁾. Sie kann aber auch auf *quantum ei res est* gegangen sein¹⁴⁾. Wichtiger ist die materielle Haftung.

⁶⁾ Macrobius Sat. 3, 16, 16 (2, 12).

⁷⁾ XII. 1, 8; Gellius 17, 2, 10.

⁸⁾ XII. 2, 2; Cicero de off. 1, 37. Krankheit (*infirmitas, valetudo*) und eine notwendige Reise sind nach Ediktsrechte Gründe das Richteramt abzulehnen: fr. 18 pr. de iud. 5, 1; fr. 15 pr. § 3 de vac. 50, 5 (beide aus Ulp. B. 23 a. Ed.).

⁹⁾ Koller, *Cicilpr.* S. 448 f.

¹⁰⁾ Lenel, Ed. S. 136 f. Er weist nach, dass nur eine Klage gegeben war, nicht, wie ich in der 1. A. mit der gemeinen Ansicht annahm, ihrer zwei.

¹¹⁾ Fr. 15 § 1 de iud. 5, 1.

¹²⁾ Fr. 6 de extr. cog. 50, 13.

¹³⁾ So Lenel S. 136.

¹⁴⁾ Wesentlich bestimmt zu einer Formel auf *quantum aequum vide-*

Der Richter haftet neben dem Dolus auch für die sog. *imprudencia*; das ist offenbar der Kunstansdruck für die vorsätzliche Pflichtverletzung¹⁾. Aber die positive Bedeutung des Wortes ist schwer festzustellen; die Juristen haben anscheinend mit Absicht vermieden hier von *Diligens* und *Culpa* zu sprechen; der Richter sollte bei Beurteilung des Vergehens ganz freie Hand behalten. Deshalb sind wir nicht befugt hier die Kategorien von *lata* und *levis culpa* hereinzutragen²⁾. Es handelt sich um Unbedacht und Übersiehung so gut wie um Unwissenheit und Torheit (*stultitia*)³⁾. Vor allen Dingen gehört auch Rechtsunkenntnis hierher, und zwar Unkenntnis des materiellen ebenso wie des formellen Rechtes, die zu einem unrichtigen Erkenntnis führt⁴⁾. Das befremdet zunächst⁵⁾. Indessen muss man doch bedenken, dass der Richter immer ein *Consilium* zuzog, das ihn auch in juristischen Fragen beriet; und dass sein Wahrspruch unanfechtbar war. Die Quellen sagen wiederholt, ein törichtes Erkenntnis müsse die Partei ertragen⁶⁾; sollte sie dem Richter gegenüber ganz schutzlos gewesen sein?

biter wird L., abgesehen von der Analogie, durch die Schlussworte von fr. 6 de extr. cog. 50, 13: *ideo videtur quasi ex maleficio teneri in factum actione* [et in quantum de ea re aliqua religioni indicantia minus fuerit, porneum antinonit]. Die entscheidenden letzten Worte fehlen in der Parallelstelle fr. 5 § 4 de O. et A. 41, 7, sie stehen aber in den Institutionen pr. de obl. q. ex contr. 4, 5. Sie haben die Annahme einer Doppel-formel veranlasst; Lenel erklärt sie als Inhalt der *in factum actio*. Mir scheint das trotz allem nicht passend für die *vera litis aestimatio*, von der doch als dem normalen anzugehen sein wird. Für Gains' Deduktion ist der letzte Satz überflüssig und irrelevant; denn das *quasi maleficio* muss zur Ablehnung der *poena*, nicht zur willkürlichen Strafe führen. Mir scheinen die Worte als interpretiert verdächtig.

¹⁾ Fr. 51 pr. de ev. 21, 2; fr. 2 quod quisq. lit. 2, 2.

²⁾ So auch Usterl., d. *privatrechtl. Verantwortlichkeit des römischen Richters* S. 52 f.

³⁾ Fr. 4 § 1 de damn. inf. 39, 2; c. 29 § 2 de pact. 2, 3. Diese Stellen beziehen sich freilich nicht auf richterliche Entscheidungen.

⁴⁾ Gains 4, 52 ist, wie mir scheint, gar nicht anders zu verstehen: der Richter beschützt uns Versehen die strenge Anweisung der Formel nicht, und wird deshalb auf *Ernst* belangt, *litum suum facit*.

⁵⁾ Lenel S. 137 spricht von einer 'praktisch höchst bedenklichen Verirrung'.

⁶⁾ Fr. 5, fr. 51 pr. de ev. 21, 2; c. 5 de ev. 8, 44.

So hat man doch den Eindruck, als ob die *prudencia iudicis* ziemlich viel umfasst hätte, dass man daher die *imprudencia* eher mit *levis* als mit *lata culpa* vergleichen könnte.

In diesem Zusammenhange ist es von Bedeutung, dass Gains den Vorstoß des Richters, in dem wir unbedenklich ein Amtsvergehen sehen, ausdrücklich als *peccatum*, nicht als *maleficio* bezeichnet. Die Verletzung der Amtspflicht ist eben etwas besonderes, das sich nicht ohne weiteres den gewöhnlichen Regeln unterordnen lässt. So würde es sich erklären, 1. dass der Richter, der ein Haussohn ist, nur bis zum Betrage des *Peculium* haftet¹⁾. Man hat zur Erklärung dieser *Peculiar-*haftung des Vaters auf den Fall des Sp. Cassius (1, 124) verwiesen²⁾; der Vater weilt das *Peculium* des hochverräterischen Sohnes der Ceres³⁾. Ein anderes Verhältnis gehört auch hierher: die Kosten für das Begräbnis einer Frau müssen aus ihrer Dos bestritten werden⁴⁾. Das sind zwei religiöse Verbindlichkeiten, die wie die *Sacral*schulden überhaupt, wo

¹⁾ Das sagt fr. 15 pr. de ind. 5, 1 nach der zweifellosen L.A. der Kompilatoren: *plius fam. iudex ei litum suum faciat, in tantum quantum tenetur, quae tunc in peculio fuit, cum sententiam dicat*. Dem Bas. 7, 5, 15: *ταξέως καὶ ἀπὸ ἀπορίας κρίνεται*. Die Auskunft des Celsus (obsere. 12, 18) hier an diesen Fall der *imprudencia* zu denken, ist mindestens nicht notwendig. Wenn nach Mommsens Vermutung zwischen dem ersten beiden Worten *sibi contraxit* eingeschoben (*sublatum*) wäre, so ergäbe dies allerdings einen ganz passenden Sinn: wenn der Richter den Kläger ungehörigerweise mit der *Peculiar*klage abgewiesen hat, so soll er bis zum Betrage des Sondergutes haften: denn soviel hat der Kläger Schaden. Indessen zwei Bedenken stehen dem entgegen: es ist 1. nicht abzusehen, weshalb die Kompilatoren, um dem obigen wunderlichen Satz zu Stande zu bringen, den ursprünglichen klaren Sinn so gänzlich verkehrt haben sollten. Und der so hergestellte Gedanke trifft 2. kaum für den Fall doloser Abweisung zu. Ist die beschränkte Verurteilung des Richters die für diesen Fall vorgeschriebene Verurteilung zur *vera litis aestimatio*? Einen allgemeinen Sinn hat die Stelle erst durch die Kompilatoren erhalten. Denn sie stand ursprünglich im Zusammenhange der Bürgschaftsgesetze (Ulp. B. 21 z. Ed., fr. 650). Diese besondere Beziehung haben die Kompilatoren gestrichen. Welche es war, lässt sich schwerlich erraten (Lenel, Ed. S. 170).

²⁾ Radloff, *ed. perp.* p. 92.

³⁾ Plinius 34, 4, 15; Livius 2, 42, 10.

⁴⁾ Fr. 16 de relig. 11, 7.

sie nicht mit dem Tode erlöschen, auf dem Vermögen ruhen²⁾, auch auf dem bloss tatsächlichen des Hanssohnes und der Ehefrau. Dazu stellt sich, wie mir scheint sehr passend, dieser dritte Fall des Richters, der seine Amtspflicht (*fides*) verletzt³⁾. Und damit stimmt 2. Julians Meinung überein, dass die Klage auch gegen die Erben des Richters gehe⁴⁾. Er scheint seine Lehre gerade im Gegensatz zu einem eigentlichen Deliktanspruch aufgestellt zu haben, der Klage gegen den *qui vi aliquem exemit*⁵⁾. So kann sich seine Anschauung nur darauf gründen, dass die *a. in factum* gegen den Richter nicht, wie die andere, eine Strafklage sei; denn sie entspringe nicht aus einem Vergehen⁶⁾.

II. Der Richter ist nicht Beamter; er wird vom Prätor mit der Entscheidung eines Rechtsstreites zwischen zwei Privatpersonen, für ihre Angelegenheiten und in ihrem 'Interesse' betraut. Der den römischen Juristen eigenen privatrechtlichen Auffassung des Processes entspricht es, dass man den *index* nicht als Obrigkeit und Träger der Staatshoheit ansieht, sondern als den Parteien Verpflichteten: ihnen ist er zu gehöriger Entscheidung der Sache verbunden⁷⁾. So aufgefasst wird die Stellung des Richters der des Feldmessers ähnlich, mit der man sie öfters in Beziehung gebracht hat⁸⁾. Es handelt sich dabei nicht um die Gesamttätigkeit des Feldmessers, sondern um einen einzelnen besonderen Fall: seine Mitwirkung beim

²⁾ *Sacrosanctum* 2, 36 ff. (*Syll. d. Akad.* 1886 S. 1196 f.).

³⁾ So ist es auch bei anderen Aufvergehen (fr. 1 § 13 de pec. 15, 1), und bei anderen sog. Quasidelikten (fr. 1 § 7 de his qui off. 9, 3).

⁴⁾ Fr. 16 de iud. 3, 1.

⁵⁾ Fr. 5 § 4 noquis omni 2, 7; Ulp. B. 5 x. 35d.; fr. 271 l.

⁶⁾ Eigentümlich behandelt *Prinz* (*Form.* 2, 169 A. 4; 161 A. 5) den Fall. Er kommt nach vielfachen Erwägungen zu dem Ergebnisse, es liege hier kein wahres Delikt vor, wenn das Rechtsmittel nicht pünktlich sei. Freilich nachdem Julians Meinung, die Klage sei eine erhaltende, von den jüngeren Juristen verworfen sei, werde die Bezeichnung als Quasidelikt 'ritualhaft'. Mir scheint diese Auffassung das Verhältnis geradezu umzudrehen. Eine *a. pecunia* ist eben eine *a. ex delicto* (fr. 23 § 8 ad l. Aq. 9, 2): nicht das Rechtsmittel bestimmt die Auffassung des Tatbestandes, sondern umgekehrt.

⁷⁾ *Farrus* 2, 35 ff.; 9, 64 ff. (*Zachr.* 9, 38 f.; 19, 143 ff.).

⁸⁾ Z. B. Bethmann-Hollweg, in *Hassers Culpa* S. 556.

Verkaufe eines Grundstückes¹⁾. Das Landgut wird von einem Sachverständigen vermessen; dieser 'gibt das Mass an', *modum vimentis*, und danach wird der Kaufpreis festgesetzt. Die Einrichtung steht also in engstem Zusammenhange mit der *a. de modo agri* (3, 115 f.). Die *vimentis* ist hiernach ein für beide Teile massgebender Ausspruch des Feldmessers; er lässt sich recht wol mit dem Urteile des Richters vergleichen.

Der selbständige Feldmesser (*finitor*) der republikanischen und der Kaiserzeit ist ein angesehener, in seiner Art gelehrter Mann, wie der *iurisperitus*; gleich diesem ohne amtliche Stellung²⁾, aber später wenigstens Mitglied einer bevorzugten Körperschaft³⁾. Es versteht sich, dass über die Ausübung seiner freien Kunst nicht eine *operarum locatio* abgeschlossen, sondern nur ein Honorar dafür in Aussicht gestellt werden kann⁴⁾. Der Prätor aber gab gegen ihn eine *a. in factum*, wenn er beim Verkaufe eines Grundstückes durch 'Verkündigung' eines falschen Masses die Partei geschädigt hatte⁵⁾. Die Formel trifft nur den einen Fall, von analogen Erweiterungen abgesehen⁶⁾. Die Klage setzt *dolus*, also vorsätzliche Schädigung der einen Partei voraus⁷⁾, eine Lüge bei Angabe des Masses⁸⁾.

Man kann die Klage in den Quellen nicht über Julians Edikt zurückverfolgen. Sie stammt aber jedenfalls schon aus republikanischer Zeit. Das folgt aus ihrem Zusammenhange

¹⁾ In fr. 1 pr. wird freilich an erster Stelle die Grenzregelung erwähnt. Das passt aber zum Folgenden ganz und gar nicht. Diese 'Ulpianische Erklärung' sagt auch mit seltsamer Wendung, wenn einer gegen den Feldmesser *ex loco conducto* geklagt habe, 'nec tenere intentionem': eine zweifelhafte unrichtige Angabe (S. 175 f.). Das Ganze wird wol, wie so häufig, kompiliert sein.

²⁾ CIL. 1, 1109, 1244; 6, 198; Wilmanns 869, 875.

³⁾ Vgl. Mommsen, *epigramm* 5, 114 sq.

⁴⁾ Fr. 1 § 1 ad m. 11, 6; fr. 1 pr. de extr. cogn. 50, 15; vgl. Mommsen, *Recht*, röm. Feldmesser 2, 174 f.; 320 f.

⁵⁾ Fr. 1 § 2, fr. 2, wesentlich fr. 5 pr. lt. In der letzten Stelle ist die *l. A. liberetur* der Basiliken wegen beizubehalten (Bas. sch. 1 von 60, 9, 5; s. *Antiquar. Hieronymus* 19, 19, 19, 19, 19, 19), nicht mit Cujas (obs. 1, 35) in *l. liberetur* zu ändern. Der Ausdruck ist ungewöhnlich, aber der Sinn klar: der Verkäufer wird frei, d. h. er kann das Grundstück nun nicht mehr mit Vorteil verkaufen.

⁶⁾ Fr. 3 § 1 lt.

⁷⁾ Fr. 1 § 1, fr. 3 § 3 lt.

⁸⁾ Fr. 5 § 2, fr. 6 sq. lt.

mit der *a. de modo agri* und aus der Stellung der Feldmesser gerade in der älteren Zeit¹⁾. Sie lässt Raum für verschiedene Auffassungen. Ulpian, der durchgängig den Pomponius anschreibt, betrachtet die Verantwortlichkeit des Feldmessers als eine *obligatio ex delicto*, aber nicht schlechthin als ein Delikt; denn er begründet die Haftung nicht mit dem *fallere* als einem Verbrechen, sondern mit dem *Interesse*, das der Auftraggeber hatte²⁾. Paulus bezeichnet die Obligation ausdrücklich als *perpetua, quia initium rei [redit?] non ad circumscriptionem, sed a suscepto negotio originem accipit*³⁾. Er legt also das Gewicht auf die geschäftliche Verbindung zwischen dem Feldmesser und den Parteien (*negotium*). Damit hat er schwerlich geradezu ein Vertragsverhältnis annehmen wollen⁴⁾, etwa wie das *receptum arbitrii*. Denn davon, dass beide Teile mit dem Mensor in Berührung treten, ist nicht die Rede; dennoch kann jeder klagen *eius interest*⁵⁾. Aber er hat doch damit die rein deliktische Grundlage abgelehnt, und die Klage eben deshalb als *perpetua* bezeichnen können. Die Vereinigung dieser beiden Theorien bildet die Auffassung der *falsa remuneratio* als einer Pflichtverletzung, gleich dem unrichtigen Urteile des Richters.

In zwei Punkten hat man allerdings die Deliktsnatur der Klage anerkannt: sie geht nicht gegen die Erben⁶⁾, und der Herr haftet noxal für den Sklaven. Indessen 1. für den letzten Punkt bestand doch ein Zweifel, ob die Klage *peculiar* oder *noxal* gegeben werde⁷⁾. Dass Sklaven häufig tatsächlich als Mensoren auftraten statt ihrer gelehrten Herren, ist bekannt⁸⁾. Durch eine wesentlich falsche Angabe begibt der Sklave offenbar ein Delikt: ein Vertrag wird nicht abgeschlossen;

¹⁾ Vgl. Rudorff, *rom. Inst.* S. 320 A.

²⁾ Fr. 1 pr. si mens. 11, 6.

³⁾ Fr. 4 eod.

⁴⁾ So die 1. Aufl.; Voorda, *observ. et censur.* 1, 10, der diese Begründung schärflich bekämpft. Sehr gut: Faber, *errores praei.* 76, 8 (IV p. 26).

⁵⁾ Fr. 3 § 1 h.

⁶⁾ Fr. 3 § 6 h.

⁷⁾ Fr. 3 § 6 h. 11, 6.

⁸⁾ CIL. 9, 699; Mommsen, *Feldmesser* 2, 174.

deshalb müsste der Herr noxal haften. Aber das Bedenken, das selbst Pomponius nicht unterdrücken kann, zeigt, wie sehr man geneigt war, den Deliktcharakter der Klage und seine Folgen abzuschwächen. Ulpian fügt hinzu: *quoniam civilis actio de peculio compellat*. Es ist damit allem Anscheine nach die *a. de modo agri* gemeint¹⁾. Sie ist ursprünglich sicher eine Deliktklage (3, 115 f.). Wenn sie *de peculio* zusteht, so zeigt das, wohin die Entwicklung des klassischen Rechtes gieng. Hierher gehört weiter 2., dass die Klage zwar aufs Ganze gegen jeden Mensor geht, wo mehreren die Arbeit übertragen worden ist; dass aber im klassischen Rechte ohne Zweifel die Litiskontestation mit dem einen den anderen befreite²⁾. Das ist der reinen Deliktsregel zuwider; aber es lässt sich sehr gut mit dem Gedanken der Pflichtverletzung vereinbaren. Von hier aus könnte man endlich 3. auch zu einer Haftung des Feldmessers für Fahrlässigkeit gelangen. Ulpian lehnt eine Ausdehnung nach dieser Seite schroff ab. Aber er fügt hinzu (fr. 1 § 1 h.):

sed et si neglegenter, acque mensor scieris est. [In culpa plane dolo comparabitur.] sed et si mercedem accepit, non omnem culpam cum praestare.

Damit ist jedenfalls, ähnlich wie beim *index*, ein Schritt über die vorsätzliche Lüge hinaus geschehen. Das entscheidende Sätzchen tritt als anerkannte Rechtsregel auf. So weit war man im klassischen Rechte sicher noch nicht (S. [377 ff.]). Wahrscheinlich ist der Satz ein Einschub der Kompilatoren³⁾.

Ganz unberührt von diesen Regeln bleibt der Fall, wo mit dem Feldmesser eine Werkverdingung (*opus locatum*) abgeschlossen ist. Das ist in republikanischer Zeit mehrfach von

¹⁾ So Lenel, *Zehr. f. RG.*, NF. 3, 196.

²⁾ Fr. 3 pr. h.: si duobus mandavero et exbo (beide zusammen, nicht uterque) dolus fecerint, adversus singulos in solidum agi potest, sed altero convecto, si solus fecerit, in alterius actionem denegari oportet. Dass die eingeklammerten Worte Einschub der Kompilatoren sind, weist Flocco nach (Archiv 77, 438).

³⁾ Der Satz unterbricht den Zusammenhang: das Folgende schließt sich an, als wäre er nicht da. Aber abgeändert ist der Schlusssatz wahrscheinlich ebenfalls, das beweist die indirekte Rede.

Statswegen geschehen; es werden ganze Gebiete vermessen¹⁾. Aber es ist ohne Zweifel auch für Privatpersonen zulässig: denn die Werkverdingung ist nicht wie die Dienstmiete auf sog. 'unfreie Dienste' beschränkt; sie bezieht sich auch auf geistige, wissenschaftliche und künstlerische Leistungen²⁾. Und wenigstens einmal wird die Dingung eines Feldmessers bei Grenzregelung in unseren Quellen ausdrücklich erwähnt³⁾. Dass nun in einem solchen Falle der *conductor operis* für seine eigene und seiner Gehilfen Fahrlässigkeit, wie immer, einstehen müsse, das wird nicht zu läugnen sein. Sollte eine solche Verdingung auch beim Verkaufe eines Grundstückes vorgekommen sein, so wäre damit eine Klagenkonkurrenz gegeben.

III. An diese halbamtlichen Vertrauensmänner schliesst sich als dritter der *argentarius* an. Seine Stellung ist im ganzen und einzelnen der des Mensor sehr ähnlich: die strenge Staatsaufsicht verschaffte den Bankhaltern Ansehen und öffentlichen Glauben bei ihren mannigfachen Vermittlungsgeschäften⁴⁾. Nur in einem Punkte hat das Edikt regelnd eingegriffen, bei der 'Editionspflicht'. Es wird angeordnet, dass demjenigen den es angeht (*pertinet*), auf Verlangen die Rechnungen (*rationes*), die Nachweise über die gesamte Geschäftsführung vorgelegt, besser zur Verfügung gestellt werden müssen, also dem Kunden, in dessen Auftrage (*mandatum*) sie geführt worden⁵⁾. Dieser Auftrag bezeichnet hier keinen Vertrag, der den Argentarius an den Kunden bindet. Der Anspruch auf *editio rationum* ist natürlich erst die Folge der vom Bankhalter übernommenen Geld- und Vermögensverwaltung. Diese aber wird auf das Depositum, nicht auf ein Mandat gegründet⁶⁾, und lässt sich in einzelnen Geschäften, *receptum, delegatio* u. s. w. auf. Die

¹⁾ I. agr. Z. 965 (Beun. p. 10): *agrum qui Corinthiorum [fuit]... quem ex A. L. centio oportebat, centum metinodum terminoque statui [curato]... opusque locata eique operi diem decimo; lib. col. 1 p. 221 sq. (Lachm.): lex agris limitandis metinodis partis Tusciae... qui conluzerit et q. s. r.*

²⁾ *Parerga* 3, 244 ff. (Zachr. 9).

³⁾ Fr. 4 § 1 fin. reg. 10, 1.

⁴⁾ Gaius fr. 19 § 1 de ed. 2, 13; *Parerga* 8, 38 f. (Zachr. 12, 117 f.).

⁵⁾ Fr. 4 pr.; fr. 6 § 5, § 3 ht.

⁶⁾ Darüber schon Cujas, *obere*, 10, 14.

Editionspflicht ist also ein Ausfluss der öffentlichen Vertrauensstellung¹⁾; das Edikt hat sie rechtlich anerkannt und erzwingbar gemacht.

Wenn die Rechnungen nicht vorgelegt werden, so geht gegen den *Argentarius* eine *actio in factum* auf vollen Schadensersatz²⁾. Die Voraussetzung ist nach der Formel das *dolo malo non edidisse*³⁾. Dem entspricht es, dass gelegentlich die Ausdrücke *delinquere* und *punire* vorkommen⁴⁾. Aber die Klage wird nirgends als Delikt klage bezeichnet, sie geht anscheinend auch gegen die Erben⁵⁾, und peculiar gegen den Herrn⁶⁾. Sie ist eben der Anspruch wegen Verletzung öffentlicher Pflichten gegenüber einer Privatperson. So ist sie auch auf den Fall der *culpa dolo proxima* ausgedehnt worden⁷⁾. Dem stand die Formel im Wege. Und deshalb haben die klassischen Juristen schwerlich diese Erweiterung der Klage gewagt; sie setzt den Satz voraus: *culpa lata dolo est*. Möglicherweise also haben auch hier die Kompilatoren ihn erst aufgestellt, nachdem der Wortlaut der Formel gleichgültig geworden war.

IV. Die civilrechtliche Verantwortlichkeit des Gemeindebeamten und des mit einer ausserordentlichen Dienstleistung Betrauten wegen eines Schadens, der die Gemeinde in Folge ihrer Verwaltung betroffen hat, reicht jedesfalls bis vor die Hadrianische Zeit zurück⁸⁾. Ob die direkte Klage ein Ersatz

¹⁾ Fr. 9 § 2 ht.: *et frequentissime ad fidei eorum decurritur.*

²⁾ Fr. 6 § 4, fr. 9 pr., fr. 10 § 3 ht.

³⁾ Fr. 8 pr. ht.; Lenz, Ed. 8. 32 f.

⁴⁾ Fr. 4 § 5, fr. 8 pr. ht.

⁵⁾ Fr. 6 § 1 ht. spricht nur vom Zwange zur Edition gegen die Erben, nicht von der Entschädigungsklage, und behandelt die Edition wie eine Solidarschuld. Man darf also zweifeln.

⁶⁾ Fr. 4 § 3 ht.

⁷⁾ Fr. 8 pr. ht.: *ubi exigitur argentarius rationes edere, tunc punitur, cum dolo m. non ediderit. [sed culpam non praestabit, nisi dolo proximam.] dolo m. autem non edidit et q. s. Man kann den ganzen Satz oder nur den Bedingungsatz für eingefügt halten. Die Erwähnung der culpa f. unterbricht jedesfalls den Zusammenhang. Denn im Folgenden wird nur das dolo m. non edere erläutert. Übrigens ist auch darin das in totum non edere nicht unverdächtig.*

⁸⁾ Julian fr. 29 de NG. 3, 5; fr. 12 § 3 de adm. rer. 50, 8.

für die *cautio praedibns* war, wie sie in verschiedenen Gemeinden vom antretenden Magistrat erfordert wurde, oder ob sie neben dieser in denjenigen Gemeinden bestand, wo er keiner Kautions, sondern nur eines bestimmten Censur bedurfte¹⁾, vermag ich nicht zu entscheiden. Der Gesichtspunkt, unter dem man die neue Klage betrachtete, war auscheinend lediglich der, dass der Magistrat das Officium verletzt habe, das die übernommene Amtsführung in sich schloss; die Fides verbot jede Schädigung des Gemeinwesens. Es ist also der Gedanke der Zuwiderhandlung gegen eine publicistische Verbindlichkeit. Daher die Wendungen *propter damnum conveniri, ex detrimento solvere*²⁾. Man vermittelte sich das wol weiter durch die aus der Fides des übernommenen Amtes notwendig abzuleitende Pflicht der Rechnungslegung, die überall da eintrat, wo der Beamte öffentliche Gelder in Händen hatte³⁾. Damit hängt auf der einen Seite der hier ganz besonders häufige Ausdruck *reliquari ex administratione* zusammen, der sich auf das Reste (*reliqua*) Haben aus der Finanzverwaltung bezieht⁴⁾ und der *pecunia residua* des Unterseleisverfahrens genau entspricht. Andererseits müssen die Bürgen (*praedes*) der Beamten versprechen (*respondent*): *rem publicam salvam fore*⁵⁾; das ist also in kürzester Formel der Inhalt der Amtspflicht. Damit geloben sie die vollständige Erhaltung des städtischen Vermögens, wie für den Vormund ausgesagt wird: *rem pupilli salvam fore*. Hiernach ist nirgends eine Spur von einem vertragsähnlichen Verhältnisse zur Gemeinde, das verletzt würde, oder von einem Delikte als Grundlage des Anspruches gegen den Beamten⁶⁾. Das tritt besonders deutlich hervor, wenn

¹⁾ I. Mal. 66, 31; Plin. ep. 1, 19, 2; fr. 14 § 3 de mun. 50, 4; Marquardt, röm. Staatsverwaltung 1, 189.

²⁾ Fr. 21 pr., fr. 24 ad mun. 50, 1.

³⁾ Fr. 2 § 2 § 4 de adm. rer. 50, 8.

⁴⁾ Fr. 25 ad mun. 50, 1; fr. 6 § 1 de mun. 50, 4; fr. 20 § 6 fam. ere. 10, 2; fr. 46 § 1 de adm. et per. 26, 7 (*reliqua trahere*). Vgl. fr. 40 pr. de statul. 40, 7; fr. 23 pr. de pen. leg. 33, 8; fr. 9 de lib. leg. 34, 3; fr. 20 § 1 de instr. leg. 33, 7 (der *sextus colonus* legt auch Rechnung: 1, 128).

⁵⁾ Fr. 2 § 5, fr. 17 § 15 ad mun. 50, 1; fr. 16 § 2 de mun. 50, 4.

⁶⁾ Fr. 21 § 1 ad mun. 50, 1: *Paulus respondit eor, qui pro aliis non ex contractu, sed ex officio quod administraverint conveniuntur, in damnum*

man die Behandlung der *curatores reip.* daneben stellt: sie haften, wenn sie dolos die Gemeinde geschädigt haben, auf doppeltem Ersatz; das ist Strafe (*poena*), die nicht auf ihre Erben übergeht¹⁾. Dagegen haften Amtsgenossen 1. nicht schlechthin als Samschuldner; nur im Falle der Zahlungsunfähigkeit muss der eine für den anderen einstehen²⁾. 2. der Vater, der in die Wahl des Sohnes gewilligt hat, muss voll für den angerichteten Schaden haften: er wird als Gewährsmann (*fideiussor*) für den Sohn angesehen. Darum muss auch erst der Sohn belangt werden³⁾. Endlich 3. wird die Klage der Gemeinde gegen den Erben gegeben: aus Billigkeitsrücksicht und nach besonderer Untersuchung. Auch das wird mit einer übernommenen Gewährspflicht begründet: der Beamte, der für die eingegangenen Geschäfte sich nicht ausreichende Sicherheit bestellen lässt, verbürgt sich selbst (*fideiussor*) dafür, dass die Gemeinde nicht Schaden leide⁴⁾. Alles das zeigt, dass hier das öffentliche Wohl mehr galt, als die privatrechtliche Konstruktion. Und so ist es denn erklärlich, dass man auch *diligentia* bei der Amtsführung verlangte: fr. 8 de adm. rer. 50, 8:

magistratus rei publicae non solum solummodo, sed et [latam negligentiam et hoc amplius etiam] diligentiam debent.

Die Ausdrucksweise ist sonderbar umständlich. Es ist denkbar, dass die *lata negligentia* erst eingeschoben ist. Ihre Erwähnung ist hier ganz überflüssig. Auch wenn man sie streicht, ist

sortis subditui solvere (Parrerga 8, 58; Zeckh. 19, 137); fr. 24 eod. Fr. 11 § 1 ad mun. 50, 1: *negligentiae et poenae causa convenitur* (Papinian) macht die Klage nicht zu einer pönalen.

¹⁾ Fr. 12 § 1 de adm. rer. 50, 8.

²⁾ Fr. 45 de adm. et per. 26, 7: *sed haec in magistratibus tractantur*, quasi duo rei eundem debiti essent omni modo: quod non est; nam si uterque idoneus est, electio locum non habebit. Dem widerspricht fr. 2 § 8 de adm. rer. 50, 8 nicht. Auf die Schwierigkeiten der ersten Stelle gehe ich hier nicht ein.

³⁾ Fr. 9 de adm. rer. 50, 8; fr. 2 pr., fr. 17 § 2 ad mun. 50, 1; c. 1 quod e. eo 4, 26; vgl. fr. 20 § 6 fam. ere. 10, 2: *ars alienum patris et* (Papinian).

⁴⁾ Fr. 6 de fideiuss. et nou. 27, 8.

klar, dass die Haftung für Culpa erst als das zweite, neue, ausserordentliche gedacht ist.

V. Ganz anders stellt sich die Sache da, wo der Gemeindebeamte als obervormundschaftliche Behörde in Anspruch genommen wird. Denn die Obervormundschaft wird von der eigentlich städtischen Verwaltung getrennt gehalten; die Sicherstellung des Gemeinwesens, *comp. saluam fore* bezieht sich auf diese Verhältnisse nicht¹⁾. Das ist sehr erklärlich: denn die Obervormundschaft ist Selbstverwaltung im Sinne der statlichen Zuweisung, sie gehört grundsätzlich nur den Staatsbeamten²⁾, und sie ist recht eigentlich eine prätorische Delegation; die Stadtregierung dagegen ist die Verwaltung der Gemeindeangelegenheiten³⁾. So müssten also, wie der Prätor, so die Duoviri unverantwortlich sein. Die römischen Juristen gründen die Klage gegen sie darauf, dass die Obervormundschaft das Interesse des Mündels wahre, als sei eine Rechtswidrigkeit nur die Verletzung einer Privatobligenheit gegenüber dem Pupillen, nicht einer obrigkeitlichen Pflicht. Daher wird gegen den Obervormund mit derselben Klage, wie gegen den Vormund vorgegangen⁴⁾. Man muss dies als eine juristische

¹⁾ I. Sulp. 29. Der Grundsatz ist von Julian ausgesprochen fr. 1 § 17 de mag. conv. 27, 8: *quasi reus, saluam saluam fore promittit*. Hier ist der Sinn deutlich. Ulpian wiederholt ihn zweimal: fr. 3 § 13 de pec. 15, 1 und fr. 2 § 5 ad mun. 50, 1: *quoniam reus, [saluam?] saluam fore poterit obstrictus est; quia praetor reus, saluam fore promittunt, reus, autem nihil quod ad rem pecuniariam attinet, interest, pupillis tutores dedit*; fr. 1 pr. de mag. conv. 27, 8.

²⁾ Fr. 6 § 2 de tut. 26, 1.

³⁾ Das ist die dem heutigen Staatsrechte geläufige Unterscheidung der Selbstverwaltung.

⁴⁾ Fr. 9 de mag. conv. 27, 8. Über die Bedeutung des Ausdruckes *eodem actio* streitet man. Die Formel der *a. tutelae* in dieser subsidiären Klage kann unmöglich dieselbe gewesen sein. Indes scheint es mir doch auf der anderen Seite bedenklich, den Ausdruck auf die Gleichheit der materiellen Voraussetzungen und Folgen zu stützen (Lenel, Ed. S. 258). Denn Modestinus schließt in den entscheidenden Worten gerade umgekehrt aus der gleichen Klage auf die gleichen Wirkungen: *rescriptum est... et unum peti posse, quoniam eadem in magistratibus actio datur, quae competat in tutores*. Gerade diese Zulässigkeit des Zinsanspruches deutet auf eine *bonae fidei tutelatio civilis*, die auf den Namen des Beamten gestellt war. Lenel (S. 357) meint wegen Celsus fr. 7, diese Fassung sei

Konstruktion ansehen. Denn diese Haftung der städtischen Beamten ist durch einen Senatsschluss unter Traian eingeführt¹⁾ und im weiteren Verlaufe ist die Lehre wesentlich durch Kaisererlasse entwickelt worden. Aber dabei wurde doch der privatrechtliche Standpunkt festgehalten: die Einzelheiten werden nach dem Verhältnisse des Vormundes zum Mündel bestimmt. Mehrere Beamte haften so wie mehrere Vormünder *in solidum*²⁾. Der Vater hat nur nach den Regeln der adjektischen Klagen, also bis zum Betrage des *Peculiums* einzustehen³⁾. Der Anspruch gegen den Erben des Beamten beruht auf einer Verordnung des K. Pius: die Klage soll nur nach Untersuchung (*causa cognita*) gegeben werden und sich im wesentlichen auf *dolus* und *culpa lata* beschränken⁴⁾; gerade hier verweist Ulpian ausdrücklich auf die Analogie der Erben des Vormundes⁵⁾. Indes der Ausgangspunkt für die Haftung des Beamten war auch hier der *dolus malus*, d. h. eine vorsätzliche Nichtachtung des Officiums aus unsittlichem Beweggründe (Bestechung oder dgl.); ihm wird die *culpa lata* für denselben Fall gleichgesetzt; nur in Ausnahmefällen steigert sich die Haftung bis zur *culpa levis*⁶⁾. Darin aber liegt eine wesentliche Verschiedenheit von der *a. tutelae*. Denn vom Vormunde wird unzweifelhaft für *culpa levis* gehaftet (S. 363 f.). Hier macht sich die öffentliche Stellung des Obervormundes wieder geltend.

VI. In diesen Zusammenhang gehört endlich auch die *actio suspecti tutoris*. Wir kennen das Verfahren erst in

sicher falsch. Mir scheint das doch nicht so unzweifelhaft. In fr. 7 c. handelt es sich um den Beklagten; Celsus meint, man könne bald den einen Beamten *in solidum*, bald jeden auf einen Teil belangen. Soll dies in der Formel hervorgetreten sein? Das nimmt Lenel offenbar an. Mit einer *condemnatio* auf *quanti ea res est* ist das so leicht und so schwer zu vereinigen wie mit der auf *tantum pecuniam condemnata*.

¹⁾ C. 5 de mag. conv. 5, 75; vgl. fr. 2 pr. cod. 27, 8.

²⁾ Fr. 1 § 9 de mag. conv. 27, 8 verglichen mit fr. 31 de adm. et per. 26, 7.

³⁾ Fr. 3 § 13 de pec. 15, 1.

⁴⁾ Fr. 6 h. t.; c. 2 cod. 5, 75 (Alex. Sev.).

⁵⁾ Fr. 4 h. t.: *nam nec heres tutoris negligentiae nomine tenetur*.

⁶⁾ Erlass des Marcus fr. 1 § 2 sq.; Celsus fr. 7 h. t. 27, 8; Ruboff, Vormundschaft I, 168 ff.

der Gestalt der severischen Zeit, insbesondere aus Ulpian's Darstellung in den Büchern *de omnibus tribus* und im Ediktakommentare. Im Edikte muss demnach etwas über den verdächtigen Vormund gestanden haben. Eine Formel ist das sicher nicht gewesen: denn das Verfahren war ohne allen Zweifel zur Zeit der *edictum perpetuum* ein reines Kognitionsverfahren: Julian setzt das schon voraus¹⁾. Ein Edikt war im Grunde überflüssig; denn die Belangung des Vormundes beruht auf den XII Tafeln, ob²⁾ auf einer ausdrücklichen Bestimmung oder auf einer Hineindeutung der alten Juristen kommt für uns auf dasselbe hinaus³⁾. Das Edikt wird hiernach schwerlich etwas anderes enthalten haben als die allgemeine Zusicherung des Prätors, er werde sich dieser Angelegenheit annehmen⁴⁾; etwa: *si suspectus tutor postulabitur, prout res erit, animadvertam* o. dgl. Auf eine solche Wendung deutet der wahrscheinlich interpolierte Eingang des Titels: *haec clausula est pernecessaria; cotidie enim suspecti postulatur*. Sie war aber auch für den Stadtprätor erwünscht; denn seitdem die Konsuln und dann der Vormundschaftsprätor hier eingriffen, war es angebracht dem Stadtprätor seine Zuständigkeit zu wahren⁵⁾.

Die Anschuldigung (das *suspectum facere*) des 'verdächtigen Vormundes' wird als *crimen* oder *accusatio* bezeichnet⁶⁾. Das Verfahren wird durch eine *postulatio*, also einen Antrag vor dem Tribunale des Prätors eingeleitet⁷⁾. Diesen Anstoß zum Einschreiten kann jeder, auch eine Frau, auch ein Sklave geben, ja der Prätor kann '*favore pupilli*' sogar von Amtswegen vorgehen⁸⁾, wie er umgekehrt misfallige Antragsteller zurückweisen kann⁹⁾. Nur der Unmündige selbst ist aus-

¹⁾ Fr. 1 § 11 quando app. 49, 4; K. Pius fr. 3 pr. de susp. 26, 10.

²⁾ Fr. 1 § 2 ht.

³⁾ Festgabe f. Beseler S. 54.

⁴⁾ Lenel, Ed. S. 257.

⁵⁾ Jura, z. Gerichtsverfassung d. Kaiserzeit S. 8, S. 40; Pareys 5, 39 (Zehr. f. RG., NF. 14, 171 f.).

⁶⁾ Fr. 1 § 2 § 7 sq., fr. 3 § 7 ht.

⁷⁾ Fr. 1 pr. ht.; fr. 1 § 11 ad Sc. Turp. 48, 16.

⁸⁾ Fr. 1 § 7, fr. 3 § 1 sq., fr. 12 ht.

⁹⁾ Fr. 3 § 4 § 12 ht.

geschlossen: also der eigentliche Gegner des Vormundes¹⁾: unläugbar hätte man ihm, wie das im Civilproceß geschieht, einen eignen *tutor ad agendum* zuordnen können²⁾. Der Beamte prüft den Fall *pro tribunali*, also mit seinem Consilium. Der Antragsteller führt dabei natürlich die Sache, die ihm fremd ist³⁾; aber von Beweisen, die er erbringen müßte, ist nicht die Rede; der Prätor wird ihn selbst als Auskunftsperson benutzt haben. Das Verfahren läuft in ein Dekret, einen Beschluss, eine Verfügung aus, das die Absetzung ausspricht⁴⁾. Soll der Vormund noch bestraft werden, so wird er dem Stadtprätor 'zu weiterer Veranlassung' übergeben⁵⁾; denn der Stadtprätor hat keine Strafgerichtsbarkeit. Das Verfahren kann auch gegen den abwesenden Vormund eröffnet und durchgeführt werden. Dann fordert der Prätor durch Aufgebot (*evocatio*) Freunde und Verwandte auf den Angeschuldigten zu verteidigen⁶⁾. So regelwidrig aber wird nur vorgegangen, wenn gerade die ungehörige längere Abwesenheit des Vormundes nachteilig wirkt. Gewöhnlich wird mit dem Vormunde persönlich verhandelt. Da die Absetzung, das verurteilende Dekret, bescholten macht, so läßt sich der Prätor mit einem Vertreter nicht ein. Nur wenn der Vormund den Prokurator ausdrücklich bevollmächtigt hat, wird dieser als *defensor* zugelassen, muss aber *cautio de rato* stellen, damit der Vertretene nicht etwa später das Verfahren nochmals aufnehmen kann⁷⁾.

¹⁾ Fr. 7 ht.; § 4 de susp. 1, 26.

²⁾ Galus 1, 184. Nach Hruza S. 71 hat das vielleicht 'historische Gründe' aus der Zeit her, wo es keinen *tutor litis causa* gab. Aber wozu das beibehalten? Der Impubes darf eben nicht anklagen.

³⁾ Fr. 20 pr. de app. 49, 1: *qui suspectum tutorem facit et qui de non recipienda tutela excusationem agit, alieno nomine agere intelligendus est*. Die Zusammenstellung mit dem Ablehnungsverfahren ist bereichernd. Soll auch das ein 'Civilproceß' sein? Hruza, *pro tutela agere* S. 77.

⁴⁾ Dies Absetzungsdekret will Hruza (S. 69) genau von der *sententia* unterscheiden. Das könnte doch nur eine *proventio* sein, welche die 'Verdächtigkeit' feststellte. Dafür wäre der Ausdruck ebenso ungewöhnlich, wie für das Dekret; das aber meint Ulpian (fr. 4 § 3 ht.), wenn er sagt: *sententia a tutela removeret*. Dem antwortlichen Verfahren entspricht als Schluss die Absetzung selbst.

⁵⁾ Fr. 1 § 8, fr. 3 § 16 ht.

⁶⁾ Fr. 6 ubi pup. 27, 2.

⁷⁾ Vat. 340 b (= fr. 39 § 7 de proc. 3, 5): *item ait (Ulpianus) si*

Ein so geartetes Verfahren kann man unmöglich als Civilprocess auffassen¹⁾. Es ist ein disciplinares oder polizeiliches Strafverfahren. Das Verhalten des Angeschuldigten wird ausdrücklich als *delictum* bezeichnet²⁾. Aber es kommt allerdings dabei wesentlich auf die Entfernung des verdächtigen Vormundes an³⁾: daher die auf diesem Gebiete des freien Beamtensermessens so zulässigen wie erklärlichen Besonderheiten. Ulpian nennt das Verfahren eine *actio quasi publica*⁴⁾. Das ist nichts weniger als eine Popularklage. Er erläutert den Ausdruck selbst damit, dass der Antrag darauf (*postulatio*) jedem frei stehe. Das ist aber bekanntlich nicht das Charakteristische der Popularklage; es müsste sich daran ein Formularprocess anschließen, und die Klage müsste im allgemeinen Interesse erhoben sein: hier geschieht es zu Gunsten des Mündels, wie bei der *assertio in libertatem* zu Gunsten eines Freien.

So liegen die Verhältnisse nach dem julianischen Edikte. Dass dies einen vorher bestehenden Formularprocess abgeschafft haben sollte, ist höchst unwahrscheinlich. Um so mehr, als das Formularverfahren mit seiner Verurteilung auf eine Geldsumme zur Erreichung des eigentlichen Zweckes der Absetzung recht ungeeignet ist. Auf der anderen Seite spricht das einzige Zeugnis über den Zwölftafelspruch des Verfahrens, von einem *crimen suspecti*, braucht also den Ausdruck, der den Civilprocess verneint. So möchte ich doch glauben, dass das

suspectus tutor postuletur defensorem, eius oportere etiam de rato cavere, ne reversus ille velit retractare quod actum est. sed non facile per procuratorem quis suspectus accusabitur, quantum famosi causa est, nisi constet ei a tutore mandatum nominatum (fr. 6 r. r. h. 40, 8). Diese Kanton als Beweisstück für den civilprocessualen Charakter anzuführen, scheint mir doch recht gewagt. Aus dem etiam darauf zu schließen, dass der Defensor auch co. iudicatum solvi zu bestellen habe (was soll er denn bezahlen?), ist mehr als kühn. Das etiam nimmt vielmehr voraus, dass der Prokurator auch Sondervollmacht haben muss (ähnlich selbst Hruza S. 69 A. 8).

¹⁾ Ulpian fr. 31 § 1 de reb. auct. iud. 42, 5. stellt das Verfahren gegen den *suspectus tutor* in scharfen Gegensatz zu dem gegen den *suspectus heres* (*Parerga* 5, 43 f.; *Zachr.* 14, 175).

²⁾ Fr. 3 § 5 sq. h.

³⁾ Fr. 6 h.

⁴⁾ Fr. 1 § 6 h.

Verfahren von altersher ein Kognitionsverfahren war, das sich am besten mit der *interdictio prodigi* zusammenstellen lässt.

Es kommt aber noch etwas anderes hinzu.

Die Vormundschaft ist ursprünglich ein Recht, eine Gewalt, wie die väterliche Gewalt und das Statsamt¹⁾. Es ist darum nicht wahrscheinlich, dass der Prätor in früherer Zeit dem Vormund durch seinen Spruch ohne weiteres absetzte: denn der Tutor vor dem atilischen Gesetze tritt auf Grund seines eigenen Rechtes in seine Stellung ein: Verwandtschaft oder Testament sind seine Titel; der Prätor braucht dabei nicht mitzuwirken. So wird er sich darauf beschränkt haben, den 'verdächtigen Vormund' zur Niederlegung seiner Gewalt aufzufordern, wie der Senat oder ein höherer Beamter die Magistrate zur Amtsentsagung 'veranlassen' konnte²⁾. Ein Nachklang daran zeigt sich, wie es scheint, in dem Berichte des Gaius (1, 182):

senatus censuit, ut si tutor pupilli... suspectus a tutela remotus sit sive ex iusta causa fuerit excusatus, in locum eius alius tutor detur, quo facto prior tutor amittit tutelam.

Der alte Vormund wird erst durch den Eintritt des neuen beseitigt, also nicht durch den Spruch des Prätors, der Rechte nicht nehmen und geben kann. Man wird an die Eigentumsaufgabe erinnert: auch hier soll das Eigentum dem Dereliquenten erst verloren sein, wenn ein neuer Eigentümer eintritt³⁾.

Fasst man das Verhältnis so auf, so reiht sich die *acc. suspecti* den vorigen Fällen bestens an. Der Vormund ist innerlich durch die *fides* gebunden, wie der Beamte. Sündigt er wider die *fides*, so wird gegen ihn eingeschritten. So fassen Julian und Ulpian das Verhältnis auf⁴⁾. Daher wird zunächst und vor allem der Vorsatz zum Tatbestande des *crimen suspecti* gefordert. Und *dolus* oder *fraus* ist unzweifelhaft der Ausgangspunkt gewesen. Aber man ist darüber hinaus- 297
gegangen: schon im klassischen Rechte wird der Vormund

¹⁾ 1, 185; Hruza S. 73 f. und die dort Angeführten.

²⁾ Vgl. Mommsen, *Staatsrecht* 1, 261 f.; 628 f.

³⁾ Fr. 43 § 5 de furt. 47, 2; fr. 2 § 1 p. derel. 41, 7.

⁴⁾ Julian § 5 de susp. 1, 26; Ulpian fr. 19 de adm. et pos. 26, 7.

wegen arger Vernachlässigung seiner Pflicht angeklagt und abgesetzt. Die Juristen gebrauchen dafür verschiedene untechnische Ausdrücke: *inconsideranter, ignavia, segnitia, rusticitas, nimia cessatio*¹⁾; daneben aber auch das Kunstwort *neglegentia*²⁾. Damit ist offenbar nicht ein bestimmter Grad der Culpa bezeichnet, sondern es ist dem Prätor, wie natürlich, freie Hand gelassen, den unfähigen und nachlässigen Vormund ohne Geräusch, d. h. ohne Infamie beiseite zu schieben³⁾. Die *lata neglegentia* kommt nur ein einziges Mal vor. Vielleicht rührt sie auch hier von den Kompilatoren her⁴⁾.

Diese sechs Verhältnisse sind, wie gesagt, nach ihrem Zwecke innerlich ohne Zusammenhang. Aber nach dem Ausgeführten stehen sie einander durch Anlage und Bau nahe. Bei allen hat der Verpflichtete eine mehr oder minder amtliche Stellung. Diese erhebt sich bei einzelnen zu einer wirklichen obrigkeitlichen Gewalt (Gemeindebeamte) oder zu deren Analogon (Richter); bei anderen besteht sie in dem Rechte über fremdes Vermögen zu verfügen: Vormund, Obervormund, *argentarius*. Nur beim Feldmesser tritt die Pflicht mehr in den Vordergrund, obwohl seine Tätigkeit gerade der richterlichen verwandt ist. Überall erscheint die äusserliche Rechtsstellung als innerlich gebunden durch das *officium*, die *fides*; d. h. das Amt soll geführt werden in Treuen gegen bestimmte Privatpersonen, deren Angelegenheiten in Frage stehen. Ihnen wird der Handelnde durch einen Verstoß gegen die übernommene oder übernommene Treupflicht verantwortlich. Dabei wird es

¹⁾ Fr. 3 § 17 sq., fr. 4 § 4 h.; fr. 6 ubi sup. 27, 2.

²⁾ Fr. 2 § 41 ad So. Tert. 38, 17; c. 9 h. 5, 43.

³⁾ So sehr vernünftig Hedderf. 3, 193.

⁴⁾ Die Institutionen sprechen nur von culpa im Gegensatz zum dolus (§ 6 de imp. 1, 26). Dass sie die culpa lata im dolus mitbegreifen, ist ausgeschlossen. In den D. sagt Ulpian (fr. 7 § 1 h.): si frons non sit admissa, sed lata neglegentia, quia lata prope fraudem accedit, removeri hunc quasi auspicium oportet. Ich gestehe zu, dass meine Gründe für eine Interpolation nicht stark sind: neglegentiam admittere ist ungewöhnlich und kommt nur hier vor; aber das daneben stehende frons kann die Wendung entschuldigen; lata ist sonderbar; vor allem aber steht hunc nach der vorausgegangenen Passivkonstruktion in der Luft. Der Hauptpunkt ist doch sachlich, dass die anderen Stellen die accusatio nicht auf die ärgste Fahrlässigkeit beschränken.

bestimmt vermieden eine vertragmässige oder vertragsähnliche Gebundenheit anzunehmen. Trotzdem erweitert sich in allen diesen Fällen die Haftung des Verpflichteten nach der Seite der Fahrlässigkeit. Und diese Ausdehnung wird durch den Gedanken getragen, dass es eben dem Officium, der Fides entspreche, besondere Sorgfalt auf die Verwaltung fremder Angelegenheiten zu verwenden. Dabei findet sich indessen nichts Einheitliches; jeder Fall wird von den Juristen trotz der Gleichartigkeit aller dieser Verhältnisse für sich allein ins Auge gefasst, und danach beurteilt, wie weit es sich empfehle die Haftung zu erstrecken. Aber es tritt doch als die römische Vorstellung zu Tage, dass die Diligentia in der Fides enthalten sei. Es muss genügen, diese enge Beziehung zwischen fides und diligentia ganz allgemein festzustellen. Bei nichtjuristischen Schriftstellern¹⁾, aber auch bei den Juristen²⁾ ist dieses Verhältnis vielfach zum Ausdruck gekommen.

2. Privatrechtsverhältnisse.

Von dem so gewonnenen Standpunkte aus treten die entsprechenden Privatrechtsverhältnisse ins rechte Licht.

¹⁾ Cicero Verr. 1, 12, 31: ego cum hanc causam Siculorum rogatus recepissim idque mihi amplum et praestitum existimassem eos velle meae fidei diligentique periculum facere (juristisch: Mandat); 2, 1, 135: petit ab eo pro sua fide ac diligentia pluribus verbis (M. Marcellus, qui erat pupilli tutor), ne... pupillum... fortunis patriis comiter evertat; in Caelil. 21, 67: (sociorum querimoniam) susceptas ab eo, qui videbatur coram fortunas fide diligentique sua posse defendere; p. Cluent. 118: quam ipse adhibere consuevit (Lentulus) in amicorum periculis cum fidem et diligentiam tuam vix animi libertatemque dicendi; p. Caelil. 5: quod fidem meam diligentiamque praestavim; ep. 3, 9, 4: illud quod polliceris, velim pro tua fide diligentique... curas; 13, 5, 1: neque... te impedio, quo minus susceptum negotium pro tua fide et diligentia... gerere possis; vgl. de or. 2, 101: in quo est illa magna offensio vel neglegentiae susceptis rebus vel perfidiae receptis (mit Piderits Anmerkung).

²⁾ Fr. 3 § 5 de IF. 49, 14: in venditionibus fiscalibus fidem et diligentiam a procuratore exigendam esse; fr. 4 de eo qui p. tut. 27, 5: eandem fidem et diligentiam praestat, quam tutor praestaret; fr. 8 de imp. 26, 10: fidelis et diligens (tutor); auch Labco fr. 21 de statul. 40, 7: erit autem et diligentiae coniuncta fides bona.

FRITZ PRINGSHEIM

17

Gesammelte Abhandlungen

Erster Band

HEIDELBERG 1961

CARL WINTER · UNIVERSITÄTSVERLAG

Senato della Repubblica - Archivio Storico

aequitas und *bona fides* hat er nicht gebracht und konnte er nicht bringen. Damit wird zum Schlusse noch einmal klar, was ich zeigen wollte: *bona fides* hat in klassischer Zeit mit *aequitas* nichts zu tun.

Mit Unrecht stellt die moderne Lehre die *bona fides* unter den Begriff der Billigkeit; die Gefahr, die bloße Billigkeit zur Grundlage einer Klage zu machen, statt das Maß der Verurteilung nach *bona fides* zu bestimmen, die Gefahr, die *aequitas* anstelle des Gesetzes zu setzen, besteht in allen modernen Rechten. Auf Billigkeit allein läßt sich keine Ordnung gründen. Sie ist zwar nach dem Worte eines italienischen Rechtsphilosophen¹⁰⁰ die „*coscienza storica del diritto*“. Aber nicht als eine überrechtliche Macht, sondern als ein im Recht wirksamer Gedanke hat die *aequitas* das Ihre getan: die Strenge zu lockern, das Recht anpassungsfähig zu halten, die Entwicklung zu fördern und die Diskussion über die Gerechtigkeit im Flusse zu halten. Vereinsamung und Erstarrung des Rechtes hat sie verhüten helfen. Doch die nüchterne Sachlichkeit, die praktische Vernunft der Römer hielt sie in Zucht. Der vollkommene Sieg der *aequitas* über das *ius* hätte den Klassikern als eine Niederlage ihrer Rechtsordnung gegolten¹⁰¹.

In der ganzen antiken Welt steht diese Zucht und Klarheit einzig da. Als man, um von dem Festhalten am Wort und an der Form nicht gebannt zu werden, Ausschau nach mäßigen und dem Einzelfall gerecht werdenden Kräften hielt, hat man nicht die unbestimmte und vage *aequitas* herangezogen, sondern für die Geschäfte des Weltverkehrs sich der altrömischen *bona fides* anvertraut. Nicht zerfließende Billigkeit, sondern von altersher eingewurzelte Gewissenhaftigkeit, nicht eine philosophische oder psychologische Lehre, sondern die einfache und klare Charakterfestigkeit ist der Bundesgenosse des Rechtes geworden. Nicht indem man die von den Fremden übernommene *aequitas* frei walten ließ, sondern indem man die römische *fides* auch den Fremden zuwandte, hat man in sorglich begrenztem Raume die Neuerung geschaffen, die für den Siegeszug des römischen Rechtes durch die Welt unentbehrlich war.

actioni addictus est) (das *arbitrium* bei der *actio de eo quod certo loco* erfordert *aequitas* des *iudex*); D. 13, 5, 1 pr. (Ulp. 27 ed.) i.p.; Pringsheim, Beseler an den im Ind. I.p. angeführten Stellen und Pringsheim, SZ. 42 (1921), vgl. oben S. 152 n. 196, sowie Albertario, St. Bonfante (1930) I, 644 n. 129 (*Hoc edicto praetor facit naturalis aequitatis: qui constituta ex consensu facta* (das ist nicht wahr) *custodit, quoniam grave est fidem fallere* (vgl. D. 2, 14, 1 pr. i.p.) (eine strenge Klage wird auf die *naturalis aequitas* gestützt). Diese Quellen lassen zwar nicht *aequitas* und *bona fides* zusammenfallen; aber sie zeigen, daß die Spätreis wahllos *aequitas*, *bona fides* und strenge Klagen zusammenstellte.

Benutzt sind alle Stellen mit *aequitas* und *aequissimum*.

¹⁰⁰ G. Maggiore, L'equità e il suo valore nel diritto (Riv. int. di filosofia del diritto 3, 264ff.).

¹⁰¹ Lasser, System der Rechtsphilosophie (1882) 240ff.: „Auf Billigkeit läßt sich keine Ordnung gründen“; „Aber so unentbehrlich der Eingriff der Billigkeit in das bestehende Recht ist, so bedenklich ist er auch“; Hegel, Rechtsphilosophie § 223 Zusatz: „Die Billigkeit enthält einen dem formellen Rechte aus moralischen oder anderen Rücksichten geschehenen Abbruch“ (Dagegen Binder, Die Philosophie des Rechts 409 n. 142). Mit gutem Recht betont Stroux (Sommaire des notions juridiques 12), daß Aristoteles (Einleitung zur Rhetorik (I 1 1354 a 27)) die Billigkeit einschränkt: „Auch für Aristoteles ist Billigkeit Notbehelf zur Verwirklichung richtigen Rechtes gegenüber der Unvollkommenheit, die dem Gesetz als Menschenwerk anhaftet“.

Bonum et aequum¹⁰²

I. Eine alte römische Wortverbindung, auch außerhalb der juristischen Quellen im Gebrauch der Schriftsteller und Dichter seit früher Zeit, von Juristen nur selten in dieser alten allgemeinen Bedeutung angewendet, bekommt einen spezifisch juristischen Inhalt in einem besonderen Falle, strahlt von dort noch in klassischer Zeit auf einzelne andere Fälle aus, erhält aber erst in der byzantinischen Epoche wieder einen allgemeinen und für den Juristen im Grunde unbrauchbaren, weil gar zu weiten und grenzenlosen Sinn. *Bonum et aequum* war Gegenstand der Forschung bisher fast ausschließlich in der prägnant juristischen Bedeutung der *formulae in bonum et aequum conceptae*. Die allgemeinere Anwendung, sowohl in ihrer klassischen wie in ihrer nachklassischen Ausgestaltung, ist der Hauptgegenstand der Untersuchung. Diese, bei Gelegenheit des Mailänder Vortrages über *Aequitas* und *bona fides* versprochen¹, bildet Ergänzung und zunächst Abschluß der in der Mixzelle *ius aequum* und *ius strictum*² und in dem Mailänder Vortrage begonnenen Studien über die Stellung der Spätzeit zu den Begriffen *aequitas*, *ius aequum*, *bona fides*. Daß die Behandlung des *bonum et aequum* dabei nicht fehlen darf, ist klar; aus dem Gebiete der *aequitas* scheint das *aequum* zu stammen, mit dem der *bona fides* das *bonum* verwandt zu sein. Wie wenig eine solche Untersuchung erschöpfend sein kann, ist niemandem gewisser als dem Verfasser; ohne eine umfassende Prüfung aller nichtjuristischen Quellen in ihrem ganzen Zusammenhange, ohne eine genaue Kenntnis der griechischen und römischen philosophischen und rhetorischen Literatur ist ein sicheres Ergebnis nicht zu erreichen; aber da der Jurist über diese Gebiete sich den vollen Überblick nur schwer verschaffen kann, sei ihm gestattet, seine juristischen Ergebnisse vorzulegen und dabei die Hypothesen und Anregungen zu erörtern, die Wissenden Anlaß zu weiterem Ausbau oder zur Berichtigung geben mögen.

II. *Bonum et aequum* begegnet bereits bei Plautus nicht selten, und zwar zunächst in einer ganz allgemeinen Bedeutung, etwa wie unser deutsches „recht und billig“³. Überall handelt es sich hier um eine, wenn auch vielleicht freie Übersetzung einer Wendung des griechischen Dialogs. Gegenüber den vermutlich farblosen Wendungen der griechischen Originale benutzt der römische Ausdruck offenbar eine in der Verkehrssprache bereits seit längerer Zeit eingebürgerte Fassung; ja man muß annehmen, daß diese Fassung im Rechtsleben üblich war und in der Komödie schon so abgeblaßt gebraucht wurde, daß dem Hörer der rechtliche Anklang kaum noch bewußt wurde. Daneben aber steht eine stärker juristisch gefärbte Bedeutung, indem das *aequum bonum* den *leges* gegenübergestellt wird, und dies

¹ Zuerst erschienen in: SZ. 52 (1932) 78–155.

² Vgl. oben S. 164 n. 50, S. 166 n. 60, S. 170 n. 88.

³ Oben S. 131.

⁴ Curs. 64; Most. 682; Pers. 399.

bezeichnenderweise gerade da, wo kein griechischer Ausdruck zugrunde liegt¹. Selbst wenn man das *bonum et aequum* bei der *actio iniuriarum* so weit zurückversetzen wollte, daß von da aus bis zur Zeit des Plautus sich bereits ein allgemeiner Sprachgebrauch entwickelt haben könnte, würde dieser Ausgangspunkt, wie später bei der Betrachtung der *actio iniuriarum* gezeigt werden wird², aus mehreren Gründen verfehlt sein. Es bleibt also nur übrig, an andere Quellen zu denken. Da nun nach unserer Kenntnis des alten Rechtes eine Formel, die das *bonum et aequum* enthielt, nicht in Betracht kommt, da weiter das *bonum et aequum* auch sonst sicherlich nicht irgendwie technische Grundlage der Prozeßentscheidung war, bleibt nur übrig, einen noch allgemeineren Sinn dahinter zu suchen, für den es allerdings an anderen Belegen fehlt: der Ausdruck muß in der Gerichtsrede eine Rolle gespielt haben, bei der es möglich war, das anständige Verhalten, das, was sich gehört, was der ethischen Bürgerauffassung der damaligen römischen Gesellschaft entspricht, zur untechnischen Begründung von rechtlichen und anderen Ansprüchen des Lebens vorzubringen. Nicht was die *lex* verordnet, sondern was das *bonum et aequum* fordert, wird hier scheinbar bereits als ein Argument in der juristischen und der allgemeinen Sprache verwendet³. Dieser Sprachgebrauch war die Grundlage einerseits für die spätere Verwendung in der Rhetorik, andererseits für die vollere Ausstattung der Plautinischen Sprache mit einem dem Halbjuristischen entnommenen Ausdrucke an Stelle der leereren Ausdrücke seiner Originale. Auch bei Terenz gibt es sowohl die allgemeinere Bedeutung⁴ wie die mehr juristische⁵. Aber bei ihm soll angeblich die Verbindung sogar in Anwendung auf ein bestimmtes Rechtsmittel, die *restitutio in integrum*⁶, vorkommen.

Phormio 450: *quod te absente hic filius egit, restitui in integrum, aequomst et bonum*.

Daß dieses Rechtsmittel nach römischer Ordnung in Wahrheit gar nicht zur Anwendung kommen kann, wenn ein Sohn in Abwesenheit und ohne Wissen des Vaters eine Ehe eingeht, hebt Jobbé-Duval⁷ mit Recht hervor. Auch ist *aequomst et bonum* hier gar nicht technisch verwendet, als wenn die *restitutio i. i.* auf dem *aequum et bonum* beruhte; sondern in einer für den römischen Hörer eingesetzten und für ihn verständlichen doppelten Anspielung wird einmal die *restitutio i. i.* scherzhaft herangezogen, dann aber ihre Möglichkeit bejaht, weil sie der Billigkeit entspreche, weil es sachgemäß und anständig sei, wieder rückgängig zu machen,

¹ Men. 580: *qui neque leges neque aequum bonam signam colunt*: sicher plautinische Zutat: E. d. Fraenkel, Plautinisches im Plautus (1920) 160.

² Unten S. 178ff.

³ [Korr.-Zusatz: Hier wie für das Folgende verdanke ich Eduard Fraenkel mannigfache Anregung. Er macht mich auch aufmerksam auf Ennius trag. 160ff. Ribb. (aus den „Hectoris Iytra“, griechisches Original unbekannt, möglicherweise Aeschylus): *Melior est virtute ius: nam saepe virtutem mali nanciscuntur: ius atque aequum se a malis spernit proculd* die Stelle, eine charakteristische ennianische Verbeinerung, zu der das griechische Original schwerlich eine Handhabe bot, ist wichtig als Zeugnis plautinischer Zeit; der Begriff *ius* wird hier durch *ius atque aequum* wieder aufgenommen.]

⁴ Heaut. 787: Phormio 637.

⁵ Heaut. 642: *qui neque ius neque bonum atque aequum sciunt*.

⁶ Dazu unten S. 210ff. ⁷ St. Bonfante 3, 185.

was in Abwesenheit des Vaters geschehen ist; auch hier also hat *aequum et bonum* nur die allgemeinste Bedeutung.

Daß diese allgemeinere Bedeutung der ganzen römischen Literatur eigen ist, zeigen die Wendungen bei Sallust, Seneca, Sueton, Augustin⁸. Cicero, gebildeter Redner und besonderer Vertreter der *aequitas*, der er ist, benutzt gern das *bonum et aequum*, ohne sich allzu streng an die inzwischen längst aufgekommene technisch formelmäßige Bedeutung zu halten; für ihn steht das *bonum et aequum* mitten in seinem Kampfe um die philosophischere Betrachtung des Rechtes, ohne daß er einen Unterschied zwischen der *bona fides* und der *aequitas* einerseits, dem *bonum et aequum* andererseits zu kennen scheint. So kann er sich dem Sprachgebrauch der Nichtjuristen anschließen⁹, so kann er die Worte in Gegensatz zum *ius civile* setzen¹⁰, so liegt es ihm aber am meisten, als Redner das *aequum et bonum* für sich ins Feld zu führen¹¹.

Wie stark Cicero hierbei im Zuge der römischen Rhetorik steht, zeigt der sogenannte *auctor ad Herennium*, der bereits das *ius* als aus dem *aequum et bonum* bestehend setzt¹², so sehr er sich andererseits bemüht, das *aequum et bonum* als einen Teil des *ius* anzuerkennen und ihm seinen Platz einem rhetorischen Schema gemäß neben der *lex*, der *natura*, der *consuetudo* (*mores*) anzuweisen¹³.

Wie der Rhetor aus Ciceros Jugendzeit, so weist der Rhetor nach Cicero, Quintilian, dem *aequum et bonum* eine besondere Stellung im Redekampfe zu¹⁴; ja er setzt es dem *iustum* fast gleich¹⁵. Überall wird hier das *aequum* dem *bonum* vorangestellt¹⁶, während bei Plautus und Terenz noch ebensooft die andere, also ältere Ordnung *bonum et aequum* begegnet.

⁸ Thesaurus Linguae Latinae 1, 1041, 9ff.

⁹ Att. 7, 7, 4: *aequi bonique facio*.

¹⁰ Part. 100 nam omnia, quae de iure civili aut de aequo et bono disceptantur, cadunt in eam formam causarum, in qua quale quid sit ambigitur, de qua dicturi sumus, quae in aequitate et in iure maxime consistit; 130 aequitatis autem vis est duplex: cuius altera directa veri et iusti est, ut dicitur, aequi et boni ratione defenditur; Caecina 80: *ius et aequi bonique rationem*.

¹¹ Brut. 145: *pro aequo et bono dixit*; Brut. 198: *deinde aequum bonum testamentorum sententias voluntatesque tatus est*; Caecina 65: *item solent eius modi iniquitati aequi et boni nomen dignitatemque opponere: cum se in causa putant habere aequum et bonum, quod defendunt*; top. 66: *illi dolum malum, ... illi aequum bonum tradiderunt*.

¹² Rhet. Herenn. 2, 13, 20: *ex aequo et bono ius constat*.

¹³ Rhet. Herenn. 2, 10, 14: *aut non lege, non more, non natura, non aequo et bono posse fieri*; 2, 11, 16: *deinde id, quod nos interpretemur, et fieri posse et honeste, recte, lege, more, natura, bono et aequo fieri posse*; 2, 12, 8: *haec legibus et moribus, aequo et bono reperiuntur*; 2, 13, 19: *ex his partibus constat ius: natura, lege, consuetudine, indicato, aequo et bono, pacto*. (Vgl. Cic. top. 28, 31; de invent. 2, 65ff.; 34; 162ff.).

¹⁴ Inst. 12, 1, 8: *maximam partem orationis in tractatu aequi bonique consistere* (vgl. 12, 2, 15).

¹⁵ Inst. 1 pr. 16: *non de iusto aequo ac bono*; 12, 2, 3: *et iustus, qui aequi bonique tractatam*.

¹⁶ Z. B. in einer halbjuristischen Bedeutung: Cic. Caecina 65: *ex aequo et bono, non ex callido versutoque iure rem iudicare oportere*. Seneca de clem. 2, 7: *liberum arbitrium habet, non sub formula sed ex aequo et bono iudicat et absolvo illi licet, et quanti quis taxare licet*. Es ist kaum zu gewagt, aus der Wortstellung einen Schluß auf die Vorherrschaft des *aequum* in der Rhetorik zu ziehen, in der sicherlich die Machterweiterung des *ae* und *bon*, vorbereitet wird (vgl. auch unten S. 223).

Daß in der römischen Rhetorik griechische Kunstausdrücke eine gewisse Rolle gespielt haben, wie Pernice annimmt²⁰, ist möglich; aber unsere Worte sind alte römische Worte, und der Einfluß griechischer Auffassung kann daher höchstens in einer Vertiefung und Umbiegung der Bedeutung bestanden haben. Gewiß gerät auch das *bonum et aequum* immer mehr in den allgemeinen Bereich der *aequitas*, die immer am Rande des römischen Bezirkes geblieben ist; aber nahe Beziehungen zur *aequitas* hat es von vornherein gehabt.

Von da aus ist der Unterstrom des *aequum et bonum* dauernd zu verfolgen. Aber die römischen Juristen haben sich hier wie sonst von dem allgemeinen Sprachgebrauch freigemacht; sie haben auch hier ihre eigene Sprache; zumal seit die Wortverbindung bei den *actiones in bonum et aequum conceptae* ihre besondere juristische Bedeutung bekommen hat, seit der Ausdruck ein technischer im Bereich der römischen Prozeßformel geworden ist, begreift es sich aus der Nüchternheit und Klarheit des römischen Rechtsdenkens, daß man ihn nur noch in dem nunmehr festgelegten Sinne benutzt. Die allgemeine Redewendung hat keinen Raum im sauber gefügten Bau der Rechtssprache. Sie wird sorglich außerhalb des neubegrenzten Bezirks gehalten und kann nur da eine unbedeutende Rolle spielen, wo auch die Jurisprudenz sich über ihre Grenze hinaus den Nachbargebieten der Philosophie und Rhetorik zuwendet.

III. Daß diese Richtung Anklang gerade bei dem jüngeren Celsus findet, ist nicht verwunderlich; Celsus hat vermutlich mehr als andere römische Juristen an seiner rhetorischen Bildung festgehalten, wie sich das außer in seinem Stil²¹ auch darin ausdrückt, daß er in dem besonders rhetorisch gefärbten Titel Dig. 1, 3²² in 41 Fragmenten siebenmal begegnet²³.

Aus Ulpian's Zitat (D. 1, 1, 1 pr.) kennen wir die Definition des Celsus: *ius est ars boni et aequi*²⁴. Sie geht gewiß auf die durch die römische Rhetorik vermittelte griechische Vorstellungswelt zurück²⁵, verbindet aber mit den Worten *bonum et aequum* alte römische Begriffe²⁶.

Da hier Ulpian den Celsus zitiert, könnte auch D. 1, 1, 1 aus demselben Buche desselben Werkes auf Celsus zurückgehen: *iustitiam nemque colimus et boni et aequi notitiam*²⁷ profitemur, *aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes*; „rhetorisch“ ist der Text gewiß²⁸, aber nicht schon deshalb „verdächtig“.

²⁰ SZ. 22 (1901) 64 n. 1.

²¹ Kalb, *Röm. Juristen* 49ff.; aber andererseits E. Th. Schulze, SZ. 12 (1892) 109.

²² Levy, SZ. 48 (1928) 676 über die Zusammenstellung dieses Titels.

²³ Vgl. auch Levy l.c. 673f. mit vielmäßiger Nebeneinanderstellung von Celsus und Cicero.

²⁴ Vgl. dazu oben S. 132.

²⁵ Senn, *De la justice* 33ff.; Riccobono, *St. Bonafante* 1, 127; la semplice ed incisiva definizione di Celsus, nella quale il *ius* è nella sua essenza identificata col *bonum et aequum*, secondo la stessa concezione aristotelica (Arist. Rhet. 1, 13).

²⁶ Cuj., *Inst. iurid.* 6 n. 1; Albertario, *Riv. internaz. di filos. del diritto* 12 (1932) 34 n. 1; Perozzi, *Int.* (2. Aufl.) 1, 84 n. 3.

²⁷ *notitia* und *ars* sind verwandte Begriffe.

²⁸ Beseler, *Beitr.* 4, 232f.: „Das ganze Stück ist verdächtig rhetorisch. Gedanklich ist es von schönem Echo, aber ... kirchenväterlich, nicht klassisch-juristisch“ (dagegen Stella Maranca, *Seneca* 55ff. n. 17; dafür Perozzi, *Int.* 1, 84 n. 2). Zum folgenden Satzteil *bono-cupientes* Kalb, *Juristenlatein* und Lenel, *Pal. Ulp.* 1908.

Des Celsus besondere Stellung zum *bonum et aequum* zeigt auch die berühmte Stelle D. 45, 1, 91, 3 i. f. (Paul. 17 ad Plaut.):

... et Celsus adulescentem scribit eum, qui moram fecit in solvendo Stichum, quem promiserat, posse emendare eum moram postea offerendo: esse enim hanc quaestionem de bono et aequo: in quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose, inquit, erratur²⁹.

Darin liegt keine Verweisung auf die Billigkeit³⁰, sondern eine Einschränkung der Interpretationskunst (*ars* [griechisch τέχνη] *boni et aequi*), die zur *iuris scientia*³¹ gehört; diese bezieht sich auf das Verhalten der Parteien und führt zu einer *exceptio doli*, wenn das Verhalten mißbilligt wird³².

Hat Paulus diese Ausführung des Celsus billigend wiedergegeben, so ist denkbar, daß die Definition des *ius*, die derselbe Paulus gibt, gleichfalls auf Celsus zurückgeht: D. 1, 1, 11 (Paul. 14 ad Sab.) *Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id, quod [semper] aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale*³³.

Mag man neben Celsus Ulpian und Paulus stellen oder nicht: gewiß ist, daß die durch die Rhetorik vermittelte allgemeinste Verwendung des *bonum et aequum* auch zu den Juristen drang, wenn diese sich mit Definitionen oder mit Fragen befaßten, die einen Hinweis auf die Grundlagen der Rechtswissenschaft ermöglichen. Eine spezifisch zivilrechtliche Bedeutung der Wortverbindung ist hieraus nicht zu erschließen.

IV. Eine solche ergibt sich vielmehr ausschließlich auf dem Gebiete des Prozesses, genauer gesagt: das *bonum et aequum* ist fester Bestandteil gewisser Formeln. In der *condemnatio*, und nur dort, erscheinen die Worte *quantum ob eam rem bonum et aequum iudici videbitur* oder ähnliche Formulierungen. Über die mit solcher Formel versehenen sogenannten *actiones in bonum et aequum conceptae* besteht, besonders seit der vortrefflichen Abhandlung von Thomas³⁴, volle Klarheit. Schon vorher hatte Wlassak unübertrefflich genau ihr Wesen bezeichnet: „Dem Richter konnte es allenfalls überlassen bleiben, die Höhe der Condemnationssumme nach

²⁹ Dazu Guarneri Citati, *Mora* (Ann. Pal. 11 (1923) 67ff.); Boháček, *Ann. Pal.* 11 (1924) 367ff.; Monfrel, *Mora* (Studi di dir. priv. Padova 3 (1930) 163 n.; 166 n.; 180).

³⁰ Anders Guarneri Citati l.c.: „un temperamento equitativo di fronte al rigore del diritto“.

³¹ Die *iuris scientia* kommt übrigens nur hier vor (VIR. 5, 257, 46), sonst nur die nicht so allgemeine *scientia iuris civilis*.

³² Wenn wirklich in D. 13, 5, 17 [aut] *exceptione* [aut] *iuxta interpretationem* in einem interpolierten Stück stehen sollte (Guarneri Citati l.c. 156f. 80ff.), so liegt dieser Interpolation doch ein klassischer Gedanke zugrunde.

³³ Zur *ltp.* des [semper] und des Schlusses: Albertario, *RIL.* 37 (1924) 171ff. Zu D. 1, 1, 1 pr. und D. 1, 1, 11 bereits *Aequitas* und *bona fides*, oben S. 157 n. 15, mit Literatur. Ähnlich wie D. 1, 1, 11, ist Fr. Doich. 1: ... *naturale* ... *quod enim bonum et iustum est, omnium utilitati convenit* (in der Krügerschen Restitution Coll. 2, 151: *quod enim bonum et aequum est*). Aber einmal ist die Restitution nicht ganz sicher; und dann bedarf Herkunft und Alter des Fr. Doich. dringend neuer Prüfung.

³⁴ Observations sur les actions in bonum et aequum conceptae, *NRM.* 25 (1901) 541ff.; vgl. auch Grosso, *Ricerche intorno all' elenco dei Bonae Fidei Iudicia I. Iudicium rei uxoriae*, *Riv. It.* 3 (1926) 8–13.

seinem billigen Ermessen zu bestimmen; in allen übrigen Beziehungen mußte sein freies *arbitrium* ausgeschlossen bleiben³⁵.

Viel schwieriger ist es, die Herkunft des *bonum et aequum* in diesen Formeln zu bestimmen. Zwar ist es heute sicher, daß alle diese Klagen auf die *actio iniuriarum* zurückgehen, nach deren Vorbilde sie gestaltet, mit der sie innerlich verwandt sind; wie dort die eine *intentio* ersetzende *astimationsklausel*³⁶ erforderlich war, weil die *condemnatio pecuniaria* Satisfaktion für die Kränkung, also für Interessen im Grund unschätzbarer Natur, gewähren sollte³⁷, so lag der praktische Zweck bei allen diesen *actiones* in der Notwendigkeit freier Schätzung. Sie alle sind *actiones in factum*; sie alle waren einmal pönal und sind es zum Teil geblieben³⁸. Ihr Vorbild aber, die *actio iniuriarum*, geht ihrerseits auf die griechische *δίκη αἰσίου* und die allgemeinere griechische *ἐπίσχος* zurück³⁹. Die Vermutung liegt nahe, daß mit der griechischen Klage auch das *καλὸν καὶ δίκαιον*, das *bonum et aequum*, übernommen worden sei, daß also auch hier, wie möglicherweise bei der allgemeinen Verwendung des *bonum et aequum*, die griechische Vorstellung die römische beeinflusst habe. Aber dafür läßt sich kein sicherer Beweis erbringen. Zwar ist es gewiß, daß außer anderen Eigentümlichkeiten die Römer aus dem griechischen Privatrecht der *ἐπίσχος* gerade die *astimatio* entnommen haben. Heißt es doch, um nur zwei Belege für das Vorbild des *quantum* ... *aequum iudici videbitur* zu nennen, bei Harpocr. s. v. *αἰσίου* ... *ὁ μὲν κατηγοροῦς τίμηρος (astimationem) ἐπαγγέλλεται ὁπόσου δοκεῖ δίκαιον εἶναι τὸ ἀδίκημα (quantum aequum videbitur), εἰ δὲ δικασταὶ ἐπαγγίνοιντο;* und im P. Hal. 206 (207): *δικασάσθω, ὁπόσου δ' ἂν τιμῇ τὸ δικαστήριον (quantum iudici aequum videbitur)*⁴⁰. Auch wäre es durchaus möglich, das *quantum aequum iudici videbitur* als Übersetzung der griechischen Klauseln anzusehen, indem man das *aequum videri* mit dem *τιμῆσθαι* gleichsetzt; denn in dem *aequum* liegt wie in dem griechischen *εἶπον* des Harpocr. nur der Gedanke des Ausgleiches der Kränkung, der Reaktion gegen das Unrecht. So weit also scheint es sich wirklich nur um die „Rezeption des griechischen Persönlichkeitschutzes in die prätorische *actio iniuriarum*“⁴¹ zu handeln. In diesem *aequum* liegt kein Gegensatz zum Rechtlichen, steckt nichts von einer mildernden oder abschwächenden „Billigkeit“. Mit dem *quantum* ... *aequum videbitur* wird eine abwägende, Gleiches mit Gleichem vergeltende Bemessung eingesetzt, wie ja die Klagen im griechischen wie im römischen Rechte im Anschluß an ältere Vorgänger (in Griechenland das solonische, in Rom das XII-Tafel-Gesetz) das Rache-recht ablösen sollen⁴². An die Stelle der groben, Ungleiches gleichsetzenden Taxen

³⁵ Wlassak, *Negotiorum gestio* (1879) 161f.

³⁶ Lenel, EP. 399.

³⁷ Lenel, EP. 168f. zu einem Sonderfalle.

³⁸ Levy, *Privatrecht*. 33 n. 7.

³⁹ Hitzig, *Injuria* (1899) 60ff.; Koschaker, *Berl. Philol. Woch. Schr.* 1914, 551; Huvelin, *Mé. Girard* 1 (1912) 559; Partsch, *Arch. Pap.* 6 (1920) 54ff.; Lenel, EP. 398 n. 5; De Visscher, *Et.* (1931) 330; Taubenschlag, *Straf.* 18; Partsch, *Schrift.* (1931) 347.

⁴⁰ Vgl. auch P. Hal. 200 (201) *τιμωμένους δικασάσθω, εἰ δ' ἂν τὸ δικαστήριον τιμῇσι*; 212 (213) *τιμωμένους* ... *ἀν(στασάσθω)*, εἰ δ' ἂν τὸ δικαστήριον τιμῇσι.

⁴¹ Partsch, *Schrift.* 347.

⁴² Neben die bereits bemerkten Parallelen wäre noch zu stellen, daß der Zweifel, ob *dolus*

wird mit Hilfe der *astimatio* ein verfeinerter Ausgleich, ein genaues Abwägen gesetzt.

Damit wäre für das *aequum videri* die Parallele zur griechischen Formulierung gezogen. Aber die römische Formel enthält neben dem *aequum* auch das *bonum*; und es hilft nichts, daß Gaius 2, 224 ganz wie die griechischen Vorbilder nur davon redet, daß bei der *a. iniuriarum* der *iudex condemnat* ... *prout ei visum fuerit*; denn dies ist, wie die von Lenel sicher wiederhergestellte Formel mit der vollen Wortverbindung beweist, ein abgekürzter Bericht. Es hilft auch nichts, daß bei einer kritischen Durchmusterung der römischen Quellen bei vier der *actiones in bonum et aequum* nur das *aequum* als klassisch gesichert ist⁴³, während es bei der fünften nur im Edikt, nicht in der Formel zu belegen ist⁴⁴. Es bleiben immer noch mindestens eine⁴⁵, vielleicht zwei Klagen⁴⁶ übrig, die das *bonum* dem *aequum* voranstellen; und bei den übrigen ist es hiernach zu vermuten. Soll man nun etwa das *bonum* der römischen Formel als einen Zusatz ansehen, der gemacht wurde, als die griechische Klage rezipiert wurde? Oder darf man vermuten, daß in den griechischen entsprechenden Klagen ein dem römischen *bonum et aequum* verwandter Begriff, etwa *καλὸν καὶ δίκαιον* gestanden habe? Unsere Überlieferung im griechischen Bereich schweigt, und besonders die Klauseln des P. Hal. machen den Eindruck der Vollständigkeit. Aber im Gesamtbezirk des griechischen Rechtes sind mannigfache Abwandlungen möglich⁴⁷, und wir wissen nichts über die Rechtsordnung, der gerade die Römer ihre neue *actio iniuriarum* nachgebildet haben. So muß versucht werden, zusammenzustellen, was sich an verwandten Erscheinungen im griechischen Quellenbereich auffinden läßt.

Ein Anhaltspunkt liegt darin, daß *καλὸν καὶ δίκαιον* seit früher Zeit⁴⁸ und bis zu den Basiliken die herkömmliche Übersetzung von „*bonum et aequum*“ ist. Ein flüchtiger Überblick ergibt, daß diese Wortverbindung oder wenigstens *καλὸν* ähnlich wie das *bonum et aequum* der Römer, seit frühester Zeit da vorkommt, wo die Grenze des rein Rechtlichen überschritten wird. Schon bei Homer (Od. 20, 294) ist es deutlich, daß das Zwischengebiet zwischen Recht und Sine (soweit man für diese Zeit eine solche Scheidung machen darf)⁴⁹, beschritten wird: *οὐ γὰρ καλὸν ἀνέμψιν οὐδὲ δίκαιον εἶλοντες Τηλεμάχου* ... Hier geht es um Wahrung des Fremdenrechtes⁵⁰. Weiterhin stehen die Worte da, wo der Inhalt, das Ziel der Rechtsordnung und des Richtens gemeint ist. So bei Demosthenes (25, 16):

Οἱ δὲ νόμοι τὸ δίκαιον καὶ τὸ καλὸν καὶ τὸ συμφέρον βεβαιώνουσι, καὶ ταῦτα ζητοῦσι, καὶ ἐκείνων εἰρησυχίαν, καὶ τούτων ἀνταρξίαν ἀπαίτεται, αἰὶον ἴσον καὶ δίκαιον, καὶ τοῦτ' ἐστὶ νόμος.

zur *iniuria* gehörte, auch im griechischen Rechte schon gehegt wurde; Maschke, *Willenslehre* 112.

⁴³ *iniuria* D. 47, 10, 17, 2; *de effusis et deiectionis* D. 9, 3, 1 pr.; *iudex qui litem suam facit* D. 50, 13, 6; *actio funeraria* D. 11, 7, 14, 6.

⁴⁴ *de feris* D. 21, 1, 42.

⁴⁵ *de sepulchri violato* D. 47, 12, 10.

⁴⁶ *actio rei uxoriae* D. 4, 5, 8.

⁴⁷ Partsch, *Arch. Pap.* 6, 56.

⁴⁸ Vgl. den Senatsbeschluss aus dem zweiten vordruidischen Jahrhundert, unten S. 131ff.

⁴⁹ Vgl. über religiöse Einwirkungen auf das Recht Latte, *Heiliges Recht* (1920) 1ff., 112ff.

⁵⁰ Über die Verwendung von *δίκαιος* in diesem Bereiche vgl. Ehrenberg, *Die Rechtsidee im frühen Griechentum* (1921) 60f.

Es ist deutlich, daß hier ein allgemeiner Sinn gemeint ist, wie er ähnlich bei den römischen Juristen (*ius est ars boni et aequi*) hervorstrahlt. Ähnlich liegt es bei der Inschrift von Bargylia (Le Bas-Waddington III 87 – Dittenberger, Sylloge [3. Aufl.] 426 1. 12ff.)³¹:

ἐπιτηθεῖται ... τὸν δικαστὴν Τύρωνα, οὗ καλῶς καὶ δικαίως τὰν δοκῶν τὰς πρὸς ἀλλήλους τὰς ἐκ διέψεων, ἀπ' ἑαυτοῦ ποιεῖσθαι τὰς κρίσεις.

Die Ehreninschrift³² rühmt an dem von auswärtig gesandten Richter die *λοότης* in der Streitschlichtung und Streitentscheidung; vielleicht steht *καλῶς καὶ δικαίως* gerade deswegen hier, weil einmal der Richter als Angehöriger einer anderen Gemeinde nicht nach dem positiven Recht von Bargylia richtet, sondern nach allgemeineren Gesichtspunkten; und weil außerdem seine Aufgabe nicht nur im Richten, sondern ebenso sehr im Schlichten lag³³. Ich übergehe die Quellen, in denen ein ganz abgeblaßter Sinn von *καλῶν καὶ δικαίων* erkennbar ist, der ohne deutliche Verbindung mit Juristischem nur „das Gerechte und Schöne“³⁴ oder „das Anständige und Wohlerworbene“ meint³⁵. Sehr bedeutsam jedoch scheint mir die Erwägung des *καλῶν*, das ja (wie das römische *bonum*) viel auffälliger als das *δικαίον* (das römische *aequum*) ist, in der Inschrift von Ephesos (Dittenberger, Sylloge [3. Aufl.] 364, 1. 1ff.: nach 133 a. C.). Die wichtige und noch nicht vollkommen ausgedeutete Inschrift³⁶ gibt ein Gesetz wieder, in dem nach Kriegsende die Wirkungen eines bei Kriegsbeginn den Hypothekenschuldnern gewährten Moratoriums endgültig festgelegt werden sollen. In Friedenszeiten wären die verpfändeten Grundstücke bei Nichtzahlung der Schuld den Gläubigern verfallen. Das soll, da die Schuldner auch jetzt nicht zahlen können, vermieden werden. Es werden deshalb Richter eingesetzt, die die Grundstücke zwischen Gläubigern und Schuldnern teilen sollen, und zwar im Verhältnis von Schuldbetrag und Grundstückswert. Den Grundstückswert schätzte sowohl der Schuldner wie der Gläubiger, und die Richter konnten sich der einen oder der anderen Schätzung anschließen. Dies ist noch echtes Richten, wenn auch natürlich mehr in der Art eines Teilungsrichters. So etwa ist der verlorene Anfang zu ergänzen. Nun beginnt der erhaltene Text, dessen Sinn ungefähr folgender ist: Wenn jedoch der Schuldner zu hoch, der Gläubiger zu niedrig schätzt, dann fehlt für einen Richterspruch die Grundlage; es kommt vielmehr zu einer Schätzung durch die Richter, die ihnen durch das Gesetz besonders gestattet wird, und hierbei werden die Richter auf das *καλῶς ἔχειν* verwiesen:

³¹ Aus der Zeit um 270 a. C. Ich verdanke den Hinweis auf diese Inschrift (durch die Vermittlung von W. Kolbe) Hiller von Gärtringen.

³² Vgl. auch 1. 6ff.

³³ Ähnlich, aber ohne *καλῶν* in der Inschrift von Magnesia 101 (250 a. C.), wo von den Schiedsrichtern gesagt wird: ποιεῖσθαι τὰς κρίσεις ἀπὸ τοῦ δικαίου und in dem Briefe des T. Quinctius Flaminius (I. G. IX 2, 338, 296 oder 294 a. C.): κρίναι δίκαιον εἶναι. Auf diese beiden Inschriften machte mich W. Kolbe aufmerksam.

³⁴ So Xenophon, *Anabasis* 2, 6, 13: εὐδὲν ... μὲν ὁδοῖας, ἀλλὰ σὺν τῷ δικαίῳ καὶ καλῷ. Diese Quelle verdanke ich W. Schadewaldt.

³⁵ So Demosthenes 14, 24: εἶναι γὰρ λόγον, ὃν ὅτι, μέγαν καὶ καλὸν καὶ δίκαιον ...

³⁶ Insbesondere ist noch keineswegs geklärt, ob aus ihr auf ein gesetzliches Pfandrecht für Dotal- und Mündelforderungen geschlossen werden darf; das hängt von der Bedeutung der *ἀράεις* (I. 62) ab, die ich anderswo zu erörtern denke.

ἔχειν δὲ τοὺς δικαστὰς, τὸν αὐτοῖς μὴ φαίνεται δικαστικὸν εἶναι τὸ πρᾶγμα ἀλλ' ὁ μὲν γεωργὸς ἀλλοτρίως τιμωροῦμαι ὁ δὲ τοιαύτης ἐλάττωτος, ἔχειν αὐτοῖς τιμῶν δοῦν ἂν δοκῇ καλῶς ἔχειν.

Besonders bezeichnend ist, daß es sich um etwas handelt, was nicht *δικαστικὸν* ist, was sich zu rein richterlicher Entscheidung nicht eignet. Gerade dann, und eben nur dann kommt es zu einer freien Schätzung, die ihre Grundlage nicht im positiven Recht, sondern in dem freien und „schönen“ Ermessen der Richter findet; und das wird ihnen durch das Gesetz (in der Inschrift sogar zweimal, das zweitemal in Wiederaufnahme der ersten Worte) noch besonders als ein offensichtlich über ihr sonstiges Amt Hinausgehendes bewilligt. Gar nicht unzutreffend, wenn auch sehr frei übersetzt der *Recueil*³⁷. Si les juges estiment que le litige n'est pas de nature à être tranché par le droit strict, ... ils pourront eux-mêmes estimer le fonds suivant l'équité. Vergleicht man die Fassung dieses Gesetzes mit der, die Harpocr. von der *ἀρα* abklingt, so ist die Übereinstimmung auffallend:

Harp. τίμας ... ἐδόθη δοκῇ ἔχειν εἶναι ...

G. v. Ephes. τιμῶν δοῦν ἂν δοκῇ καλῶς ἔχειν.

Handelt es sich auch dort um die Schätzung des Unrechts, hier um die des Grundstückes, so eröffnet das ephesische Gesetz, zusammen mit den vorher genannten griechischen Quellen immerhin die Möglichkeit, daß eines der griechischen „Unrechts“-Gesetze die *Κήρυξ* τιμῶν, δοῦν ἂν καλῶν καὶ δικαίων ... δοκῇ (φαίνεται) enthielt. Diese Möglichkeit ist von einem Beweise noch weit entfernt; aber es ist wichtig, darauf zu achten, daß einmal hier ein unmittelbares griechisches Vorbild für das römische *bonum et aequum* durchschimmert, und daß jedenfalls der diesem *bonum et aequum* zugrunde liegende Begriff auch außerhalb der „Unrechts“-Klagen dem griechischen Recht überall da vertraut war, wo über die einfache Anwendung des positiven Rechtes hinaus der Richter ein freieres Ermessen walten zu lassen hatte.

In dieses Licht muß ein römisches, uns griechisch überlieferter Senatsbeschuß aus dem zweiten vorchristlichen Jahrhundert gestellt werden, der für den Nachweis der *iniuria*-Rezeption eine wichtige Rolle spielt.

Der römische Senatsbeschuß, der die Gemeinde Mylasa in einem Streite zwischen Priene und Magnesia zum Richter bestellt³⁸, ist zuerst von Partsch genauer geprüft worden³⁹; ihm kam es darauf an, die Ähnlichkeit des Verfahrens mit dem bei Vereinbarung der römischen Schriftformel darzutun. Er hat deswegen auch Wert darauf gelegt, daß das *ἀδίκημα*, das die Magnesier angeblich den Leuten von Priene zugefügt haben, genau der römischen *iniuria* entspreche. In der Tat finden sich in diesem Beschlusse die Worte: ὅς κ' εἶναι ταῦτα ἀδικήματα. εἰ γεγονότα εἴσιν, δοῦν ἂν καλῶν καὶ δικαίων φαίνεται διατηρητέον. Sie scheinen die wörtliche Übersetzung der Worte aus dem vermutlich römisch gefaßten Senatsbeschlusse: *si factae sunt a Magnetibus, quantum bonum et aequum videbitur, aestimato*⁴⁰. Allerdings fällt es auf, daß das Schätzen nach freiem Ermessen hier doppelt ausgedrückt ist; römisch ist das *quantum bonum et aequum videbitur*, auf das aber das *condem-*

³⁷ *Recueil des inscriptions juridiques grecques* 1, 30.

³⁸ Dittenberger, Sylloge II Nr. 928.

³⁹ Schriftformel (1905) 27ff.

⁴⁰ Partsch, Schriftformel 37.

nato folgen sollte; griechisch das *ἀστυγοδοσία* (*astimato*). Von mehreren Seiten ist bereits darauf aufmerksam gemacht worden, daß zwar das römische Vorbild unverkennbar, aber doch auch manches Unrömische nicht abzustreiten sei, das mehr auf die Seite des Griechischen gehöre⁴¹. Sollte es Zufall sein, daß der Senat im Streite unter griechischen Gemeinden gerade das Recht der *iniuria*-Klage zugrunde legte, die doch ursprünglich eine griechische Klage war? Wie steht es mit der anderen Anwendung „römischen“ Rechtes in den Fällen, in denen der Senat angerufen wurde? Da handelt es sich um das *interdictum uti possidetis*⁴². Aber auch hier stoßen wir auf ein Verfahren, das die Römer vermutlich den Griechen entlehnt haben, das jedenfalls in der Hauptsache griechischer und römischer Rechtsauffassung zugleich entsprach⁴³. Wird eine griechische Gemeinde zur Richterin bestellt, so wäre es an sich schon höchst bedenklich, wenn sie nach einer national-römischen Formel hätte urteilen sollen. Gewinnt so durch die Magnesiane Inschrift die Verwandtschaft von griechischer und römischer „*Uaredis*“-Klage eine neue Bestätigung, so fragt es sich doch, ob nun weitere Schlüsse erlaubt sind; dürfen wir annehmen, daß die griechische *ἀστυγοδοσία*- oder *ἔστος*-Klage die im Senatsbeschlusse vorkommenden Worte „*καλὸν καὶ δίκαιον*“ enthalten habe? So verlockend es wäre, von hier aus zu weiteren Vermutungen fortzuschreiten, so muß diese Frage doch unbeantwortet bleiben. Daß es sich um einen zuerst römisch gefaßten Beschluß handelt, ist keineswegs entscheidend; wohl aber geht die Formulierung in ihrer das griechische *ἀστυγοδοσία* mit dem römischen *bonum et aequum* vereinigenden Tendenz vielleicht gerade auf eine Angleichung der zwar im Ergebnis gleichartigen, in der Einzel Formulierung aber abweichenden griechischen und römischen Fassung aus. Es ist vielleicht bezeichnend, daß der Senat zwar das griechische „Schätzen“ übernimmt, aber das römische *bonum et aequum* dazusetzt⁴⁴. Der Senatsbeschluß verstärkt also das Gewicht der Hypothese, daß das *quantum bonum et aequum videbitur* wörtlich dem griechischen Vorbilde entnommen ist, nur in sehr geringerem Maße. Selbst wenn man diese Vermutung wagen wollte, bliebe doch immer zu beachten, daß

⁴¹ Hitzig, SZ. 28 (1907) 249ff.: „Erscheinungen, bei der sich römische und griechische Einordnungen kreuzen“; auszugehen sei von den griechischen; Kniep, Gai. comment. (1917) 420ff.; die Richterbemerkung erfolge in erster Linie ... nach den Gesetzen der beiden Gemeinden; Wlassak, Judikationsbefehl (1921) 25ff., 269ff.; es fehle die *liticontestatio*; vgl. auch Girard, M&L. Gérardin 256 n.1.

⁴² Dittenberger, Sylloge II Nr. 929; Partsch, Schriftformel 16ff.; Dittenberger, Sylloge I Nr. 314; Partsch 25. Unsere Inschrift: Partsch 42ff.

⁴³ Rabel, SZ. 36 (1915) 388: „... allerlei Vermutungen ...; für die Interdikte, ... unter denen einige ... andere die Eigenmacht gegen den besseren Besitzer verbieten (*Utrabli, Uti possidetis*) oder die eigenmächtige Besitzentziehung rückgängig zu machen befahlen und im Album kodifiziert teils den griechischen Verboten des Zugriffs vor dem Prozeß, teils dem allgemeinen Besitzwahrungsrecht des attischen Archonten in seinem bei Amtsantritt erlassenen Edikt gleichen.“ Partsch, Schrift. (1931) 347: „Die Entwicklung des römischen Besitzschutzes im Verhältnis zum Eigentumsprozeß ist auch den griechischen Rechten parallel gelaufen, indem man zunächst vor dem Streit um das Herrenrecht den gewaltsamen Besitzer zur Herausgabe an den letzten ruhigen Besitzer zwang.“

⁴⁴ Eigenartig ist die Fassung für das freie Ermessen im Edikt des Germanicus (19 p. C.; Wilamowitz-Möllendorff u. Zucker, S. Ber. 38 (1911) 796; Preis. SB. Nr. 3924) I. 16f.: *Ἐάν τις ἀνὴρ, ἀνὴρ βέλτερος ἐκ τοῦ ἰσίου καὶ δικαίου τὰς ἐνάτας διαδοῖται*.

bonum et aequum aller Wahrscheinlichkeit nach bereits den Römern zur Zeit der *iniuria*-Rezeption ein vertrauter Begriff war⁴⁵. Mindestens wurde als die Übernahme des *ἀστυγοδοσία* dadurch sehr erleichtert; ja noch mehr: diese „Übersetzung“ durch ein altrömisches Wortpaar wäre natürlich auch eine Inhaltsänderung gewesen, weil der griechische und der römische Begriff sich eben doch nicht ganz decken.

Lassen wir diese Hypothese beiseite, so bleibt die oben⁴⁶ gestellte Frage zu beantworten: soll man etwa das *bonum* der römischen Formel als einen Zusatz ansehen, der gemacht wurde, als die griechische Klage rezipiert wurde? Wollte man das *quantum ... aequum videbitur* als Umformung des *ὅσοον δόκει ἔστιν εἶναι* erklären, so wäre zu überlegen, was die Zusetzung des *bonum* bedeutet haben soll. Dieses *bonum* soll den *index* ermächtigen, nach seinem „Gutdünken“ (*quantum bonum ... videbitur*) zu urteilen, sein Ermessen, weil das *aequum* eben doch kein völlig „Gleiches“ erzielen kann, näher bestimmen, es unter die Ordnung des *bonum* stellen. Aber es ist doch auch ein echt römischer Begriff darin zu suchen, der in dem griechischen „*καλόν*“ nur unvollkommen Ausdruck findet. Es ist dasselbe *bonum*, das auch in der *bona fides* erscheint, dasselbe, das beim *vir bonus*, beim *bonus paterfamilias* vorkommt⁴⁷. Dieses *bonum* ist, wie mir scheint, ebenso alt wie römisch; es geht, wie in dem Mailänder Vortrag hervorgehoben wurde, zusammen mit der *bona fides* auf uralte Anschauungen zurück, die mit der Zuverlässigkeit und Charakterfestigkeit des römischen Mannes zusammenhängen; es hat einen vollen und echten Klang, der über das deutsche „wie es dir gut scheint wird“ ebenso weit hinausgeht wie über das griechische „*καλόν*“.

Aber diese Zerspaltung des *bonum et aequum* wird überhaupt abgelehnt werden müssen. Wahrscheinlich ist das Wortpaar schon im Sprachgebrauch gewesen, als die neue *actio iniuriarum* zuerst aufkam. Dann aber ist dieses römische *bonum et aequum*, mag es ein griechisches „*καλόν καὶ δίκαιον*“ ersetzen oder nur die Ermessensfreiheit des griechischen Richters in die römische Ordnung einfügen, jedenfalls auf römischem Boden gewachsen. Es ist unübersetzbar und bedeutet etwa den Bereich des gerechten und anständigen Ausgleichs, des gewissenhaften und sittlichen Zuteilens und Abwägens.

Um das noch gewisser zu machen, ist nach dem zeitlichen Ansatz des *bonum et aequum* zu fragen.

V. Ist der Senatsbeschluß der Inschrift von Magnesia in die Zeit zwischen 190 und 160 v. Chr. zu setzen⁴⁸, so hat also damals die römische Schriftformel die Worte *bonum et aequum* schon enthalten. Wie weit die Einführung der Klage zurückzudatieren ist, ob der Fremdenprätor dem Stadtprätor darin vorangegangen

⁴⁵ Vgl. unten S. 184.

⁴⁶ S. 179.

⁴⁷ Ist der *bonus index* klassisch? D. 13, 6, 3, 3 ... *quasi hoc boni indicis arbitrio conveniat* (i. p. vgl. Ind. 1p.); D. 39, 5, 31, 1 ... *bonique viri arbitrio competentem ferre sententiam* (i. p. Gradenwitz, SZ. 7 (1886) 58; Biondi, Sc. Bonfante 4, 63); D. 45, 1, 137, 2 ... *ad indicem, id est ad virum bonum* (i. p. Kunkel, SZ. 45 (1925) 305f.); zweifelhaft D. 47, 10, 17, 5 ... *arbitratu indicis: utique quasi viri boni* ... (gegen zahlreiche und gewichtige Gegner für echt gehalten von Lenel, EP. 402).

⁴⁸ So Partsch, Schriftformel 51.

ist⁶⁹, bleibt ungewiß. Es ist keineswegs wahrscheinlich, daß diese Einführung schon so lange vor Plautus liegt, daß die in dessen Sprachgebrauch sichtbare Abblässung inzwischen eingetreten sein könnte. Aber ein hohes Alter der *actio iniuriarum* und der später an sie angeschlossenen Aktionen ist anzunehmen.

Ob die *actiones in bonum et aequum conceptae* älter sind als die *bonae fidei iudicia*, ist mit Sicherheit nicht auszumachen. Doch spricht manches dafür. Das *ut inter bonos bene agere oportet et sine fraudatione* der *actio fiduciae* halte ich für die früheste Form der Berücksichtigung der *bona fides*⁷⁰; die *bonae fidei iudicia* mit ihrer in *ius* konzipierten *intentio ex fide bona* dürften dieser Urform gefolgt sein⁷¹; eine Zwischenstufe enthält die Fassung bei Julian (D. 18, 2, 10): *non potest videri bona fide negotium agi*⁷². Auf den Streit um die Fassung der *fiducia*-Formel kann ich mich hier nicht einlassen. Selbst wenn es bereits eine *legis actio fiduciae* gegeben haben sollte⁷³, dürfte die ästimatorische Injurienklage älter sein; der Tarif der XII Tafeln muß sich schon sehr früh als unzulänglich erwiesen haben; die Nachbildung des griechischen Institutes geht gewiß in alte Zeiten zurück. Damit stimmt überein, daß die *bonae fidei iudicia* bis in die Zeit Justinians einer ständigen Erweiterung und Fortbildung unterlagen, die *actiones in bonum et aequum* aber alle ein altertümliches Gepräge tragen⁷⁴, ihr Kreis früh sich um die *actio iniuriarum* herumgelegt hat, spätere Entwicklung nirgends festzustellen ist, vielmehr zwischen der frühklassischen Epoche und Justinian eine leere Zeit steht, während Justinians *bonum et aequum* mit dem alten Begriffe nur wenig zu schaffen hat.

Es ist denkbar, daß das spezifisch römische Element des *bonum et aequum*, nämlich das *bonum*, wie es ähnlich in der frühesten Fassung der *bonae fidei iudicia* in der Verweisung auf die Handlungsweise von *boni* (*viri*) und in dem *bene agere* sich doppelt ausdrückte, später in der Verbindung mit der altrömischen *fides* das *aequum* abließ, das eine zu nahe Beziehung zur *aequitas* hatte⁷⁵. Gewiß ist, daß die *bona fides* der *b. f. iudicia* eine andere Aufgabe hatte als das *bonum et aequum* der *actiones in ae. et b. conceptae*. Das ist besonders durch die Untersuchungen von Thomas⁷⁶ klargestellt. Die *bona fides* gebietet in die in *ius* konzipierte *intentio*,

das *bonum et aequum* in die *condemnatio* einer in *factum* konzipierten Formel. Sachlich besteht der Unterschied vor allem darin, daß zwar in beiden Fällen der *iudex* ein freieres Ermessen walten läßt, daß aber bei den *b. f. iudicia* das gesamte konkrete Verhalten der Parteien seinem *officium* unterstellt ist, bei den *actiones in ae. et b. conceptae* nur die Bemessung der Kondemnationssumme⁷⁷. Trotzdem gehören beide Aktionen, insofern in ihnen das Ermessen des *iudex* Raum gewinnt, zusammen; sie treten in Gegensatz sowohl zu der *aequitas*, die allein dem Prätor zukommt, wie zu den sogenannten strengen Klagen, denen jede Richterfreiheit fehlt⁷⁸. Diese Gegensätze werden bei der kritischen Betrachtung der römischen Quellen im Auge zu behalten sein.

VI. Zwischen der klassischen und der justinianischen Zeit kommt *bonum et aequum* nur ein einziges Mal vor: C. Theod. 3, 5, 11 (Gratian. Val. Theod. 380) spricht davon, daß eine *actio ex bono et aequo integra reservetur*, nämlich die Klage der Braut gegen den Gewalthaber, wenn die Braut gegen ihren Willen unter Hingabe einer *arra* verlobt worden ist, bei ihrem Rücktritt vom Verlöbnis die *arra* mit Zuschlag hat zurückgeben müssen und nun Regreß gegen den nimmt, der sie verlobt hat⁷⁹. Sonst begegnet die Verbindung weder im *Codex Iustinianus* vor Justinian, noch im *Codex Theodosianus* noch in den von Levy im Ergänzungsindex ausgezogenen Quellen.

Justinian dagegen liebt das *bonum et aequum*. Nicht nur läßt er, sehr im Gegensatz zur klassischen Auffassung, den Prätor *ex bono et aequo* vorgehen (Inst. 3, 9, 2: *i. f. nam angustissimis finibus constitutum per legem duodecim tabularum ius percipiendarum hereditatum praetor ex bono et aequo dilatauit*⁸⁰, er bringt sogar einen neuen Oberbegriff des *bonum et aequum* auf, dem sich sowohl die *bonae fidei iudicia* wie die Teilungsklagen wie die *actiones arbitrariae* einordnen. Inst. 4, 6, 20 sagt, daß der Teilungsrichter *ex bono et aequo* adjudiziere und verurteile:

in quibus tribus iudiciis permittitur iudici rem alieni ex litigatoribus [ex bono et aequo] adiudicare et, si unius pars praegravari videbitur, eam invicem certa pecunia alteri condemnare.

Da die Herkunft des Textes nicht festzustellen ist, wird man, obgleich klassische Bestandteile zu vermuten sind, nicht von einer Interpolation sprechen; aber sicher sind die angezeigten Worte justinianisch⁸¹. Die Ermessensfreiheit des *iudex* kam

⁶⁹ So Hitzig, *Iniuria* 70ff.

⁷⁰ Dazu Segré, St. Padda 6, 341.

⁷¹ Um das Jahr 100 a. C. setzt, um nur ein Beispiel aus der neuesten Literatur zu geben, die *b. f. iudicia* Beseler, jur. Miniat. 63, an.

⁷² Lenel, EP. 292.

⁷³ So Lenel, SZ. 30 (1909) 345ff. Ich glaube mit Rosondi (Scr. 2, 3ff.) und Arangio-Kuiz (Formole con demonstr. 25) an die einheitliche Formel der *actio fiduciae* und an die Gleichstellung von *ut inter bonos bene agere oportet* mit *ex fide bona* durch die spätere Jurisprudenz (Lenel, EP. 293 nennt diese Ansicht sehr beachtenswert).

⁷⁴ Das hohe Alter der *actiones in bonum et aequum*: 1. *iniuria*: Partsch, Arch. Pap. 6, 60 „in der Zeit des ältesten Ediktrechts“; 2. *a funeraria*: Levy, Privatrecht. 33; Dernburg, Festg. Heffter (1873) 110ff.; Lenel, EP. 230 n. 1; 3. *index, qui litem suam facit*: Levy l.c. 48; Pernice, Labou 2, 2 168f. (besonders über die Parallele zur *iniuria*); 4. *de effusis et deiectionibus*: Pernice, Labou 2, 2 50, 56 n. 5; 5. *de feriis*: Adlendorff; 6. *de sepulchro violato recuperatores* (Lenel, EP. 229 n. 3) wie bei der *actio iniuriarum*; 7. *rei uxoriae* (?): vielleicht aus einer prätorischen Pönalklage erwachsen (Esmein, NRH. 17 (1893) 152ff.).

⁷⁵ So in dem Mailänder Vortrage, oben S. 164.

⁷⁶ NRH. 25 (1901) 563ff.

⁷⁷ Dazu auch Grosso l.c. Riv. It. 3 (1928) 9ff. An die Entwicklung, die von dem dunklen *iudicium de moribus* und einer *condemnatio namus* aus zur Möglichkeit geführt habe, daß der *iudex* auf Grund des *bonum et aequum* freisprach (Grosso l.c.), glaube ich nicht. Zu den von ihm zitierten Digestenfragmenten weiter unten S. 188 n. 94; 189.

⁷⁸ Levy, SZ. 36 (1915) 77, 81.

⁷⁹ Dazu Goehhofred 1, 311.

⁸⁰ Bei Gaius dagegen heißt es (3, 25): *sed haec iniuris iniquitates edicto praetoris emendatae sunt*, während eine ähnliche Betrachtung an der Parallelstelle 3, 32, 33 fehlt; Kriep, Gai. comm. pert. (1914) 13 ergänzt am Ende von 32 im Gegensatz zu Gb-schen, Krüger-Studemund und Köbler zu Unrecht *propter iniuris iniquitatem*, setzt also das *bonum et aequum* der *aequitas* gleich; Theophilus (Ferrini 303) übersetzt *ex τῷ κολλιστοῦ καὶ τοῦ δικαίου*.

⁸¹ Biondi, *bonae fidei iudicia* 231.

weder in den Worten *ex bono et aequo* noch in der Klausel *ex fide bona* zum Ausdruck⁸³. Daß für Justinian *ex bono et aequo* und *ex fide bona* identisch ist, zeigt sich in der Aufnahme der Teilungsklagen in den Katalog der *b. f. iudicia* (Inst. 4, 6, 28). Diese Gleichstellung kommt ganz allgemein in Inst. 4, 6, 30 zum Ausdruck, wo *bonae fidei iudicia* und *ex bono et aequo aestimare* zusammengefaßt:

*In bonae fidei autem iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. in quo et illud continetur, ut, si quid iniucem actorem praestare oporteat, eo compensato in reliquum ... condemnari debeat*⁸⁴.

Gaius 4, 61 beginnt erst mit den Worten *continetur, ut habita ratione*, führt aber dann nicht wie § 30, sondern wie § 39 fort; die Lücke vor 4, 61 ist nicht mit Sicherheit zu ergänzen; sicherlich stand bei Gaius nichts vom *bonum et aequum*, das auch sonst in diesem Zusammenhange nirgends begegnet⁸⁵. Die *aestimatio ex bono et aequo*, *quantum actori restitui debeat* (Inst. 4, 6, 30) gehört in klassischer Zeit den *actiones in bonum et aequum conceptae* an, aber keineswegs den *b. f. iudicia*; diese gehen nicht auf das *quantum*, sondern auf das *quidquid*, und es kommt nicht zu einer *aestimatio*, sondern zur Verurteilung oder Preisprechung, je nachdem dies das nach der *bona fides* ausgelegte Zivilrecht gebietet. Den Kompilatoren verschwindet das *bon. et aequ.* mit der *bon. fides*. Ihnen kommt es nur darauf an, daß der Richter freieres Ermessen hat. So können sie am Schlusse des § 31 sagen:

in his enim actionibus (nämlich: arbitrariis) et ceteris similibus permittitur iudici ex bono et aequo secundum eiusque rei de qua actum est naturam aestimare, quemadmodum actori satisfieri oportet.

Damit wollen sie die Aburteilung ohne jede Schranke dem richterlichen Ermessen anheimstellen⁸⁶, und dieses richterliche Ermessen heißt *ex bono et aequo aestimare*.

Vermutlich sind *ceterae similes actiones* die Teilungsklagen (§ 20) und die *bonae fidei iudicia* (§§ 30, 39)⁸⁷. Jedenfalls bilden *actiones divisoriae*, *bona fidei iudicia* und *actiones arbitrariae* zusammen die Gattung der Klagen *ex bono et aequo*. Es ist dieselbe Gattung, die Levy⁸⁸ die „arbiträren Judizien“ nennt, nur daß dieser die *iudicia restitutoria* hinzuzählt, die aber größtenteils zu den justinianischen *actiones arbitrariae* gehören. Den *actiones ex bono et aequo* stehen die justinianischen *stricta iudicia* gegenüber (Inst. 4, 6, 30).

So hat das *bonum et aequum* sich eine Rolle erobert, die das klassische Recht noch nicht kannte. Die alten zum Teil in der Tat subtilen Unterscheidungen sind

⁸³ Levy, SZ. 36 (1915) 77 n. 4; Lenel, EP. 209; Biondi i. c. mit weiterer Literatur.

⁸⁴ Vgl. auch Inst. 4, 6, 39: ... namque ex bono et aequo habita ratione eius, quod iniucem actorem ex eadem causa praestare oporteret in reliquum eum cum quo actum est, condemnaret.

⁸⁵ Wohl aber wird die Kompensation in nachklassischer Zeit auf die *aequitas* gestützt (vgl. die Belege bei Biondi, Compensazione 197ff., besonders D. 26, 7, 36 (Itp.: *aequitas, quae meram ius compensationis inducit*); für einen klassischen „allgemeinen Billigkeitsgedanken“ Kreller, SZ. 49 (1929) 508.

⁸⁶ Levy, SZ. 36 (1915) 80f.

⁸⁷ Man könnte auch an andre *actiones arbitrariae*, als die zuvor genannten, denken. Die Gesamteinteilung bliebe auch dann dieselbe.

⁸⁸ SZ. 36 (1915) 77, 81.

im justinianischen Prozesse nur noch dem Worte nach, aber nicht mehr in der Wirklichkeit erhalten. Wie die *aequitas* das *ius* besiegt hat⁸⁹, so hat das nun von der *aequitas* gar nicht mehr getrennte *bonum et aequum* eine beherrschende Stellung im Prozesse gewonnen. Trotz kaiserlicher Autorität, trotz aller Bürokratie der späten Justiz wird dem byzantinischen Richter eine Ermessensfreiheit zugestanden, wie sie der klassische *iudex* nicht gehabt hatte. Die Schranke der *condemnatio pecuniaria* ist gefallen und damit dem Inhalte des Urteils freier Raum gewährt⁹⁰. Von den zahlreichen Belegen, die kürzlich Biondi⁹¹ gesammelt hat, seien hier nur folgende genannt:

D. 39, 5, 31, 1 (Itp.): ... *iudicem tamen aestimatum ... et ... bonique viri arbitrio competentem ferre sententiam.*

D. 50, 13, 2 (Itp.): ... *ut is secundum rei aequitatem convenientem formam rei det*⁹².

Ohne zunächst zu entscheiden, ob das *melius aequius* der Formel der *actio rei uxoriae* mit dem *bonum et aequum* identisch ist, kann hier schließlich noch auf Justinians Verwendung dieses Ausdrucks hingewiesen werden:

C. Deo auctore 6 (gleich C. 1, 17, 1, 6): *Sed neque ex multitudine auctorum quod melius et aequius est indicatote, ...*

Die Verbindung mit *iudicare* weist auf die juristische Wurzel hin; aber der Sinn ist schon so verblaßt, daß das alte einstmals prägnante Wort *melius et aequius* zur Bezeichnung der für die Kompilation geeigneten Juristenfragmente verwendet wird.

*Bonum et aequum*⁹³ und *melius et aequius* werden, ihrer spezifischen Bedeutung entkleidet, nun wie im Volkssprachegebrauch für die allgemeine Billigkeit, für „gut und recht“ verwendet.

VII. Diese als Unterströmung immer vorhandene, aber doch als eigentlich juristische späte Bedeutung dringt auch in die Digesten ein. Einmal überwuchert sie in den klassischen Fällen der *actiones in bonum et aequum* das klare Bild der Quellen; dann aber schafft sie sich ein neues Anwendungsgebiet außerhalb des alten Bezirkes.

Von dem ersten Vorgange soll zunächst gesprochen werden. Dabei sind auch die klassischen Quellen, wenngleich so kurz wie möglich, vorzuführen.

1. *Actio iniuriarum* (Lenel, EP. 397ff.):

- Gai 3, 224 ... *permittitur enim nobis a praetore ipsi iniuriam aestimare, et index vel tanti condemnat, quanti nos aestimaverimus, vel minoris, prout ei visum fuerit.*
- D. 44, 7, 34 pr. (Paul lib. sing. de conc. act.) *Qui servum alienum iniuriose verberat, ex mo facto incidit et in Aquiliam et in actionem iniuriarum. ... sed quidam aliter*

⁸⁹ *Aequitas* und *bona fides*, oben S. 158, 168.

⁹⁰ Wenger, Zivilprozeß 282 (kondemnationsmindernde Einreden); 295 (Art der Verurteilung).

⁹¹ St. Bonfante 4, 63ff.

⁹² Biondi verweist auch auf Inst. 4, 6, 31, aber nicht auf *ex bono et aequo*, sondern auf *quemadmodum actori satisfieri oportet*.

⁹³ Theophilus gibt es mit τὸ δίκαιον und δίκαιον wieder (Inst. 3, 9, 2 [Ferrini 303]; 4, 6, 20 [Ferrini 428]; 4, 6, 30 [Ferrini 433]; 4, 6, 31 [Ferrini 435]).

electa alteram consumi. alii per legis Aquiliae actionem iniuriarum consumi, quoniam desinit bonum et aequum esse condemnari eum, qui aestimationem praestitit: sed si ante iniuriarum actum esset, teneri eum ex lege Aquilia. ...

Die genaueste Erklärung der Stelle, deren Schwierigkeiten hier nicht zu streifen sind, gibt Levy⁹⁵. Er nimmt judiziale Konsumption an, deren Geltendmachung den Rekuperatoren durch die Klausel *bonum et aequum* ermöglicht werde. Auffallend ist, daß hier nicht die Höhe der *condemnatio*, sondern diese selbst vom *bon. et ae.* abhängt; das *quantum* ist hier gleich Null; das ist ohne Zweifel eine Fortbildung der Interpretation dieser Klausel für diesen Sonderfall, in dem sonst eine Lösung schwer zu finden war⁹⁶. Ob also das unzweifelhaft echte Stück, das diese Klausel enthält⁹⁷, zur Formelrekonstruktion verwendet werden darf, ist immerhin zweifelhaft⁹⁸.

c) D. 47, 10, 17, 2 (Ulp. 57 ed.) ... *Mela putat dandum mihi iniuriarum adversus te, in quantum ob eam rem aequum iudici videbitur*, ...

Daß hier das *bonum* fehlt, hat offenbar nichts zu sagen⁹⁹.

d) D. 47, 10, 11, 1 (Ulp. 57 ed.) *Iniuriarum actio ex bono et aequo est [et dissimulatione aboletur]. [si quis enim iniuriam dereliquerit, hoc est statim passus ad animum suum non revocaverit, postea ex poenitentia remissam iniuriam non poterit recollere]. [secundum haec ergo aequitas actionis omnem metum eius abolere videtur, ubicumque contra aequum quis venit]. proinde et si pactum de iniuria intercessit et si transactum et si iniuriarum exactam erit, actio iniuriarum non tenebit*.

Die Institutionen (4, 4, 12) geben nur das Stück *Haec actio dissimulatione – recollere*.

Die Worte *Iniuriarum – est* können echt sein. Sie passen einigermaßen zum Schlusse des Fragmentes *proinde – fin.* Aber das auf die *condemnatio* bezügliche *bon. et ae.* ist doch nicht die Quelle oder Ursache der actio, noch reden die Klassiker von einer actio ex bono et aequo als einer Klage, deren *condemnatio* in *bon. et ae.* konzipiert ist. Deshalb spricht schon hier manches für Interpolation¹⁰⁰.

Sicher nachklassisch sind die Worte *et dissimulatione aboletur*. Er soll doch eine Folgerung ziehen; aber dies ist keine; weil die Kondemnationssumme vom Ermessen des *iudex* abhängt, soll das Klagrecht durch *dissimulatione* erlöschen¹⁰¹. *Dissimulatio* ist das Stillschweigen, die Nichtbeachtung¹⁰². Aber nach dem Schlußsatze ist es nicht die bloße Nichtbeachtung, die zum Erlöschen der Klage führt, sondern ein *pactum*, eine *transactio*, ein *iniuriarum*. Daß diese als *remissio iniuriae* gelten, liegt aber nicht an dem *bon. et ae.*, sondern an der Grundlage der Klage im *Racherecht*. Die *remissio nuda voluntate* ist auch anderswo höchst verdächtig¹⁰³, zur *iniuria* gehört nicht das Gefühl, gekränkt zu sein¹⁰⁴, und die von

⁹⁵ Konk. 2, 1, 182ff., insbesondere 186.

⁹⁶ Grosso, *loc. cit.* f. 10f. denkt an eine allgemeine Entwicklung der Klausel.

⁹⁷ Levy l.c. 186.

⁹⁸ Gegen Lenels „intencio-ähnliche“ Rekonstruktion Thomas l.c.; Audibert, M.H. Girard 1, 46; Partsch, SZ. 31 (1910) 426; Grosso l.c.

⁹⁹ Die Bas. 5, 632 haben gleichfalls nur *blumov*.

¹⁰⁰ So Biondi, Giur. decis. 38 n. 1; Grosso, Riv. It. 3 (1928) 12.

¹⁰¹ So Seckel a.v. *abolere*.

¹⁰² Seckel a.v. *dissimulare* d).

¹⁰³ D. 47, 10, 17, 6. ... *nam et si nuda voluntate iniuriam remisit, indubitate dicendum est extingui iniuriarum actionem non minus quam si tempore abolita fuerit iniuria (dazu*

Beseler¹⁰⁵ erwiesene Interpolation des zweiten Satzes [si quis – recollere]¹⁰⁶ reißt auch *et dissimulatione aboletur* mit sich; *dissimulatio* schließlich ist in der Bedeutung *venia* auch in der einzigen anderen Stelle¹⁰⁷, in der es vorkommt, interpoliert¹⁰⁸. Nicht der innere seelische Vorgang, sondern nur die *satisfactio* kann zur *remissio iniuriae* führen.

Der dritte Satz [secundum – venit], an dessen Interpolation kein Zweifel ist¹⁰⁹, enthält die byzantinische Identifizierung der *aequitas* und des *aequum* mit dem *bon. et ae.*

e) D. 47, 10, 18 pr. (Paul. 55 ed.) *Eam, qui nocentem infamavit, non esse bonum aequum ob eam rem condemnari: peccata enim nocentium nota esse et oportere et expedire*.

Grosso stellt das Fragment neben das oben unter b betrachtete, weil auch hier das *bon. et ae.* zur Klageabweisung führt¹¹⁰. Aber Zweifel an der Fassung lassen sich nicht unterdrücken. Einmal steht das pr. in der Palingenesia ganz getrennt von seinem § 1¹¹¹. Dann ist die „rückhaltlose Zulassung des Wahrheitsbeweises“¹¹² zwar in Cod. Just. 9, 36, 2 (365), nicht aber in dem (von Justinian nicht angenommenen) C. Theod. 9, 24, 1 (und folgende) kodifiziert, scheint also auf Justinian zurückzugehen. Schließlich aber ist *nocens* in der Bedeutung *criminis auctor vel socius* nirgends klassisch¹¹³.

zuletzt Biondi, Act. noxae 166 mit Literatur; der Streit geht weniger um den oben wiedergegebenen Schluß der Stelle; vorher heißt es: *qui enim acceptis satisfactionem, iniuriam suam remisit; aber nuda voluntas* ist doch gerade das Gegenteil von *satisfactio*; der Bas.-Text spricht von *εὐνοία* (Heimbach Übersetzer pacto), müßte also die *nuda voluntas* ab; zur *satisfactio nuda conventione* in D. 13, 7, 9, 3 (tp.7) vgl. SZ. 50 (1930) 395ff.

¹⁰⁵ D. 47, 10, 3, 2 (Ulp. 56 ed.) ... *pati quis iniuriam, etiam non sentiet, potest*.

¹⁰⁶ Beitr. 3, 163; SZ. 45 (1925) 455; Guarneri Citati, obbl. indivis. 137 n. 1.

¹⁰⁷ *Recollere* (nach Seckel „wieder aufwärmen“) ist nach VIR. 4, 30, 16 *ἀναλίσσας* und fehlt auch bei Longo, Gradenwitz, von Mayr, Levy in den Indices.

¹⁰⁸ So VIR. 2, 278, 36.

¹⁰⁹ D. 23, 4, 27; Levy, Ehescheidung 14 n. 4, 100 n. 1, 101 n. 1; Partsch, SZ. 42 (1921) 255 (ohne Berufung gerade auf dieses Fragment).

¹¹⁰ Beseler l.c.; contra *aequum venire* kommt (VIR. 1, 296, 11) allein hier vor.

¹¹¹ *Iud. b. f.* 10.

¹¹² Lenel, Pal. Paul. 685.

¹¹³ Pernice, Labo 2, 1, 32f.

¹¹⁴ A. VIR. 4, 159, 52 hat folgende Stellen:

1. D. 21, 1, 17, 1 *nemo enim tali peccato ... poenitentia sua nocens esse desinit* (Beseler, Beitr. 4, 297; vgl. auch D. 47, 3, 66).

2. D. 40, 9, 12, 6 *sane in hanc causam subveniendum est, ut destinati servi quasi concitii vel quasi nocentes non debeant manumitti ante finitam cognitionem* (Rotondi, Scr. 3, 14).

3. D. 40, 12, 7, 4 ... *quia dubitatur, utrum nocens sit an innocens* (Beseler, SZ. 45 [1925] 247).

4. D. 48, 10, 22, 4 *quod ad cogitationem animi nocens est, quis* (kaum echt).

5. D. 48, 18, 1, 27 i. f. *si quando ei, qui nocens videbatur, postea ratio innocentiae constiterit* (Beseler, Beitr. 1, 117).

6. D. 48, 1, 12, 1 ... *ita ut innoxios dimittat et nocentes, qui duriorum animadversionem indigent, differat* (indigere c. acc.) innoxios unschuldig bei Seckel nur hier; vgl. unten Nr. C.a.).

7. D. 48, 19, 3 pr. ... *satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari* (überflüssig; vgl. inhaltlich unten Nr. 9).

Der zweite Satz mit den stets verdächtigen *peccata*¹¹² interessiert hier nicht.

- f) D. 25, 4, 1, 8 i. t. (Ulp. 24 ed.) ... [agere eam iniuriarum potest, sic tamen, si iniuriae faciendae causa id maritus desideravit: ceterum si non iniuriae faciendae animo, sed quia iuste credidit ... acquissimum erit ignosci marito]¹¹³.

Hier wird die *actio iniuriarum* versagt und dies als *aequissimum* angesehen; vermutlich wirkt wie in D. 47, 10, 11, 1¹¹⁴ die byzantinische Gleichstellung von *aequissimum* und *bon.* et *ar.* dabei mit.

2. Si *index litem suam facit* (Lenel, EP. 167ff.):

- aa) D. 50, 13, 6 (Gai. 3 cott.) Si *index litem suam fecerit*, [non proprie ex maleficio obligatus videtur: sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudenciam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri in factam actione et] in quantum [de ea re] *aequum* religioni [de ea re] iudicantis visum fuerit, poenam sustinebit.
- ab) Inst. 4, 5 pr. ebenso, aber ohne in *factam actione* (das aber bei Theophilus steht); dazu De Francisci, Synallagma 2, 183.
- ac) D. 44, 7, 5, 4 ebenso, aber nur bis teneri.
- b) D. 5, 1, 15, 1 (Ulp. 21 ed.) *Iudex tunc litem suam facere intellegitur cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit* [dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur eius vel gratia vel inimicitia vel etiam sordes], ut veram aestimationem litis praestare cogatur.

Daß beide Fragmentenreihen unklassische Bestandteile haben, ist sicher. Der Streit geht darum, ob man den Schluß von D. 50, 13, 6 oder den von D. 5, 1, 15, 1 für klassisch halten soll; im ersten Falle gehört diese *actio* unter die *actiones in bon.*

8. Ulp. Epit. 1, 11 ... quior ... nocentesque inventi sunt, vgl. mit Gaius Inst. 1, 13 et in ea noxa fuisse convicti sint.

9. Paul. Sent. 4, 12, 5 et certe humanae rationis est favere miserioribus et prope innocentes dicere, quos absolute nocentes pronuntiare non possunt (Seckel-Kübler: „Visig.“).

Außerhalb der VIR. kommt das Wort zuerst und hauptsächlich bei Konstantin vor:

- B. Levys Erg. Ind. Vat. Fr. 35, 2 (die einzige Stelle aus Levys Erg. Ind. (Const. 313 [337])):

C. Gradenwitz Index:

- a) C. Theod. 1, 12, 3 (Const. 313 (?) *causas audiunt ... vel nocens poenam vel abolitionem innocens consequatur* (vgl. oben A Nr. 6);
- b) C. Theod. 9, 1, 2 (Const. 319); 9, 37, 1 = C. Iust. 9, 42, 2, 1; 16, 8, 19 (Honor. et Theod. 409);

D. Voc. Cod. Mayr:

1. C. 6, 44, 5 (294) in anderer Bedeutung (*nihil nocente Julia demonstratione*).

2. C. 9, 8, 6, 2 (nach 397); C. 9, 39, 2, 1 und 2 (451); C. 12, 1, 16 (442-443).

E. In der nichtjuristischen Literatur bei Cyprian, Donat. 9, (11, 15): *is semet ipsos censors pariter et nocentes* (aus Beck, Röm. Recht bei Tertullian und Cyprian (1950) 169). Das ist die einzige Stelle, in der das Wort in solcher Bedeutung vor 258 sicher festzulegen ist (denn dies ist das Todesjahr Cyprians). Aber „die Rednerschule kann ... Cyprian als Meister des lateinischen, rhetorischen Stils nicht verleugnen“ (Beck l. c. mit Literatur). Das beweist wieder einmal, daß ein Wort schon lange in den Rednerschulen gebraucht wird, ehe es in nachklassischen oder nachklassisch umgeformten juristischen Quellen erscheint.

- ¹¹² Guarneri Citati, Indice s. h. v.

- ¹¹³ Itp. Donatus, Iustus, Ann. Perug. 33 (1921) 36ff. mit guter Begründung. Über *iniuriae faciendae animo* an anderer Stelle.

- ¹¹⁴ Oben Nr. d.

et *ar. conceptae*, im zweiten nicht. Für die erste Meinung treten Levy¹¹⁵ und Lenel ein, für die zweite Pernice, Ferrini, Beseler¹¹⁶, Marchi¹¹⁷, Arangio-Ruiz¹¹⁸, Peruzzi¹¹⁹, De Francisci¹²⁰. Da ich glaube, daß die Klage im Anschluß an die *a. iniuriarum* ausgebildet worden ist, schließe ich mich Levy und Lenel an¹²¹. Vor allem scheint mir der Schluß von D. 5, 1, 15, 1 unrettbar, während D. 50, 13, 6 in der Lenelschen Rekonstruktion trotz Beseler¹²² haltbar ist. In der zweiten Stelle ist die *vera aestimatio litis* noch von keinem ausreichend erklärt worden. Sie ist anscheinend nicht selten justinianisch¹²³. Ob die Formel nur das *aequum* oder auch das *bonum* enthielt, wissen wir nicht¹²⁴; sachlich macht das auch keinen wesentlichen Unterschied.

3. De *sepulchro violato* (Lenel, EP. 228).

- a) D. 47, 12, 10 (Pap. 8 quest.) ... *dixi recte eum ea actione experiri, quae in bonum et aequum concepta est*: ...¹²⁵.
- b) D. 47, 12, 3 pr. (Ulp. 25 ed.) *Prætor ait: Cuius dolo malo sepulchrum violatum esse dicitur, in eum in factam iudicium dabo, ut ei, ad quem pertineat, quanti ob eam rem aequum videbitur, condemnatur*.
- c) D. 47, 12, 8 *Qui de sepulchri violati actione indicant, aestimabunt, quantum interit* ... (Vgl. auch §§ 9, 10.)

4. *Actio funeraria* (Lenel, EP. 229ff.).

Auch diese *actio* ist pönal und insofern der *iniuria* verwandt¹²⁶; sie ist in *bonum et aequum concepta*, obgleich die Belege fast alle in nachklassischer Fassung vorliegen.

- a) D. 11, 7, 14, 6 (Ulp. 25 ed.) [*Haec actio quae funeraria dicitur ex bono et aequo oritur*]: *continet autem funeris causa tantam impensam, [non etiam ceterorum sump-*

¹¹⁵ Privatur. 50 n. 10 (dort auch weitere Literatur); auch Kübler SZ. 39 (1918) 221.

¹¹⁶ Zitate bei Levy l. c. (Ferrini, BDR. 12, 190); Beseler auch SZ. 50 (1930) 32ff.

¹¹⁷ BDR. 16 (1904) 213 n. 5.

¹¹⁸ It. 268, 345.

¹¹⁹ It. 2, 387 n. 4.

¹²⁰ Synall. 2, 135.

¹²¹ Auch hier kann das griechische Vorbild eingewirkt haben; Latte, Heiliges Recht 44: wer die Strafe dem Schuldigen erläßt, macht sich selber den Göttern verantwortlich; der Richter löst durch die Verurteilung sich selbst von der Schuld (wenn auch auf Strafe gehend, so doch vielleicht nicht ohne Einfluß auf die Zivilklage). Kübler (SZ. 39 [1918] 216) zieht nach dem Vorbilde von Schrader, Aristoteles Ethic. Nicom. 3, 9, 12 p. 1136b heran, Arangio-Ruiz, It. 268 n. 1 benutzt die Parallele zur Deutung der justinianischen *obligationes quasi ex delicto*.

¹²² SZ. 50 (1930) 32ff.

¹²³ D. 35, 2, 61 *utpote cum is confitendo veram aestimationem praestare poterat* (Itp. Donatus, BDR. 34 [1923] 206b); D. 50, 16, 179 *Inter haec verba, quanti ea res erit vel quanti eam rem esse pareat nihil interest* [nam in utraque clausula placet veram rei aestimationem fieri] (in clausula fit nur hier: VIR. 1, 763, 27; placet); D. 50, 16, 193 *habet veram fort*; vgl. D. 45, 1, 72 pr. *iusta aestimatione facti dandum esse petitionem* (Itp. Beseler, SZ. 45 [1923] 484).

¹²⁴ Theophilus Inst. 4, 5 pr. (Ferrini 412) und Bas.-Text zu D. 50, 13, 6 (Heimbach 5, 138) haben sogar das *aequum* nicht, stimmen aber sonst zu einer auf das Ermessen des Richters gestellten Klage.

¹²⁵ Unbegründete Zweifel an der Echtheit bei Grosso, Riv. It. 3 (1928) 18 n. 1.

¹²⁶ So Levy, Privatur. 33ff.; Solazzi, La restituzione della dote 186ff.; Thomas, NRH. 25 (1901) 547ff.; Bonfante, Corso 1, 341. Dagegen Grosso, Riv. It. 3 (1928) 18 n. 3.

sum]. *aequum autem accipitur ex dignitate eius qui fuerat est, ex causa, ex tempore et ex bona fide, [ut neque plus imputetur sumptus nomine quam factum est neque tantum quantum factum est, si immodice factum est: deberet enim haberi ratio facultatum eius, in quem factum est, et ipsius rei, quae ultra modum sine causa censuerit. quid ergo si ex voluntate testatoris impensum est sciendum est nec voluntatem sequendam, si res egrediatur iuriam sumptus rationem: pro modo autem facultatum sumptum fieri.]*

Der Schluß mit seiner breiten *protheoria* zur *actio funeraria* kann hier beiseite bleiben¹²⁷. Auch der Anfang ist bereits als nachklassisch erkannt¹²⁸. *Ex bono et aequo oritur* ist verwandt dem *ex bono et aequo est* in D. 47, 10, 11, 1²⁹. Aber die *actio* entspringt nicht aus dem *bon. et ae.*, sondern sie hat ganz andere Entstehungsursachen: D. 11, 7, 12, 3 (wenn klassisch): *ne insepulta corpora iacerent*. Trotzdem sichert, wie Lenel mit Recht bemerkt, der zweite Satz das *aequum* als Bestandteil der Formel. *Ex dignitate* erscheint auch in I. 12, 5 und I. 21³⁰; *ex bona fide* geht auf die *bona fide* gemachten Auslagen. Ob wirklich, wie Lenel³¹ meint, die Versagung der *actio* auf die Klausel *quantae pecuniae iudici videbitur* zurückgeführt werden kann, ist mir zweifelhaft; das *aequum* gehört nicht eigentlich dem „Billigkeitsrecht“ an. Auch wegen der „wenn ich so sagen darf, in *ius aequum* konzipierten Formel“³² bleiben Bedenken. Sicher ist die Formulierung in (*bonum et*) *aequum*³³.

Alle anderen Belege sind nachklassisch:

- b) D. 11, 7, 14, 10 (Ulp. 25 ed.) [*iudicem, qui de ea aequitate cognoscit* ...]³⁴
- c) D. 11, 7, 14, 13 I. f. [... *nonne aequum est mihi funerariam competere? Et generaliter puto, iudicem iuratum ... solutius aequitatem sequi, cum hoc ei natura actionis indulget*.]³⁵
- d) D. 11, 7, 14, 15 [... *lucrari enim heredem iniquum est* ...]³⁶
- e) D. 11, 7, 16 (Ulp. 25 ed.) [... *aequissimum enim videtur et veteribus mulieres quasi de patrimonio suis ita de dotibus funerari et eam, qui morte mulieris dotem lucratur, in funus conferre debere*.]³⁷

Überall ist der Anklang an das klassische *bon. et ae.* zu spüren; überall aber gehen die Byzantiner darüber hinaus: und zwar sowohl den Worten nach, da *aequitas*, *aequum* (in solcher Bedeutung), *iniquum*, *aequissimum* alle nichts mehr mit dem

¹²⁷ Zur *ltp. Donatus*, Ann. Perugia 33 (1921) 390 [*iuriam - rationem*] Riccobono, Ann. Pal. 3/4 (1917) 384 n. 1.

¹²⁸ De Francisci, RIL. 48 (1915) 305; Beseler, Beitr. 2, 173 „Ist *oriri*, wenigstens in gewissen Verbindungen, ein verdächtiges Wort? (Vgl. auch die Ankündigung einer Untersuchung über *oriri* in Beitr. 4 III).“

¹²⁹ Oben S. 188.

¹³⁰ Warum De Francisci in der zweiten *lex pro dignitate et facultatibus* streichen will (Leg. pass. RIL. 48 [1915] 304, ist mir nicht klar.

¹³¹ EP. 230f.

¹³² Lenel, EP. 230 n. 4.

¹³³ Levy, Privatrecht. 33 n. 6.

¹³⁴ *ltp. De Francisci*, RIL. 48 (1915) 306; Filangieri 40 (1915) 20; Lenel, EP. 230, 230 n. 3 (nur zum Teil *ltp.*); Beseler, SZ. 45 (1925) 453 (wahrscheinlich).

¹³⁵ *ltp. vgl. Ind. ltp.*; Lenel, EP. 230 „Unedict, aber nicht unrichtig“; 230 n. 3: „Ulpiam wird gesagt haben, der Prätor dürfe der Billigkeit folgen.“ Diese Formelworte wenden sich aber an den *iudex*, nicht an den *Prätor*; mir scheint deshalb die Fassung von Lenel noch zu sehr sich der byzantinischen Auffassung zu nähern.

¹³⁶ *ltp. De Francisci*, Filangieri 40 (1915) 25; Lenel, EP. 230 n. 3.

¹³⁷ *ltp. Lenel*, L.c.; Beseler, SZ. 44 (1924) 391; SZ. 45 (1925) 455.

bon. et ae. der *condemnatio* zu tun haben, sondern das Gebiet der byzantinischen Billigkeit betreten; der Sache nach, weil es sich überall nicht mehr um Bezifferung der *condemnatio*ssumme, sondern um Gewährung oder Ablehnung der Klage, also nicht mehr um die Aufgabe des *iudex*, sondern um die des *Prätors* handelt.

5. De effusis et delectis (Lenel, EP. 173f.).

a) D. 9, 3, 1 pr. (Ulp. 23 ed.) *Prætor ait: ... si viset nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem aequum iudici videbitur cum eam quo agitur condemnari, tanti iudicium dabo. ...*

b) Inst. 4, 5, 1 ... *si vero viset nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem aequum iudici videbitur, actio datur.*

An der Fassung der diesem Edikt nachgebildeten Formel kann danach kein Zweifel sein.

c) D. 9, 3, 5, 5 (Ulp. 23 ed.) ... *ipui perpetua erit actio: sed si alius velit experiri, annua erit haec actio, nec enim heredes iure hereditario compit, quippe quod in corpore libero damni datur, iure hereditario transire ad successores non debet, quasi non sit damnum pecuniarium, [nam ex bono et aequo oritur].]³⁸*

Der offenbar angehängte, grammatisch und sachlich abrupte Schlußsatz zeigt wieder die nachklassische Auffassung, daß die *actio ex bono et aequo* „entspringe“³⁹.

6. De feris (Lenel, EP. 566f.).

Einziger Beleg für die im Adilen-Edikt proponierte Klage:

D. 21, 1, 42 (Ulp. 2 ed. cur.) ... *si nocitum homini libero esse dicetur, quanti bonum et aequum iudici videbitur, condemnatur.*

Übereinstimmend Inst. 4, 9, 1⁴⁰. Die Fassung ist der des Edikts *De his qui deiecerint vel effuderint* (oben Nr. 5) nahe verwandt; beide *actiones* schließen sich inhaltlich an die *a. iniuriarum* an⁴¹.

7. iudicium de moribus (Lenel, EP. 310).

Lenel „Über die Formel wissen wir schlechthin nichts, so daß jede diesbezügliche Hypothese müßig ist.“

8. De negotiis gestis (Lenel, EP. 101ff.).

Daß diese Formel in *bon. et ae.* gefaßt war, wird zwar von Girard⁴² angenommen, ist aber ganz ohne Quellengrundlage⁴³.

9. Actio rei uxoriae (Lenel, EP. 303ff.).

In dem Streite, ob diese *actio* zu den *actiones in bonum et aequum conceptae*⁴⁴

¹³⁸ *ltp. von quippe an*: Beseler, Beitr. 4, 209; von nam an: Grosso, Riv. It. 3 (1928) 21 n. 5 mit überzeugender Begründung (*actio* steht zu weit ab: Unvererblichkeit ist kein Zeichen der *actiones in bon. et ae.*).

¹³⁹ *Ex bono et aequo oritur* ganz wie D. 11, 7, 14, 6 (oben S. 191) und ähnlich wie D. 47, 10, 11, 1 (*ex bono et aequo est*; oben S. 188). Zur Gestaltung dieser *actio* vgl. Levy, Privatrecht. 33 n. 6; Konk. 1, 328, 329 n. 3.

¹⁴⁰ Theophilus (Ferrini 456) hat *νόμιμον* und *δίκαιον*.

¹⁴¹ Levy, Konk. 2, 1, 226ff. Die Bas. (Zachariae Suppl. 279) haben nur *εἰς τὸ ποιῆσαι*; ihr Text ist dem *Tipukeitos* entnommen (Dölger, *Tipukeitos* [1929] 134).

¹⁴² Man. (7) 457 n. 3; vgl. auch Thomas, NRH. 25 (1901) 54f.

¹⁴³ Segré, Scr. Moriani 304ff.; Grosso, Riv. It. 3 (1928) 8 n. 3. Lenel erwähnt diese Ansicht nicht einmal; zweifelnd Partsch, *Negot. gest.* 29 n. 3; 33 n. 1.

¹⁴⁴ So vor allem Biondi, iud. b. f. 178ff.; Lenel, EP. 303ff.; Siber, RPR. 121 n. 5; SZ. 42 (1921) 84.

oder zu den *bonae fidei iudicia* gehöre¹⁴⁵, stehe ich auf dem Standpunkt, daß das *melius aequius* der Formel sie den *actiones in bonum et aequum conceptae* zuordnet. Warum daran trotz der neuen Lesung von Gai. 4, 62¹⁴⁶ festzuhalten ist, wird unten unter VIII (S. 196ff.) darzulegen sein.

a) D. 24, 3, 66, 7 (Iavol. 6 ex post. Lab.) ... *ait Labeo, quia nec melius aequius esset, quod exigere vir ab uxore non potuisset, ob id ex detrimento viri mulierem locupletari: et hoc verum puto.*

Es könnte sein, daß die Fassung nicht unangetastet ist; während sonst immer von der *mulier* die Rede ist, heißt diese in dem *quod*-Satz *uxor*; besonders aber erinnert *ex detrimento viri mulierem locupletari* an einen byzantinischen Satz, der später noch zu prüfen sein wird¹⁴⁷. Der Inhalt und die Verweisung auf *melius aequius* sind aber in bester Ordnung.

b) D. 46, 3, 82 (Proc. 5 epist.) ... *nec melius nec aequius esse existimarem eum fundum Seiae reddi.* ...

Der Fall ist klar; es geht um die Höhe der *condemnatio*: gehört der *fundus* dazu oder nicht?¹⁴⁸

c) D. 4, 5, 8 (Gai. 4 ed. prov.) *Eae obligationes, quae naturalem praestantem habere intelleguntur, palam est capitis diminutione non perire, quia civilis ratio naturalis iura corrumpere non potest, itaque [de dote] actio, quia in bonum et aequum concepta est, nibilo minus durat etiam post capitis diminutionem.*

Mit den im Ind. Ip. aufgezeichneten Verdächtigungen des Anfanges befaße ich mich hier nicht. Der Schluß ist in der Hauptsache klassisch¹⁴⁹. Ob die Verbindung der *capitis diminutio* mit der Klausel ganz in Ordnung ist¹⁵⁰ und wie sie sich erklärt¹⁵¹, braucht uns hier nicht zu kümmern¹⁵².

Sehr zu Unrecht sieht Grosso¹⁵³ hier einen untechnischen Sprachgebrauch; denn *concipere* ist „der technische Ausdruck für die Fassung der Klagen“¹⁵⁴.

d) D. 23, 3, 6, 2 (Pomp. 14 ad Sab.) *Si in dote danda circumventus sit alteruter, etiam maiori annis viginti quinque succurrendum est, [quia bono et aequo non conveniat aut lucrari aliquem cum damno alterius aut damnum sentire per alterius lucrum].*

¹⁴⁵ So vor allem Grosso, Riv. It. 3 (1928) 156f.

¹⁴⁶ Levy, SZ. 49 (1929) 473: „Der Gaius von Verona zählt also bereits die *actio rei uxoriae* zu den *bonae fidei iudicia*.“ Auf eine falsche Lesung stützten sich Biondi l. c. 264f. und Siber, RPR. I. c.

¹⁴⁷ Unten S. 216.

¹⁴⁸ Nicht ganz mit Recht stellt Biondi, *ind. b. f.* die Stelle unter die Überschrift: Konzeption der *actio* (196), weil hier doch mindestens auch das Maß der Verurteilung in Frage kommt.

¹⁴⁹ De Francisci, Stud. Sen. 24 (1906) 407ff.; Grosso, Riv. It. 3 (1928) 17f.; von Beseler, Tijdschr. 8 (1928) 321. Anders besonders Siber, Nat. obl. 16; Perozzi, Ist. 1, 395 n. 1; 1, 517 n. 2; 2, 24 n. 1.

¹⁵⁰ Ablehnend wohl von Beseler l. c.

¹⁵¹ Dazu z. B. Mittels, RPR. 61 n. 65 (ursprünglich prätorische *actio*, die deshalb der zivilen *cap. dim.* nicht unterlag).

¹⁵² Interessant ist die Weiterführung des Gedankens der *lex* bei Stefanos, Bas. 4, 557: die *naturales obligationes* werden von ihm mit denen, die *ex bono et aequo* entstehen, identifiziert.

¹⁵³ Riv. It. 3 (1928) 17ff.

¹⁵⁴ Seckel s. v. *concipere* 2). Auch übersieht Grosso, D. 23, 3, 6, 2 (unten unter d).

Die Interpolation des Schlusses ist sicher¹⁵⁵. Zwar hält es Sokolowski¹⁵⁶ für einen Grundsatz des *bonum et aequum*, daß niemand aus fremdem Schaden Vorteil haben dürfe; er vertritt aber damit nicht den Standpunkt der Klassiker, sondern den der Byzantiner, wie ihn z. B. der Anonymos¹⁵⁷ unter Berufung auf D. 12, 6, 14, D. 50, 17, 206 und C. 2, 53, 3 wiedergibt. Was uns hier angeht, ist die Frage, wie denn die Hilfe (*succurrendum est*) aussah, wenn sie sich nicht auf das *bon. et ae.* stützte. *Circumventio* ohne *dolus*¹⁵⁸ könnte in der Tat nur bei der *actio rei uxoriae* unter Berufung auf ihr *melius aequius* genügen. Vielleicht ist an *restitutio in integrum* gedacht, für die *succurrere* das gegebene Wort ist¹⁵⁹. Aber auch dazu ist der *dolus* unentbehrlich¹⁶⁰. Debray¹⁶¹ meint, dem *minor* werde mit der *exceptio legis Plaetoriae*, dem *maior* unter Berufung auf das *bon. et ae.* der *actio rei ux.* geholfen, beiden nicht mit Rücksicht auf *dolus*. Aber in Wahrheit muß in der *circumventio*, was nach D. 4, 3, 1, 2 sehr wohl möglich ist, ein *dolus* erblickt werden. Dann wird die Hilfe durch eine *actio de dolo* oder eine *restitutio propter dolum* gewährt. Mit dem *bonum et aequum* haben diese Hilfe erst die Byzantiner zusammengebracht¹⁶².

e) D. 24, 3, 10, 1 (Pomp. 15 ad Sab.) *Si vir uxorem suam occiderit, [dote actionem] hereditibus uxoris dandum esse Proculus ait, et recte: non enim aequum est, virum ob facinus suum dotem sperare lucrifacere.]* [idemque et e contrario statuendum est].

Die Zufügung des Schlußsatzes steht fest¹⁶³. Aber auch die Begründung *non enim - lucrifacere* ist bedenklich. Gewiß bedarf es einer besonderen Klage, vermutlich einer *a. utilis*, weil die *dote* nach dem Tode der Frau sonst dem Manne verbleibt. Aber warum *sperare*? Es kommt doch nur darauf an, das *lucriferare* zu vermeiden; und viel ist ja nicht zu erhoffen, wenn *facinus*, also Mord, und

¹⁵⁵ Riccobono, Riv. dir. civ. 3 (1911) 56 n. 2; Grünwald, Ordnung der die Werte *lucrum* etc. (Diss. Heid. 1912) 47; Biondi, *ind. b. f.* 201 n. 1; De Francisci, RIL. 48 (1915) 305; Albertario, BIDR. 31 (1921) 13 n. 1; Lenel, Pal. Pomp. 602 zieht D. 23, 3, 12, 1 heran, eine heute als *typ.* erkannte Stelle (Biondi, Act. arbitr. 1, 90, St. Bonfante 4, 72; Partsch, SZ. 43 [1921] 271; Albertario, BIDR. 31 [1921] 11).

¹⁵⁶ St. Bonfante 1, 200 n. 43. Die schöne Abhandlung leidet darunter (vgl. unten S. 211 n. 249), daß sie die Quellen ohne Kritik verwendet.

¹⁵⁷ Bas. 3, 352, schol. *neque*.

¹⁵⁸ So Albertario l. c.

¹⁵⁹ Seckel s. v. *succurrere*.

¹⁶⁰ C. 2, 53, 3 (Diocl. et Max. 285). *In contractibus, qui bonae fidei sunt, etiam maioribus officio iudicis causa cognita publica iura subveniunt.* Ich glaube kaum, daß es mit der Festsetzung des *iudex* durch den Prätor, die Jobbé-Duval (St. Bonfante, 3, 185) vorstellt, getan ist; zwar wird damit die Unmöglichkeit einer *rest. i. i.* durch den *iudex* beseitigt, die den Bas. 1, 550 Anlaß gibt, von einem wunderbaren Kanon, einem unbezwinglichen Kanon zu sprechen. Aber was haben die *iudicia bonae fidei* mit der *rest. i. i.* zu tun? Warum wird gerade bei ihnen *etiam maioribus* geholfen? Die *restitutio propter dolum* wird von Diocletian (Taubenschlag, Priv. R. Diocletian 206 n. 1) doch auch bei anderen Kontrakten erteilt. Die Konstitution muß verändert und verkürzt sein; vgl. auch unten S. 212 n. 252.

¹⁶¹ Mé. Girard 1, 289ff.

¹⁶² Ähnlich wie erst sie im C. 2, 53, 3 (vgl. vorige n.) die *rest.* auf die *bona fides* allein gebaut haben.

¹⁶³ Lenel, Pal. Pomp. 616.

zwar *parricidium*¹⁸⁴ vorliegt. Hermogenian spricht von der Wegnahme der *dos* – und zwar ohne Begründung – schon dann, wenn der Mann den Tod der Frau nicht gerächt hat: D. 34, 9, 20 *Ei, qui mortem uxoris non defendit, ut indigno dos auferatur*. Da ist also nicht viel Hoffnung, daß er als Mörder seiner Frau deren *dos* lukriert. Ob die Kompilatoren oder ihre Vorgänger den Gedanken an das *melius aequius* der Formel einmischten, ist schwer zu entscheiden.

f) D. 31, 53 pr. (Terentius Clemens 4 ad leg. Iul. et Pap.) ... *aequum esse, eam, a quo meritis aliquid pro dote legaverat, neque ad quantitatem legati omni huius aeris alieni subire*¹⁸⁵.

Der ursprüngliche Zusammenhang ist nur sehr schwer, der ursprüngliche Wortlaut wohl gar nicht mehr herzustellen. Immerhin mag, wie Levy will, das *aequius* der Formel bei der Entscheidung eine Rolle gespielt haben.

g) D. 12, 2, 13, 5 i. f. (Ulp. 22ed.) ... *Cui Quintus Saturninus consentit argumentoque utitur eius, qui iuravit eam, quae uxor sua fuerit, rem sibi in dotem dedisse; nam [et hic] uxori ait uilem [de dote] actionem dandam, quae non esse extra aequitatem posita non negaverim*¹⁸⁶.

Das Fragment gehört im Grunde nicht hierher, weil diese *aequitas* nichts mit dem *bon. et ae.* zu tun hat; es ist vielmehr die *aequitas*, auf die hin der Prätor eine *actio utilis* gewährt.

Blickt man auf die Reihe der *actiones in bon. et ae.* zurück, so ist die klassische Aufgabe der Klausel scharf abgegrenzt; die *condemnatio* ist ihrer Höhe nach (in einem Sonderfälle auch ihrer Bejahung nach) in das Ermessen des Richters gestellt; andere Freiheit eignet seinem *officium* nicht. Erst die Nachklassiker verwischen hier wie überall die Grenzen, so daß statt der klaren Umrisse ein verschwommenes Bild entsteht. *Aequitas* dringt ein und überdeckt die klaren Linien; überall finden Grenzüberschreitungen statt. Auch die saubere, wenngleich feine Unterscheidung zwischen den *actiones in bon. et ae.* und den *bonae fidei iudicia* wird zwar nicht aufgegeben, aber vernachlässigt, wie das für die *a. rei uxoriae* Biondi¹⁸⁷ gezeigt hat. Die *aequitas*, die sich der *bona fides* bemächtigt hatte¹⁸⁸, bildete, nachdem sie in das *bonum et aequum* eingedrungen war, die Brücke zwischen beiden Bezirken.

VIII. Man glaubt, gerade bei der *a. rei uxoriae*, aber auch sonst, an dieser Unterscheidung zwischen der *bona fides* und dem *bon. et ae.* schon für das klassische Recht nicht festhalten zu können. Man spricht davon, daß der scharfe Gegensatz sich allmählich gemildert habe¹⁸⁹ oder daß bei den *iudicia bonae fidei* der *iudex ex bono et aequo* entscheide¹⁹⁰, daß ein praktischer Unterschied zwischen beiden Formeln nicht erkennbar, ja im Gegenteil die Identifizierung durch manche Quellenäußerung nahegelegt sei¹⁹¹, daß gerade bei der *a. rei ux.* das *officium iudicis*

trotz der Formalisierung *quod eius melius aequius erit* ebenso unter der Herrschaft der *bona fides* stehe wie bei den regulär formalisierten Aktionen¹⁹². Man glaubt zuweilen, daß die *a. rei uxoriae* sich aus einer *a. in bon. et ae.* allmählich zu einem *iudicium bonae fidei* entwickelt habe¹⁹³. Alle diese Schwierigkeiten stammen daher, daß Gaius in seinem Katalog der *bonae fidei iudicia* (4, 62) die *a. rei uxoriae* aufführt, von der man nach aller sonstigen Überlieferung genau weiß, daß sie eine Formel mit den Worten *melius aequius* enthielt. Niemand hat deutlich genug gesehen oder gesagt, daß ja für Gaius nach seiner Darstellung Inst. 3, 137 die *bonae fidei iudicia* und die *iudicia in bonum et aequum* identisch sind. Von diesem Standpunkte aus macht es gar nichts aus, daß der Katalog die *a. rei ux.* unter die *iud. b. f.* einreicht; keine neue Lesung des Gaius von Verona, kein Versuch, die *a. rei ux.* aus diesem Kataloge zu streichen¹⁹⁴, keine künstliche historische Entwicklung, keine „Milderung“ des Gegensatzes beider Klaggattungen ist erforderlich. Die Identifizierung beider Formeln ist nach Gaius nicht möglich, sondern notwendig. Und dies gilt nach Gaius keineswegs nur für die *a. rei ux.*, sondern für alle *bonae fidei iudicia*. Diese „Lösung“ wäre in der Tat sehr einleuchtend und bequem; wenn sie nur nicht allem widerspräche, was wir sonst von der sauberen Trennung und den ganz anderen Aufgaben beider Aktionengattungen wissen; wenn sie nur nicht gerade mit dem soeben vorgelegten Quellenmaterial absolut unverträglich wäre. Sockel (s. v. *bonus* 1), der den Gaius-Satz vorsichtig einzubauen sucht, schreibt doch: „(die Klage) ist mit dem *bonae fidei iudicium* verwandt (vgl. Gai. III, 137), aber nicht identisch; das *bonum et aequum* erscheint nämlich nicht, wie die Klausel *ex fide bona*, in der in *ius* konzipierten *intentio*, sondern nur in *formulae in factum conceptae*, und zwar hinter der *demonstratio* in einer *Astimationsklausel*, welche zugleich als *intentio* funktioniert.“ In keiner klassischen Quelle, und nur selten in nachklassischen, findet sich eine Gleichstellung beider Formeln. Wenn auch Justinian aus den *actiones in bonum et aequum* einen Oberbegriff macht, dem er außer den *actiones arbitrarie* und den *iudicia divisoria* auch die *iudicia b. f.* unterstellt¹⁹⁵, so erscheint er damit zwar als der Vollender der von Gaius dargestellten Lehre; aber diese hat bei ihm doch eine ganz andere Bedeutung bekommen. Die *actio rei ux.* ist nach Justinian bereits in vorjustinianischer Zeit ein *b. f. iudicium* geworden (C. 5, 13, 1, 2; Inst. 4, 6, 29); das bleibt sie auch als *actio de dote*; aber sie wird (Inst. 4, 6, 30) wie alle *b. f. iudicia* in die Gattung der *actiones ex bono et aequo* theoretisch eingeordnet.

Die Schwierigkeit hat sich durch diese Betrachtung also keineswegs vermindert, sie ist gewachsen. Das Rätsel, das Gaius aufgibt, ist heute so ungelöst wie je; und es wird auch hier nicht weggedeutet werden. Immerhin tut es not, die Quellen genau zu betrachten, um zu überlegen, welches Gewicht die Darstellung des Gaius hat.

Da ist zunächst einmal die Identifizierung von *bonum et aequum* und *bona fides* zu belegen:

¹⁸⁴ D. 48, 9, 1: ... *uxorem virum*.

¹⁸⁵ Dazu Levy, Konk. 2, 1, 146ff., der aber ohne Grund von *melius aequius* spricht, und Beseler, SZ. 45 (1925) 263f.

¹⁸⁶ Itp. Beseler, SZ. 45 (1925) 453; SZ. 51 (1931) 68.

¹⁸⁷ *iud. b. f.* 200ff.

¹⁸⁸ *Aequitas* und *bona fides*, oben S. 169.

¹⁸⁹ Erman, SZ. 23 (1902) 499.

¹⁹⁰ Riccobono, Mfl. Cornil 2, 315.

¹⁹¹ Levy, Privatrecht 36, allerdings nur ganz hypothetisch.

¹⁹² Lenel, EP. 307.

¹⁹³ Levy, Konk. 2, 1, 150.

¹⁹⁴ Oben S. 194 n. 146.

¹⁹⁵ Oben S. 185ff.

Gai. 3, 137 *Item in his contractibus (den Konsensalkontrakten) alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet.*

Gai. 3, 155 ... *contrahitur mandati obligatio, et invicem alter alteri tenetur in id, quod vel me tibi vel te mihi bona fide praestare oportet.*

Genau an der entsprechenden Stelle steht einmal *ex bono et aequo*, das andere Mal *bona fide*.

Dasselbe ergibt ein Vergleich der betreffenden Digesten- und Institutionenfragmente:

D. 44, 7, 2, 3 (Gai. 3 inst.) *Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet.*

D. 44, 7, 5 pr. (Gai. 3 inst.) ... *mandati, quibus invicem experiri possunt de eo, quod alterum alteri ex bona fide praestare oportet. ... (neg. gest.) quibus aequo invicem experiri possunt de eo, quod ex bona fide alterum alteri praestare oportet.*

Just. Inst. 3, 22, 3 *Item in his contractibus alter alteri obligatur in id, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet.*

Wodurch könnte die Identität besser bewiesen werden als dadurch, daß Gaius, wenn er von der ganzen Gattung spricht, *ex bono et aequo* sagt, wenn er aber zu einer dieser Gattungen angehörender Klage (3, 135) kommt, *bona fide* einsetzt?

Könnte man ein Abschreiberversehen annehmen, das aus *ex bona fide ex bono et aequo* gemacht hat, so wäre zunächst jeder Anstoß beseitigt. Aber das verbietet sich schon wegen der dreifachen Überlieferung im Cod. Ver., in den Digesten und in den Justinianischen Institutionen¹⁷⁶. Gaius erscheint in noch sonderbarerem Lichte, wenn man sieht, wie er 3, 224, wo er bei der *a. iniuriarum* vom *bonum et aequum* hätte sprechen können, davon schweigt¹⁷⁷. Partsch meint¹⁷⁸: „Aber was dem Klassiker nur eine unjuristische Hilfsvorstellung zur Gliederung des Lehrbuchvortrages war – nur das Schulbuch des Gaius überliefert ja den Satz –, das wurde bei Justinian zum dogmatischen Prinzip.“ So richtig das ist, so erklärt es noch nicht ganz den Punkt, der uns hier beschäftigt. Auch für die Gliederung des Lehrbuches wäre es einfacher, für den Schüler weniger verwirrend gewesen, wenn Gaius 3, 137 und 3, 155 sich desselben Ausdruckes bedient hätte. Selbst wenn *ex bono et aequo* und *bona fide* damals identisch waren, warum benutzt Gaius abwechselnd und deshalb unpädagogisch einmal die eine, das andere Mal die andere Fassung, ohne darauf hinzuweisen, daß er beide gleichstelle; wer von seinen Schülern später in die klassischen Schriften eindrang, mußte durch dieses Verfahren mißleitet werden.

Dazu kommt aber noch mindestens zweierlei Merkwürdiges. Einmal ist *praestare oportet* nicht korrekt. Es müßte heißen *dare facere oportet*¹⁷⁹. So sagt Lenel bei der *a. mandati*¹⁸⁰: „*Dare facere praestare*“ Trotz (44, 7) 5 pr. und Gai. 3, 155 (auch 137 und alle oben angeführten Stellen) kaum anzunehmen, arg. (17, 1)

¹⁷⁶ Dieses gleicht der Text bei Theophilus (Ferrini 351) *ἐκ τοῦ καλλίστου καὶ τοῦ δικαίου*.
¹⁷⁷ Vgl. oben S. 179, 186: Daß er davon hätte reden müssen, wäre bei der Kürze seiner Darstellung zuviel gesagt.

¹⁷⁸ Schrift. 61 (in n. 149 ist versehentlich 3, 156 statt 3, 137 genannt).

¹⁷⁹ Segré, St. Moriani 10 n. 2.

¹⁸⁰ EP. 105 n. 6.

45 § 5.¹⁸¹ Dies Argument ist in der Tat stark genug: das Fragment sagt, offenbar in genauem Anschluß an die Formel: ... *faciendi causa, non dandi tenebitur reus*.

Dann aber stimmt auch *alter alteri* nicht. Die Formel, die der gaianischen Fassung am besten entspricht, ist die der *iudicia disitoria* (nur mit dem Justinianischen (Inst. 4, 6, 20) *ex bono et aequo* versehen); bei diesen lautet die Formel allerdings *quidquid ... alterum alteri praestare oportet*¹⁸². Geht man dagegen an der Hand von Lenels Edikt die einzelnen Konsensalkontrakte durch, so bestätigt sich, was schon beim Mandat auffiel: es stimmt nirgends mit der gaianischen Formulierung *quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet*; es stimmt weder *alterum alteri* noch *ex bono et aequo* noch *praestare*; das Einzige, was stimmt, ist *oportet*.

1. *mandati* (Lenel, EP. 295): *quidquid ob eam rem Nm. Nm. Ao. Ao. (alterum alteri) dare facere oportet ex fide bona*. Warum Lenel in Klammern (*alterum alteri*) beifügt, ist mir nicht ganz klar; Belege gebe er nicht; vermutlich denkt er an Gai. 3, 137. Dagegen sagt er deutlich (295 n. 9), daß er zwar in der 1. Auflage, wenigstens zweifelnd, mit Rücksicht auf Gai. 3, 155 „und andere Stellen“¹⁸³ *praestare* hinzugefügt habe. Aber fr. 45 § 5 cit. beweise, daß die *intentio* nur auf *dare facere oportere* abgestellt war.

2. *pro socio* (Lenel, EP. 297): *quidquid ob eam rem Nm. Nm. Ao. Ao. (alterum alteri) dare facere (praestare) oportet ex fide bona*. Für die erste Klammer gilt das oben Gesagte. Für die zweite führt Lenel (n. 11) folgende Fragmente an: „Die römische Jurisprudenz bringt alle möglichen Leistungen unter die drei Begriffe *dare facere praestare*, fr. 3 pr. (44, 7). Für unsere Formel vgl. etwa: h. t. 71 pr. (aber *ex ita dari fieri neque adversus ea fieri*) und alles Folgende spricht zwar – und das allein meint wohl L. – für die Mannigfaltigkeit der Leistungen, aber eher gegen als für das *praestare* in der Formel), 52 § 2 (hier gilt dasselbe; denn *dolum praestare* weist auf das *ex fide bona*, nicht auf ein *praestare* der Formel), 58, 2 (... *nihil praestare – oportet*; aber damit ist doch die Formelmäßigkeit des *praestare* nicht bewiesen, das vielmehr hier ganz allgemein steht), 62 (*societatis iudicio praestare debet* (nach Beseler, SZ. 50 [1930] 28 itp.); *nec ... quicquam mihi praestare debere*; beide Stücke scheinen nicht nach dem Wortlaut der Formel gebildet zu sein).

3. *Empti venditi* (Lenel, EP. 299): *quidquid ob eam rem Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportet ex fide bona*. Gestützt auf die klare und gute Fassung bei Gai. 4, 131a *quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet*. Hier weiß Gaius plötzlich mit der Formel genau Bescheid.

4. *Locati conducti* (Lenel, EP. 299f): *quidquid ob eam rem Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportet ex fide bona*. Gestützt auf D. 50, 16, 189 (Paulus zur *locatio conductio*: „*Facere oportere*“ et hanc significationem habet ...

Eines scheint damit gewonnen: aus Gai. 3, 137 kann man die Formel der Konsensalkontrakte nicht ablesen. Seine Wiedergabe der Formelworte hält einer Prüfung nirgends stand. Vergleicht man mit der Formulierung von 3, 137 die von

¹⁸¹ Z. B. Lenel, EP. 208.

¹⁸² Gai. 3, 137? Oder Cicero Top. 17, 66, De off. 3, 17, 70 (bei Lenel 296 n. 1 angeführt; zu diesen Stellen weiter unten S. 200f.)?

3, 155, so steht zwar auch dort das ungenaue *praestare* (statt *dare facere*); aber statt des gefährlichen *ex bono et aequo* findet man hier das korrekte *bona fide*; und statt des formelwidrigen *alterum alteri* das formelgemäße *vel me tibi vel te mihi*. Dazu kommt noch ein Drittes, besonders Auffallendes: in 3, 155 heißt es: *tenebimur in id*, in 3, 137 aber *obligatur de eo*. Nun ist *teneri in id* eine untadelhafte Fassung, *obligari de eo* (wobei das auf die Folgende den Inhalt der Verpflichtung bezeichnen soll), aber in den Digesten nirgends zu finden¹⁸³ und bei Gaius an der einzigen Stelle, an der es vorkommt¹⁸⁴, schwer belastet: Inst. 2, 277: *utroque autem modo ... Titius heredem suum obligatum relinquit de fideicommisso restituendo*. Dieses Stück wird sowohl von Beseler¹⁸⁵ wie von Albertario¹⁸⁶ mit guten Gründen dem Gaius als nachklassische Glosse abgesprochen. Unter diesen Gründen spielt auch das *obligari de* eine Rolle; und Segré¹⁸⁷, der sehr geneigt ist, das Stück als Glosse anzusehen, zumal es in der Epitome Gai. 2, 4, 3 fehle, stößt sich nur daran, daß *obligari de* auch in Gai. 3, 137 vorkomme!

Aber wenn nun auch 3, 137 eine Glosse enthielte? 3, 138 ist als Glosse anerkannt; 137 und 138 fehlen in der Epitome Gai. 2, 9, 13 (*Consensu sunt obligationes, ex emptio et venditionibus ...* [wie Gai. 3, 135, 136] ... *In quibus rebus etiam inter absentes obligatio contrahi potest, quod in aliis rebus fieri non potest* [Ende von Gai. 3, 136: *cum alioquin verborum obligatio inter absentes fieri non potest*]; § 14 *Emptio igitur et venditio contrahitur ...* [Gai. 1, 139: *Emptio et venditio contrahitur ...*]).

Ist Gai. 3, 137 eine Glosse? Dies ist nicht schon deswegen zu verneinen, weil *cum alioquin* ein gut gaianischer Ausdruck ist¹⁸⁸; denn da diese Wendung gerade eben in § 136 vorkommt, kann der Glossator sehr wohl sich ihrer zur Fortsetzung des Gedankens bedient haben (136: *cum alioquin verborum obligatio ...*; 137: *cum alioquin in verborum obligationibus*).

¹⁸³ VIR. 2, 36, 12ff. hat für *obligare de* folgende Stellen:

1. Die beiden Gaius-Stellen.

2. Fragmente, die von der *actio de peculio* und deswegen von *obligari de peculio* handeln, was natürlich nur eine abgekürzte Sprechweise ist, die mit dem hier zu prüfenden *obligare de* nichts zu tun hat.

3. D. 17, 1, 10, 4: *de mutua pecunia eum habet obligatum*. Nicht der Inhalt, sondern der Grund der Verpflichtung wird hier genannt: er hat ihn als einen aus Darlehn Verpflichteten.

4. D. 21, 2, 9, 1: *ipsum de se obligatum habeo*. Daß hier von dem Inhalte des *obligari* keine Rede sein kann, ist klar; er hat ihn als einen seinerwegen Verpflichteten.

5. D. 23, 3, 19: *maritus de dote obligatur*. Selbst wenn *de dote* hier nicht für *actione rei uxoriae* i. p. sein sollte, würde das zu 2. Gesagte auch hier gelten.

6. 21, 1, 62 i. f. *sane de dolo donator obligare se et debet et solet*. Auch hier ist nicht von dem Inhalte der Verpflichtung die Rede; er muß sich nicht zum *dolos* verpflichten, sondern gerade dazu, nicht *dolos* zu handeln. Außerdem scheint das Stück i. p. zu sein: De Medio, BIDR. 16 (1904) 86; Beseler, Beitr. 3, 42.

¹⁸⁴ Vgl. Zanzucchi, Vocabulario s. v. *obligatus* und *obligo*. Der Inhalt der Verpflichtung wird (Gai. 3, 124) mit *in*, nicht mit *de* eingeleitet: *in ampliore summam obligari; in ampliam pecuniam ...* (se obligaverint).

¹⁸⁵ Beitr. 4, 110.

¹⁸⁶ RIL. 60 (1927) 4; 61 (1928) 4.

¹⁸⁷ St. Bonfante 3, 569 n. 184.

¹⁸⁸ Gai. 2, 110, 146, 210, 269, 270; 3, 136, 160, 171; 4, 29.

Wie Gaius 3, 155 das verräterische *obligari de* nicht aufweist (dort steht *tenebimur in id*), so vermeidet zwar nicht D. 44, 7, 2, 3, wohl aber Inst. 3, 22, 3 das *obligatur de eo* und schreibt dafür *obligatur in id*, und auch Theophilus 3, 22 (Ferrini 351) hat *ἀνεύθυνος ὧντος ἐς τοῦτο, ὅ ...*. Trotzdem darf keinesfalls der ganze § 137 dem Gaius abgesprochen werden. Zunächst ist eine gewisse Übereinstimmung seines Textes mit der Überlieferung durch Cicero hervorzuheben. Ich denke an zwei Cicero-Stücke:

1. Top. 17, 66: *In omnibus igitur his iudiciis, in quibus ex fide bona est additum, ubi etiam ut inter bonos bene agere oportet imprimis in arbitrio rei uxoriae, in quo est quod melius aequius, parati esse debent. Illi dolum malum, illi fidem bonam, illi aequum bonum, illi quid socium socio, quid eum qui negotia aliena curasset, ei, cuius ea negotia fuissent, quid eum qui mandasset ei uxore cui mandatum esset, alterum alteri praestare oporteret, quid uxorem viro tradiderunt.*
2. De off. 3, 17, 70: *Quidam Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse in omnibus iis arbitria, in quibus additur ex fide bona, ... in iis magni esse iudicii statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.*

Soll man aus der ersten Stelle schließen, daß Cicero die Formelstücke *ut inter bonos bene agere oportet*, *quod melius aequius, bonam fidem, aequum bonum* einander gleichgestellt habe? Aber dagegen spricht die nachher durchgeführte Trennung zwischen der *actio pro socio*, der *actio neg. gest.*, der *actio mandati* und der *actio rei uxoriae*. Was bleibt, ist nur die allgemeine Formalisierung *Quod alterum alteri praestare oporteret*. Sie steht auch (*et invicem alter alteri tenebimur*), allerdings dort deutlich abgehoben vom Formelwortlaut: *quod vel me tibi vel te mihi bona fide praestare oportet*, in dem unanfechtbaren Gaius 3, 155 und stellt hier wie dort eine abgekürzte Fassung dar, die dem Rhetor Cicero und dem Lehrer Gaius genügen konnte, auf die Gestaltung der Formel des Ediktes aber keine Rückschlüsse gestattet. *Alterum alteri* ist Abkürzung für *Nm. Nm. Ao. Ao. praestare* für *dare facere*. Es bleibt bei Cicero – und hier ist auf ihn weit weniger Verlaß als auf Gaius – ganz ungewiß, welche Formel das Stück *alterum alteri praestare oporteret* enthalten soll. Man ist versucht, *illi dolum malum* auf die *b. f. iudicia*, *illi fidem bonam* auf die *actio fiduciae*, *illi aequum bonum* auf das *arbitrium rei uxoriae* zu beziehen. Dann wäre jedenfalls keinerlei Identifizierung von *bona fides* und *aequum bonum* möglich. Aber von da an scheint das oratorische Bedürfnis, möglichst viele Formeln zu nennen, jede Logik der Einteilung verdrängt zu haben: *societas*, *neg. gestio*, *mandatum* erscheinen, als wenn das keine *b. f. iudicia* wären, und es folgt zum Schluß noch einmal das *arbitrium rei uxoriae*. Das dazwischen geschobene Formelstück kann also kaum eingeordnet werden.

Auf die Theorien von Partsch¹⁸⁹, Biondi¹⁹⁰ und Kreller¹⁹¹ über die *iudicia contraria* braucht hier nicht eingegangen zu werden. Denn auch aus der zweiten Stelle ergibt sich zwar, daß Cicero ein *b. f. iudicium contrarium, quid quemque cuique praestare oporteret* kannte, aber nichts für die Fassung der uns beschäftigenden Ediktsformeln.

¹⁸⁹ Negot. gest. 54ff.; Schröl. 32, 60, 61, 74 n. 204.

¹⁹⁰ Compensazione 6ff.; iud. b. f. Dazu Lenel, EP. 296.

¹⁹¹ SZ. 49 (1929) 508ff.

Wie in der ersten Stelle, so behandelt Cicero in einer dritten die *b. f. iudicia*, die *actio fiduciae* und das *arbitrium rei uxoriae* (das in der zweiten nicht erscheint) nebeneinander:

3. De off. 3, 15, 61: ... *iudiciis in quibus additur et fide bona. Reliquorum autem iudiciorum haec verba maxime excellunt: in arbitrio rei uxoriae melius aequius, in fiducia ut inter bonos bene agier. Quid ergo aut in eo, quod melius aequius potest nulla pars inesse fraudis aut cum dicitur inter bonos bene agier, quicquam agi dolose aut malitiose potest*

Darf man deswegen von einer „Assimilation“ oder gar von einer „Identifikation“ der drei Formeln sprechen, wie das Grosso¹²² tut? In Wahrheit liegt nichts als eine Verwandtschaft vor, die gerade Cicero als Fürsprecher der freieren Beurteilung, der er ist¹²³, besonders stark empfunden und hervorgehoben haben muß; denn gewiß ordnet sich ihm die freiere Stellung des *index* in allen drei Fällen dem Gesamtgedanken der freieren Beurteilung ein. Daß selbst Cicero trotzdem die drei Formeln so genau auseinanderhält, beweist vielmehr, daß zu seiner Zeit von einer Verschmelzung noch keine Rede war. Daß man Ciceros Berichte hier so wenig wie anderswo pressen darf, ist gerade für unsere Stellen oft genug betont worden; ich nenne nur Thomas¹²⁴, Levy¹²⁵, von Alster Pernice¹²⁶ und Baron¹²⁷.

Durch Cicero wird also Gaius 3, 155 ganz, Gaius 3, 137 aber nur so weit gedeckt, als dieser Paragraph mit § 155 übereinstimmt, aber nicht weiter. Wie weit weichen beide Stellen voneinander ab? Einmal spricht 155 von *bona fide*, 137 aber von *ex bona et aequo*; dann hat 155 das korrekte *me tibi vel te mihi*, 137 aber das bedenkliche *alterum alteri*; schließlich hat 155 *tenebimur in id*, 137 aber das höchst verdächtige *obligatur de eo*. Dies führt zu einer anderen als der oben abgelehnten Vermutung: nicht der ganze § 137, aber die Worte *de eo, quod alterum alteri ex bona et aequo praestare oportet* könnten eine Glosse sein, hinzugefügt von jemandem, der auch diese Eigentümlichkeit der Konsensualkontrakte hervorheben oder eine Randnotiz über den Textinhalt machen wollte und dem *bona fide* und *ex bona et aequo* gleichbedeutend schien.

Dafür spricht zunächst sehr stark der logische Zusammenhang. Zwar ist es ein Unterschied zwischen den Konsensual- und den Verbalen Kontrakten, daß nur bei den ersten, nicht aber bei den zweiten die *bona fides* (das *bonum et aequum*) eine Rolle spielt. Aber ganz abweichend von dem streng logischen Aufbau im § 136 und sonst im § 137 wird zwar die Eigentümlichkeit der Konsensualkontrakte in dem scheinbar glossierten Teil hervorgehoben, aber es fehlt an der Entgegensetzung der Verbalen Kontrakte. Und da es Gaius nur auf die Gegenüberstellung ankommt, wäre

¹²² B. f. iudicia (1928) 27.

¹²³ Aequitas und bona fides oben S. 159, 161, 167.

¹²⁴ NRH. 25 (1901) 343 zur ersten Stelle: „On ne peut pas faire grand fonds sur le texte des Topiques, qui paraît rédigé avec une certaine négligence“ (was dann vortrefflich begründet wird).

¹²⁵ SZ. 36 (1915) 78f.: So allein begreift es sich, daß Cicero ... des letzteren (mitte moderatum arbitrium) Formel mit *quantum aequius et melius sit dari* kennzeichnen (p. Roscio com. 4 §§ 10ff.) und doch wieder von *arbitrio*, in quibus adderet: *ex fide bona* sprechen (de off. 3, 17, 70) kann. Vgl. auch Lenel, EP. 293 zu de off. 3, 17, 70; Grosso, Riv. It. 3 (1928) 27.

¹²⁶ Labo 2, 1, 258 n. 1 (gegen ihn Partsch, Negot. gent. 55 n. 1).

¹²⁷ SZ. 1 (1880) 119 (und dazu Lenel, EP. 297 n. 11).

es höchst auffallend, wenn er dem Leser hier, und nur hier, zugemutet hätte, sich zu ergänzen, daß die Verbalen Kontrakte nicht zu einem *ex bona et aequo praestare* führen. Läßt man dagegen die Worte *de eo — oportet* fort, so ist alles in bester Ordnung. § 136 spricht dann von dem Gegensatz: Konsens — *proprietas verborum, scripturae*, § 137 von dem Gegensatz: zweiseitige — einseitige Verpflichtung. Nimmt man hinzu, daß gerade in diesem Stücke die Verdachtsgründe sich häufen, so kommt viel zusammen, um die Annahme einer Glosse zu stützen: Widerspruch mit § 155, *alterum alteri* verkehrt und von § 155 abweichend, *obligari de* sonst nur in einer gleichfalls glossierten Stelle desselben Werkes, Störung des logischen Zusammenhanges, Möglichkeit, zu streichen, ohne daß irgend etwas fehlt, Form einer Randnotiz, Nachbarschaft der Glosse des § 138. Was es erschwert, aus dieser Vermutung eine Behauptung zu machen, ist die dreifache Überlieferung im Gaius von Verona, in Justinians Digesten und in seinen Institutionen. Immerhin stehen sich die Handschriften zeitlich so nahe, daß es keineswegs ausgeschlossen ist, eine gemeinsame Mutterhandschrift anzunehmen, in der die Glosse stand; auch die leichte Abweichung, die der Text der justinianischen Institutionen zeigt (in *id* statt *de eo*: oben S. 198), spricht kaum gegen eine solche gemeinsame Quelle, die geringe Abwandlungen nicht unmöglich machen würde.

Trotzdem scheint mir kein voller Beweis für die Einfügung einer Glosse erbracht. So hat man die Wahl zwischen einer verlockenden Hypothese, die alles klären würde, und der Annahme, daß Gaius, und nur er, *bona fide* und *ex bona et aequo* identifiziert hat. Daß dann die Kompilatoren diese Gleichstellung in ihre Institutionen und Digesten gern übernommen haben, ist nach der Tendenz, die ihr Institutionentitel 4, 6 zeigt¹²⁸, sehr begreiflich. Aber auf Gaius bleibt der Vorwurf haften, daß er sich nicht nur oberflächlich, sondern verwirrend ungenau ausdrückt. Auch wer dem mittelmäßigen, wenn auch geschickten Schulschriftsteller, der auf eine gar zu subtile Prüfung seiner Worte nach Jahrhunderten nicht gefaßt zu sein brauchte, mancherlei zutraut, muß zugeben, daß Gaius hier unbegreiflich ungeschickt und irreführend schreibt.

Denn an der Identifizierung ist nicht zu rütteln. Man mag sagen, daß Gaius im § 137, wo er allgemein von den Konsensualkontrakten sprach, nicht so genau auf die Formel zu achten brauchte wie im § 155, wo er die einzelne *actio mandati* vortrug. Aber daß er hier wie dort auf die Formel abstellte, zeigt die fast wörtliche Übereinstimmung beider Stellen. *Ex bona et aequo* kann also nicht etwa allgemein Kontrakte meinen, bei denen der Inhalt der Obligation nicht so scharf umschrieben war wie bei den Verbal- und Literalen Kontrakten. Es ist unmöglich, bei Gaius den allgemeinen, mehr volkstümlichen Sprachgebrauch wiederzufinden; das *praestare oportet* weist zu deutlich auf die Formel.

Auch diese letzte Zuflucht ist versperrt. Es bleibt nichts übrig als die Hypothese einer Glosse oder das offene Zugeständnis, daß Gaius die *b. f. iudicia* mit den *actiones in bonum et aequum conceptae* identifizierte. Da er mit dieser Identifizierung ganz allein stehen würde, da sie sich ausschließlich aus Oberflächlichkeit erklären ließe, ist in keinem Falle sein *bonum et aequum* der Konsensualkontrakte ein Beleg für die Sprach- und Anschauungsweise der Klassiker.

¹²⁸ Oben S. 185ff.

Ist zwischen *b. f. iudicia* und *actiones in bon. et aeq.* für Gaius kein Unterschied, so beweist die Aufnahme der *actio rei uxoriae* in den Gaiianischen Katalog der *b. f. iudicia* (4, 62) gar nichts; sie spricht weder dafür, daß diese *actio* zu seiner Zeit die Worte *ex fide bona*, noch dafür, daß sie die Worte *bonum et aequum* enthielt.

Nur wenn man die Hypothese annimmt, daß § 137 eine Glosse enthalte, taucht die Frage auf, ob zur Zeit des Gaius die *actio rei uxoriae* bereits allgemein als *b. f. iudicium* angesehen wurde¹⁹⁹, ob also etwa allmählich ein ziviles *reddere oportere* entstanden ist²⁰⁰ oder ob es sich um eine „irreguläre Formulierung“ handelt, die eine Einordnung in die *b. f. iudicia* von vornherein ermöglichte²⁰¹. Diese Frage ist hier nicht weiter zu verfolgen.

IX. Der klassische Bestand ist nunmehr nach Möglichkeit gesichert. Es bleibt die Aufgabe, die Digestenüberlieferung da zu prüfen, wo außerhalb der *actiones in bon. et aeq. conceptae* der Begriff des *bonum et aequum* auftaucht. Da wir in den allgemeinen halb philosophischen Definitionen bereits auf das *bonum et aequum* bei den Klassikern gestoßen sind, muß mit großer Vorsicht vorgegangen werden; es ist von vornherein durchaus möglich, daß sich die klassischen Juristen dieser Worte auch bei der Lösung von Einzelfragen bedient haben.

Doch ist es zuvor nützlich, sich der Auffassungen der Spätzeit aus den Basiliken zu vergewissern. Besonders ist dabei darauf zu achten, ob diese etwa auch dort, wo der Digestentext nichts vom *bon. et aeq.* enthält, von sich aus damit arbeiten²⁰². D. 1, 1, 10, 2 spricht von der *iuris prudentia* als der *insti atque iniusti scientia*. Der Text der Bas. (1, 36) gibt das korrekt mit καὶ τὸ δίκαιον καὶ τὸ ἀδίκαιον wieder. Das (neuere) Scholion dazu aber sagt: τὸ καλὸν καὶ τὸ δίκαιον καὶ τὸ ἀδίκαιον. *Iustum* wird also hier mit *bonum et aequum* gleichgesetzt. Liegt dies wegen der unmittelbar folgenden l. 11 (die *aequum ac bonum* enthält) nahe, so ist viel deutlicher das Stefanos-Scholion zu D. 13, 1, 6 (Bas. 5, 430)²⁰³; die Digesten sagen: *Proinde etsi ope consilio alicuius factum factum sit, conditione non tenebitur, etsi facti tenetur*. Dazu verweist der Scholiast auf D. 13, 4, 3 (in Wahrheit 10 i. f.: *tanto magis, quod creditor accipiendo pecuniam etiam remississe poenam videtur*) und sagt dann: τοσοῦτον δὲ ποιεῖν τὸ ἀρbitrium ὁρῶμαι τοῦ δικαίου; ὅσον κατὰ φύσιν ἔχουσιν οἱ βόνα φίδε ἀγωγαί. οἱ δὲ βόνα φίδε ἀγωγαί ἔχουσιν τὸ ἀγαθόν τε καὶ τὸ δίκαιον und verweist dazu auf D. 13, 4 (vermutlich l. 4 § 1: *itp. in summa aequitatem quoque ante oculos habere debet index, qui huic actioni additus est*). Wollte man das Scholion nur als solches zu D. 13, 4, 4, 1²⁰⁴ würdigen, so wäre darauf hinzuweisen, daß die *actio arbitraria* ja in Inst. 4, 6, 31 zu denen

¹⁹⁹ Oben S. 193ff.

²⁰⁰ Partsch, SZ. 31 (1910) 420; Levy, Privatrecht. 36.

²⁰¹ Lenel, EP. 307.

²⁰² Ohne vollständige Durchsicht der Basiliken muß ein solcher Versuch allerdings immer auf zufällige Ergebnisse angewiesen bleiben, die später zu ergänzen sind.

²⁰³ Vgl. auch schol. zu D. 1, 1, 1 pr. (*iustitia*) (Bas. 1, 34): δίκαιοσύνη δὲ ἔστιν ἡ τοῦ τοῦ καὶ τοῦ καλοῦ κατ' ἀρετὴν ἐκείνην ἀντιθέσιν (offenbar unter Benutzung von D. 1, 1, 10 pr. *Iustitia est ... volentes ius suum cuique tribuendi*; aber anstatt *ius* sagt der Scholiast: *aequum et bonum*).

²⁰⁴ Zu diesem Fragment selbst sind Scholien nicht erhalten.

gehört, bei denen der *index ex bono et aequo* zu estimieren hat²⁰⁵ *secundum cuiusque rei de qua actum est naturam*. Aber die viel allgemeinere Fassung des Scholions zeigt, wie stark die byzantinische Jurisprudenz von dem Gedanken durchdrungen ist, daß das *arbitrium iudicis* dieselbe Aufgabe hat, die bei den *iudicia b. f.* kraft ihrer natura dem *bonum et aequum* (oder der ihm gleichgestellten *aequitas*) zukommt. Deshalb können auch *naturales* die Obligationen genannt werden, die *ex aequo et bono* *ὁφειλόμενα*²⁰⁶. Geht man die einzelnen Quellen, die von *bon. et aeq.* reden, durch, so ergibt sich folgendes.

1. De aedilicio edicto.

D. 21, 1, 18 pr. (Gai. 1 ed. aed. cur.) [... *haec omnia videntur eo pertinere, ne id quod adfirmavit venditor amare ab eo exigatur, sed cum quodam temperamento, ut si forte ... sed haec omnia ex bono et aequo modice desiderantur. idem et in ceteris quae venditor adfirmaverit intellegemus*]²⁰⁷.

Die unzweifelhafte Interpolation ergibt, daß die Byzantiner *bonum et aequum* als Gegensatz zum *amare* ansahen und es in der Bedeutung *cum quodam temperamento* gebrauchten. *Ex bono et aequo* heißt, es solle eine gewisse milde Billigkeit eingreifen.

2. Auszahlung von pecunia legata.

D. 30, 71, 2 (Ulp. 51 ed.) *In pecunia legata contenti heredi [modicum] tempus ad solutionem danda est [sic urgendum ad suscipiendum iudicium]: [quod quidem tempus ex bono et aequo praetorem observare oportebit]*²⁰⁸.

Bei der strengen *a. ex testamento*, quae infitendo in duplum crescit, soll der Prätor (!) *ex bono et aequo* handeln²⁰⁹. *Observare*: offenbar ist „festsetzen“ gemeint. Das *tempus ex bono et aequo* heißt sonst in byzantinischen Zusätzen *modicum tempus*. Von diesen ist der wichtigste und am nächsten verwandte der in

D. 5, 1, 21 (Itp. vgl. Ind. Int., besonders Guarneri Citati, BIDR. 32 [1922] 252): *Si debitori meo velim actionem edere ... si fateatur se debere paratissime dicat solvere, audiendum eum dandumque diem [cum competenti cautela] ad solvendam pecuniam: neque enim magnum damnum est in mora modici temporis. modicum autem tempus hic intellegendum est, quod post condemnationem rei indultum est*²¹⁰.

Auch hier ist ein mildes Entgegenkommen gemeint.

3. Interpretatio testamenti.

a) D. 35, 1, 16 (Gai. 1 de test.) *In his, quae extra testamentum incurrerent, possunt res ex bono et aequo interpretationem capere: ea vero, quae ex ipso testamento orerentur, necesse est secundum scripti (ser. stricti) iuris rationem expedire*²¹¹.

²⁰⁵ Auf diesen Zusammenhang macht auch Riccobono, BIDR. 20 (1908) 102f. aufmerksam.

²⁰⁶ Stefanos, Bas. 4, 557 Schol. 1 zu D. 4, 5, 8 (oben S. 194).

²⁰⁷ Itp. Eisele, SZ. 30 (1909) 128; zu Lehrzwecken hinzugefügt; Biondi, Act. arbit. 1, 141; Guarneri Citati, BIDR. 32 (1922) 252 n. 4; Beseler, Beitr. 1, 87f.

²⁰⁸ Itp. De Medio, Arch. giur. 68, 292; Betti, Att. Tor. 50 (1914/5) 708 n. 2; Guarneri Citati, BIDR. 32 (1922) 252 n. 4.

²⁰⁹ Daß praetor itp. ist, kann nicht wundernehmen, da das Wort nach der sorgsamsten Untersuchung von Wlassak, Prov.Proz. 63ff. auch in D. 2, 12, 1 unklassisch ist.

²¹⁰ Andere Zusätze: D. 2, 4, 8 pr. [*moderato spazio ... a indice statuendo*]; D. 2, 12, 7 [*moderamen causa - cognita*]; D. 13, 5, 21, 1 [*sed modicum tempus statuendum est*]; D. 24, 3, 24, 6 [*arbitrio iudicis modicum ei tempus ei indulgeri*]; D. 43, 18, 1, 3 [*et sane causa cognita ei, qui non ad modicum tempus conduxit superficiem, in rem actio competit*].

²¹¹ Zu diesem Fragment bereits SZ. 42 (1921), oben S. 143, aber etwas anders als heute.

Verdacht erregt 1. der unerklärliche Konjunktiv: *incurrerent, orerentur*; 2. *incurrerent*; 3. *In his, quae ... possunt res ... capere: ea vero (rest)*; 4. Die in dem *In his, quae*, dem *res*, dem *ea* liegende Unbestimmtheit; 5. *ius strictum*, das allein möglich ist; denn *ius scriptum* ist hier ganz ohne Sinn²¹²; 6. Sind als Subjekt die Zweifelsfragen gemeint, so entspricht es nicht dem klassischen Recht, daß die Auslegung der Testamentsworte unter anderem Gesichtspunkte zu erfolgen habe als die Auslegung nach dem außerhalb des Testaments festzustellenden Sinn. Die von Elvers²¹⁴ als Parallelen herangezogenen Stellen D. 32, 69 pr.²¹³ und D. 50, 16, 219²¹⁴ stehen heute unter Verdacht. 7. Zu *expedire* vgl. *rem expedire* (unter S. 400f.). 8. *interpretationem capere* nur noch (VIR. 1, 621, 32) in D. 50, 17, 168, 1, *isp.* nach Albertario (Arch. giur. 89 [1923] 5).

Der klassische Bestand und Inhalt des Fragmentes ist nicht herzustellen. Aber da die Gegenüberstellung von *ius strictum* und *bonum et aequum* der byzantinischen Klageeinteilung verwandt ist, wie sie oben²¹² aufgezeigt wurde, ist es sicher, daß auch hier dieser Gegensatz unklassisch ist²¹⁵. Auch diesem Fragment liegt die Vorstellung einer „billigen“ Auslegung zugrunde.

b) D. 28, 3, 17 (Pap. 5 resp.) *Filio praeterito qui fuit in patris potestate neque libertates competent necque legata praestantur, si praeteritus fratribus partem hereditatis advocavit: quod si bonis se patris abstinent, licet supplitis iuris refragari videatur, attamen voluntas testatoris ex bono et aequo tuebatur*²¹⁶.

Das Ende fehlt in dem sonst wörtlich übereinstimmenden fr. Berol.; was dort folgt, ist unsicher, gewiß nur, daß es weniger und anderes ist. Vermutlich sind in solchem Falle vom Prätor die Freiheiten und Legate aufrechterhalten worden. Für die Bedeutung des byzantinischen *ex bono et aequo* ist wichtig, daß es hier der *supplitis iuris*, wie soeben dem *ius strictum*, gegenübergestellt wird²¹⁷. Es ist also ein Gegenbegriff der *exceptio*²¹⁸.

4. Rechnungslegung.

D. 40, 4, 22 – 35, 1, 32 (Afric. 9 quaest.) ... *Stichum ratione argenti ... redditum liberum esse iussit ... item quaesitum est, rationem argenti reddere iustus [in quem*

²¹² Seckel (s. v. *incurrere* 4) hat folgende Belege: D. 24, 1, 13, 1 *isp.* Seckel; D. 39, 6, 42 pr. *isp.* (Koschaker SZ. 37 [1916] 326; anders Haymann, SZ. 38 [1917] 229; wie Koschaker, De Francis, Trasferimento 198 und Borondi Ser. 3, 219 n. 1); 42, 6, 2 *Ab herede vendita hereditate sepositio frustra desideratur, atque si nulla fraudis incurrit suspicio*; nam quae bona fide medio tempore per heredem gesta sunt, rata conservari solent. Überflüssig; und der Verdacht genügt nicht.

²¹³ Vgl. oben S. 131ff.

²¹⁴ Themis, Neue Folge 1 (1838) 258ff.

²¹⁵ *isp.* Beseler, Beitr. 3, 145; SZ. 43 (1922) 417.

²¹⁶ *isp.* Albertario, St. Bonfante 1, 651. ²¹⁷ S. 136.

²¹⁸ [Korr.-Zusatz: Wie ich nachträglich bemerke, hält v. Beseler, Beitr. 5, 36 das Fragment für eine „Randsumme, vgl. später s. v. *oriri*“]. Riccobono (Mfl. Cornil. 2, 357ff.) bespricht das Fragment nicht.

²¹⁹ Gradenwitz, *isp.* 216, SZ. 26 (1905) 349; Alibrandi, Opere 1, 369; Seckel, s. v. *refragari, tueri*; Ferrini, BIDR. 14 (1902) 217; Riccobono, Ann. Pal. 4 (1917) 601 n. 2; Rabel, RPR. 426 n. 3.

²²⁰ Zu diesen beiden Begriffen oben S. 143.

²²¹ Vgl. auch D. 28, 3, 12 *isp.*: *[licet iuris scrupuloritate nimisque supplitate testamentum ruptum videatur] stat des klassischen iuris civile, dem auch hier das prätorische Eingreifen nachhilft.*

modum intelligendus sit conditioni paruisse, id est] an, si quadam vasa sine culpa eius perierint atque ita reliqua vasa heredi bona fide assignaverit, perveniat ad libertatem. respondit perventurum [etiam sufficere, si ex aequo et bono rationem reddat]: [denique quam rationem bonus pater familias reciperet, ea heredi reddita impletam conditionem videri].

Quamvis rationes reddere nihil aliud sit quam reliqua solvere, tamen si [et statuliberi et heredis culpa] sine fraude [tamen] servi minus solutum sit et bona fide redditas esse rationes existimatum fuerit, liberum fore ...²²²

Das erste in Klammern gesetzte Stück, dessen Interpolation Kunkel nachgewiesen und Lenel angenommen hat, ist erläuternde Glosse. Der Schluß des ersten Fragmentes ist gleichfalls nach Kunkel und Lenel nachklassisch. Aber auch das Stück vorher *sufficere enim, si ex aequo et bono rationem reddat* ist nicht von African. Denn einmal ist es sinnlos, was zunächst *bona fide assignaverit* hieß, nun mit *ex aequo et bono* zu vertauschen, ohne damit irgend etwas Neues zu sagen, was der Tatbestand nicht bereits ergäbe. Dann ist *sufficere* ein häufig nachklassisches Wort²²³. Und schließlich paßt *reddat* im Tempus nicht zu *assignaverit*; das *reddere* liegt doch in der Vergangenheit. Mehr Anstöße wird man in einem so kurzen Stück nicht suchen dürfen. – Für die Auslegung des byzantinischen *ae. et bon.* ergibt sich, daß es mit der *bona fide* identifiziert wird. – Das zweite Fragment übrigens scheint mir nicht, wie Kunkel annahm, eine Fortsetzung des ersten, jedenfalls nicht eine unmittelbare. Denn erstens spricht das erste dauernd von *ratio* im Singular, das zweite von *rationes* im Plural. Dann aber paßt ja der erste Fall nicht recht zum zweiten Fragment: *reliqua reddere*, das gerade hat ja der *statuliber* des ersten Fragmentes getan! Der des zweiten aber doch offenbar nicht. Sonst wäre es ja sinnlos, so sagen: *quamvis rationes reddere nihil aliud sit quam reliqua solvere*. Vielmehr müßte es heißen: da *rationes reddere* nichts anderes ist, als den Rest herausgeben. Wenn man mit Kunkel und Lenel im zweiten Fragment *et – et* streicht, so bleibt weder genug übrig, um die Verbindung mit dem ersten herzustellen, noch, um einen neuen Fall daraus zu bilden. Ich glaube deshalb, das *si [...]* *sine fraude [...]* *servi (?) [...]* *minus solutum sit et* stehen lassen zu sollen. Dann ist der Fall des zweiten Fragmentes ein etwas anderer als der des ersten. Im ersten Falle hat der *statuliber* alles herausgegeben, was er (nach Verlust einiger vasa) noch hat. Im zweiten Falle hat er weniger, aber *sine fraude*, herausgegeben, und der *heres* hat geglaubt, daß *bona fide* Rechnung gelegt sei; es ist also auf beiden Seiten geirrt worden²²⁴. *Minus solutum* scheint mir als Stück des Tatbestandes unentscheidend, *sine fraude* gut und *bona fide redditas esse ... existimatum* auf den *heres* bezüglich.

5. *Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicatur.*

D. 14, 5, 1 (Gal. 9 ed. prov.) *Omnia proconsul agit, ut qui contraxit cum eo, qui in aliena potestate sit, etiam deficient superiores actiones, id est exercitoria, institoria, tributariae, nihil minus tamen in quantum ex bono et aequo res patitur suam consequatur, sive enim iustum eius ... in solidum ... pollicetur: sive non iustum ... quatenus in rem eius verum fuerit: sive neutrum, de peculio actionem constituit*²²⁵.

²²² *isp.* Beseler, Beitr. 3, 54; Kunkel, SZ. 45 (1925) 308; Lenel, SZ. 51 (1931) 50.

²²³ Guarneri Citati, Indice s. h. v.

²²⁴ *servi* kann auch wegbrechen, wenn man an *sine fraude servi* Anstoß nehmen wollte, so wie Lenel, l. c. n. 1 *bona fide statuliberi* ungewöhnlich nennt.

²²⁵ Ganz nachklassische Paraphrase: Beseler, Beitr. 3, 99; 2, 66; Pringsheim, Festadv. Lenel, vgl. unten S. 436, 442; Fabricius, Institor 11ff., 15 n. 28; Lenel, EP. 274f. ca. Riccobono, Ann. Pal. 4 (1917) 408 n. 3 (*che sembra immacolato*).

Für das hier bedeutsame Stück in *quantum ex bono et ae. res patitur* ist bemerkenswert, daß *res patitur* nur in unklassischen Fragmenten vorkommt²²⁸. Die durch die Kompilatoren für die Titel der Digesten vorgenommene Umstellung der Ediktsfolge²²⁹ machte mannigfache Vorerläuterungen zur Erklärung der neuen Ordnung nötig, für die gewiß zuweilen klassische Fragmente ausgezogen und umgeformt wurden. Zu diesen *protheoria* gehören D. 14, 1, 1 pr. (*aequum fuit, auch hier res patitur*), D. 14, 3, 1 (*Aequum praetori visum est*), D. 14, 4, 1 pr. (*non minima utilitas est*), D. 14, 5, 1 (*Omnia proconsul agit, ut ... in quantum ex bono et aequo res patitur sum consequatur*), D. 15, 1, 1 pr. (*Ordinarium praetor arbitratus est prius eos contractus exponere eorum, qui alienae potestati subiecti sunt, sic deinde ad hunc pervenire, ubi de peculio datur actio*); zu vergleichen ist auch Inst. 4, 7 pr. und 2 a (*scilicet quia eadem aequitatis ratio etiam hoc casu interveniebat*); fehlt bei Gai., der allerdings 4, 71 *aequissimum esse visum est* hat²³⁰. In den Institutionen findet sich übrigens (4, 7, 4) eine ähnliche Wendung wie in unserem Fragment in *quantum ... res patitur*, nämlich *quatenus peculium patitur*. In allen diesen Einleitungen spielt die *aequitas* eine entscheidende Rolle. Auch in unserer *protheoria* wird *ex bono et aequo* als Hinweis auf diese *aequitas* stehen. An der Paraphrasierung zweifle ich nicht; Riccobono, der ohne Begründung an die Echtheit glaubt, hält doch seinerseits die ähnliche Zusammenfassung in D. 15, 3, 5, 2 für unklassisch²³¹.

6. exceptio.

D. 2, 11, 2, 8 (Ulp. 74 ed.) ... *numquid exceptio ei minime prosit quod quidem causa cognita erit statuendum. ... [cum tamen flumen sic abundasset, ut implemet omnem locum, in quo siti oportuit vel ... aliqua fortuita calamitas ... praeventiam venienti periculosum fecit, ex bono et aequo et hic exceptio ei accommodanda est]*²³².

Die *exceptio* lautet²³³: *extra quam si valetudine tempestate vi fluminis prohibitus vadimonium sistere non potuit*. Hier heißt es: *Quod quidem causa cognita erit statuendum ... exceptio ei accommodanda est*; aber Gaius sagt (4, 118): *Exceptiones autem alias in edicto praetor habet propositas, alias causa cognita accommodat*. Diese hier ist gerade (mindestens soweit flumen abundasset) im Edikt propoziert, brauchte also weder akkommodiert zu werden, noch war *causae cognita* erforderlich. Es ist wichtig, daß hier wie bei der *in integrum restitutio*²³⁴ *causae*

cognitio und *ex bono et aequo* einander gleichgestellt werden. In allen bisher betrachteten Fragmenten lautete die byzantinische Fassung *ex bono et aequo*²³⁵.

7. Usurae.

a) bei der actio mandati:

D. 17, 1, 12, 9 (Ulp. 31 ed.) *Si mihi mandaveris, ut rem tibi aliquam emam, egoque emere meo pretio, habebis mandati actionem de pretio recipiendam: [... usuras autem non tantum ex mora esse admittendas, verum iudicem aestimare debere, si ..., aequissimum enim erit rationem eius rei haberi: aut si ... sed et si ... ipsi - usurae abiant, vel si minoribus relevavit, ipse autem maioribus faenus accepit, ut fidem suam liberaret, non dubio debere cum mandati iudicio et usuras consequi, et (ut est constitutum) totum hoc ex aequo et bono iudex arbitrabitur]*²³⁶.

Das *mandatum* führt zu einem *iudicium bonae fidei*; der *bona fides* entspricht die Zahlung von Zinsen:

D. 22, 1, 37: ... *usuras venire, eas autem, quae in regione frequentantur, ut eis in bonae fidei iudiciis constitutum*.

C. 4, 32, 13 (Alexander, 223-234) *In bonae fidei iudiciis ... usurarum rationem haberi certum est*.

Arbitrari, das bei den *bonae fidei iudicia* übliche Wort²³⁷, würde ohne *ex aequo et bono* genügen. Statt dessen wird *totum hoc*²³⁸ *ex aequo et bono* geregelt, wie vorher *iudicem aestimare debere* interpoliert ist. Wie bei den *iudicia divitoria ex bono et aequo* und *ex bona fide* in den byzantinischen Überarbeitungen steht, so ist hier beides, das klassische *ex fide bona* und das nachklassische *ex aequo et bono* gleichgestellt. Siber sagt l.c.: „Zuguterletzt geht wohl dem Bearbeiter ebenso der Atem aus wie dem Leser, und er flüchtet einfach in die Gefilde des *aequum et bonum*.“

b) bei der actio tutelae:

D. 27, 7, 4, 2 (Ulp. 36 ed.) *Usurae quoque eius pecuniae, quam pupillarem agitavit, praestare debet heres tutoris: quantas autem et cuius temporis usuras praestare debeat, ex bono et aequo constitui ab iudice oportet*.

Auch hier beruht die Zinspflicht auf dem *bonae fidei iudicium*, diesmal der *actio tutelae*. Die Ermessensfreiheit des Richters, die ihm die *fides bona* gewährt, mag die Höhe der Zinsen bestimmen, die nicht kraft einer *mora ex re*²³⁹, sondern aus echtem Verzuge geschuldet werden²⁴⁰. Bei dieser Bestimmung der Quantität ist die Sitte der Gegend zu berücksichtigen:

D. 22, 1, 1 pr. (Pap. 2 quest.) *Cum iudicio bonae fidei discrepatur, arbitrio iudicis usurarum modus ex more regionis ubi contractum est constituitur, ...*

D. 30, 39, 1 (Ulp. 21 ad Sab.) ... *in usurarum autem quantitate mos regionis erit sequendus: iudex igitur usurarum modum aestimabit et statuet*²⁴¹.

²²⁸ Oder einmal (Nr. 4) *ex aequo et bono*.

²²⁹ Itp. Biondi, *Iud. b. f.* 70, 131 n. 3; Siber, SZ. 45 (1925) 168, vgl. auch Gradenwitz, Interpolationen 122; Beseler, SZ. 45 (1925) 456.

²³⁰ Levy, SZ. 36 (1913) 11f.

²³¹ Wie haec omnia in D. 21, 1, 18 pr. (oben S. 205).

²³² Über diese Siber, SZ. 45 (1925) 149ff.; Montel, St. Urb. 3 (1929); *Mora del debitore* (1930) 35ff. (dazu Felgenträger, SZ. 51 (1931) 523ff.).

²³³ Siber l.c. 150 n. 1.

²³⁴ Siber, l.c. 166 n. 1 meint, der Richter habe nichts mehr zu schätzen, wenn die Landesüblichkeit für ihn bindend sei; die Ermessensfreiheit des Richters möge allmählich und unmerklich durch Bindung an die Landesüblichkeit verdrängt worden sein. Aber Landesüblichkeit fordert bereits eine Nachprüfung, und ein fester Satz wird sich daraus kaum ergeben haben.

Daß der Erbe dieselben Zinsen bezahlen muß wie der tutor selbst, bedarf keiner besonderen Ausführung. Insofern ist das Fragment eigentlich ohne Problem. Was aber die Zeit der Zinszahlung anlangt, so hat diese nicht der *index* festzusetzen, sondern sie ergibt sich aus dem Zeitpunkt, in dem der Erbe des Vormundes in Verzug gekommen ist³⁴⁰. Wieviel danach in der hier abgedruckten Stelle edit, wieviel interpoliert ist, kann kaum festgelegt werden. *Pecuniam agitare* kommt sonst bei den Klassikern nicht vor³⁴¹. *Usuras praestare debet* im zweiten Satze nach *usuras* – *praestare debet* im ersten ist auffallend überflüssig. Wenn überhaupt eine ganz hypothetische Rekonstruktion versucht werden darf, so würde ich lesen: ... *Usuras quoque eius pecuniae [quam pupillarem agitavit] praestare debet heres tutoris: quantas autem [et cuius temporis usuras praestare debet] (ex more regionis) (vgl. D. 22, 1, 1 pr.) [ex bono et aequo] constitui ab indice debet.*

3. Restitutio in integrum.

- a) D. 4, 4, 24, 1 (Paul. 1 sent.) *Non semper autem ea, quae cum minoribus gerantur, rescindenda sunt[. sed ad bonam et aequum redigenda sunt, ne magno incommodo huius aetatis homines adfiliantur nemine cum his contrahente et quodammodo commercio eis interdicatur]. itaque nisi [aut] manifesta circumscriptio sit [aut tam neglegenter in ea causa versati sunt] praetor interponere se non debet³⁴².*

Die *causae cognitio* mit ihrem Eingehen auf den einzelnen Fall läßt sich mit so allgemeinen Redensarten nicht abtun. Formal ist *redigere* in solcher Bedeutung nicht selten in nachklassischen Texten³⁴³.

- b) D. 9, 4, 30 (a) + 39, 2, 19 pr. (b) (Gai. ed. pract.) (a) *In noxalibus actionibus (a, b) eorum qui bona fide absumt (b) in stipulationibus damni infecti (a, b) ius non*

³⁴⁰ Über den Endtermin der Zinszahlung brauchte und kann nichts statuiert werden, da er von der Zahlung des Kapitals abhängt; anders die interpolierte 1.1 § 3 D. 22, 2 (Beseler, Beitr. 2, 25, 99; 3, 48; Albertario, BIDR. 33 [1923] 54). – Die *difficilis definitio* bei der Prüfung der *mora* durch den *index* in D. 21, 1, 32 pr. geht nicht auf Höhe und Zeit der Zinszahlung bei der *mora*, sondern auf die *culpa*. Marcian an dieser Stelle kann also mit Celsus D. 45, 1, 91, 3 (oben S. 177: *hanc questionem de bono et aequo*) zusammengehalten werden; aber in beiden Fällen handelt es sich um die schwierige Frage der *culpa*.

³⁴¹ VIR. 1, 313, 2.

³⁴² Itp. [Sed – interdicatur] Biondi, Compens. 235 n. 1; [nemine – contrahente] De Francisci, Synall. 2, 406 n. 1; [aut – sunt] Lenel, SZ. 39 (1918) 139ff.

³⁴³ D. 2, 14, 58 (... *quia bonae fidei, ad quam omnia haec rediguntur, interpretatio hanc quoque conventionem admittit*); Itp. Perozzi, St. Schupfer 1, 18; Siber, SZ. 42 (1921) 98; Scoll, SZ. 44 (1924) 19, 36; Guarneri Citati, Ann. Mem. 1 (1927) 62 n. 7; ca. De Francisci, Synall. 1, 117 n. 1; D. 17, 2, 6 i. f. (et ad boni viri arbitrium eas res redigenda est); Itp. Albertario vgl. Ind. Itp. D. 34, 2, 32 pr. [ceteraque omnia, quae ad eandem similitudinem redigi possunt]; kaum edit, weil diese allgemeine Verweisung der besonderen Kasuistik, wie sie sonst hier üblich ist, widerspricht; D. 50, 17, 34 [ad id, quod minimum est, redigenda summa est]; Itp. Riccobono, SZ. 43 (1922) 277. Edit sind D. 4, 8, 1 (Compromissum ad similitudinem iudiciorum redigatur), D. 17, 2, 76 (ut ad boni viri arbitrium redigi debeat) und Gai. 3, 218 (ad id tempus ... aestimationem redigere). Zweifelhafte bleiben D. 1, 2, 2, 7 (et ad formam rediguntur haec actiones; vgl. Ebrard, SZ. 45 [1925] 117ff.) und D. 50, 16, 125 (ad id quod actum est interpretationem redigendam esse; nam qui ambigue loquitur, id loquitur, quod ex his, quae significantur sensu; diese Stelle kann nicht im Vorübergehen erledigt werden).

Dies sind alle Stellen aus VIR. 5, 46, 41: *redigere ad (deducere)* und 5, 47, 15: *redigere ad (perducere)*.

corruptur, sed revertis (a) defendendi (b) cavendi (a, b) [ex bono et aequo] (causa cognita) potestas datur, sive domini sint sive aliquid in ea re ius habeant, qualis est creditor et fructuarius (b) et superficiarius.

Beide Fragmente gehörten ursprünglich zusammen und sind erst von den Kompilatoren in zwei Stücke zerlegt und dementsprechend leicht umgeformt worden. Bei dieser Gelegenheit mag aus dem *causa cognita* das *ex bono et aequo* gemacht worden sein. Zur Sache³⁴⁴ sind D. 9, 4, 26, 6 und D. 2, 9, 2, 1 i. f. zu vergleichen. In beiden Stellen fehlt jeder Hinweis auf das *bonum et aequum*. Dagegen sagt die zweite: *sed causa cognita domino postea dabitur defensio, ut Pomponius et Vindius scribunt, ne ei absentia sua noceat*. Da Gaius sich kaum anders als Vindius, Pomponius und Paulus ausgedrückt haben wird, ist die Ersetzung des *ex bono et aequo* durch *causa cognita* gerechtfertigt.

Die *causae cognitio* bei der *restitutio in integrum* hat alle Umstände des Falles zu berücksichtigen. Wenn man das als Ausfluß aus dem Grundsatz der *aequitas* ansehen will, so ist dagegen nichts zu sagen. In den Quellen allerdings ist mit der hierbei wohl stets interpolierten *aequitas* etwas anderes gemeint, nämlich die *institia*: D. 4, 1, 3 (Modest. 8 pand.) *Omnes in integrum restitutiones causa cognita a praetore praestantur [scilicet ut institiam earum causarum examinet, an verae sint, quarum nomine singulis subvenit]*³⁴⁵. Diese *aequitas* stellt nicht so sehr auf den einzelnen Fall ab, als auf allgemeine Billigkeitserwägungen; und gerade diese sind immer nachklassisch³⁴⁶. Wenn die Byzantiner sagen: *ad suam aequitatem per in integrum restitutionem revocanda res est* (D. 4, 4, 40, 1)³⁴⁷, so meinen sie damit nicht die Besonderheiten der jeweiligen Lage, die der Prätor prüft, sondern sie denken an eine ausgleichende Gerechtigkeit. Sokolowski³⁴⁸ spricht von der *restitutio i. i.* als dem „Schutzmittel, welches eigentlich die Herstellung jedes Gleichgewichtes über das positive Recht hinaus bezweckt“. Besser kann man die unklassische Anschauung der Byzantiner nicht kennzeichnen³⁴⁹. Die Klassiker hatten vor allem den Schutz des Verletzten im Sinne, wenn sie *rest. i. i.* gewährten; Abschwächungen zugunsten des Verletzten kamen allmählich auf. Aber erst die Nachklassiker führen den Gedanken durch, daß die *rest. i. i.* einen Ausgleich bezwecke, der die Gerechtigkeit und die Billigkeit zur Grundlage und zum Ziele habe³⁵⁰. Erst sie

³⁴⁴ Lenel, Pal. 1, 186 n. 2; Biondi, *Act. noxales* 231 n. 2. Ob der Schluß unversehrt ist oder nicht, geht uns hier nichts an.

³⁴⁵ Itp. Eisele, Krüger, Riccobono, Donatus, Biondi vgl. Ind. Itp.

³⁴⁶ D. 4, 1, 7 pr. (Beseler); 4, 1, 7, 1 (De Medio, Beseler, Heldrich, Albertario, Pringsheim, Biondi, Guarneri Citati); 4, 2, 23, 1 (Biondi, Beseler); 4, 2, 23, 2 (Albertario, Beseler); 4, 4, 1 pr. [naturalis aequitas] (Pringsheim, Beseler); 4, 5, 7, 3 (Biondi, Guarneri Citati, Beseler); 4, 6, 26, 9 (Wenger, Bortolucci, Beseler, Pringsheim); 4, 6, 1 pr. [Huius edicti causam merito non iustitiam esse confitebitur] (Lenel, Donati, Krüger); 4, 6, 21, 2 (Lenel). Die genannten Zitate finden sich im Ind. Itp.

³⁴⁷ Revocare entspricht dem *redigere* unserer Stelle. Zur Itp. Ind. Itp.

³⁴⁸ St. Bonifante 1, 193 n. 23.

³⁴⁹ So sind auch alle Belege, die Sokolowski gibt, unklassisch: D. 4, 6, 26, 9; 4, 4, 21, 4, vgl. oben; 4, 8, 3, 1 (Beseler, H. Krüger, Seckel, Biondi, Guarneri Citati, Krüger, Solazzi, Pringsheim vgl. Ind. Itp.); nur D. 4, 6, 28, 6 (*aequissimum esse*) ist wohl klassisch, spricht aber vom Sonderfalle eines Soldaten und nicht von der Gewährung einer *rest. i. i.*, sondern von der Rückgabe der Früchte.

³⁵⁰ Darüber vortrefflich Biondi, Compens. 231ff.

vergessen ganz den Ausgangspunkt, der im Schutze des Verletzten liegt. Nicht mehr Hilfe für den, der den Prätor anruft, sondern Ausgleich ist nunmehr das Ziel. Die Grundlage dieser *restitutio* aber ist die Unbilligkeit, die darin liegt, daß einer auf Kosten des anderen bereichert werde. Diese neue Auffassung kommt in zwei Quellen zum Ausdruck, die ich beide für so gut wie ganz unklassisch halte:

1. D. 4, 6, 18 (Paul. 12 ed.) *Sciendum est quod in his casibus restitutionis auxilium maioribus damus, in quibus rei damtaxat persequendae gratia queruntur, non cum ex lacri faciendo ex alterius poena vel damno auxilium sibi impetiri desiderant*²⁹¹.
2. C. 2, 47, 1 pr. (Severus A. Taciano) *Qui restituitur in integrum, sicut in damno morari non debet, ita nec in lucro; et ideo quicquid ad eum pervenit vel ex emptione vel ex venditione vel ex alio contractu, hoc debet restituere*.

Hier wird überhaupt gar nicht mehr des Verletzten, sondern nur noch des Verletzers gedacht. Unmöglich ist die allgemeine Fassung in einem Reskript, das solcherart vom konkreten Falle kein Wort enthält. Dazu paßt, daß auch in den folgenden Paragraphen die allgemeinen Tatbestände ergänzt werden: *sed et ...; sed et ...; verum et ...*. Die ganze Konstitution ist eine byzantinische Abhandlung, kein klassisches Reskript²⁹². Ausgleich von *damnum* und *lucrum* als Aufgabe der *restitutio in integrum*, das ist gemeint, wenn nunmehr gesagt wird (oben a) D. 4, 4, 24, 1): *ad bonum et aequum redigenda sunt*, oder wenn (oben b) D. 9, 4, 30) die *causae cognitio* durch *ex bono et aequo* ersetzt wird.

Damit ist zugleich der Abschnitt über die *restitutio* beendet und der letzte über die *condictio* eingeleitet.

9. *Condictio ex bono et aequo*.

a) Die *condictio* wird zuweilen mit der *bona fides* zusammengebracht. Von den Belegen, die Pernice²⁹³ gibt, bezieht sich auf die *condictio* selbst nur²⁹⁴:

D. 23, 3, 50 (Afric. 8 quest.) ... *illud [ex bona fide est et] negotio contracto conuenit, ut fundus, quasi sine causa pempti maritum esse coeperit, condicatur*.

Der gemäß dem *Dotalpactum* zurückzugewährende *fundus* ist nicht zurückübertragen worden, während die *decem* gemäß der Abrede gewährt worden sind; nun stirbt die Frau. Mit Beseler und Levy²⁹⁵ glaube ich, daß [ex bona fide est et] interpoliert ist²⁹⁶. Die *condictio ex bona fide* ist unklassisch²⁹⁷.

²⁹¹ Itp. Lenel, Gradenwitz, Seckel, Grünwald, Riccobono, Pringsheim Ind. Ip.

²⁹² Unklar ist mir C. 2, 53, 3 (Diocl. et Max.) *In contractibus, qui bonae fidei sunt, etiam maioribus officio iudicis causa cognita publica iura subueniunt* (vgl. oben S. 195 n. 160). Den Byzantinern mag der Gedanke vorgekommen haben, daß die *rest. i. i.* als ein aus der *aequitas* fließendes Rechtsmittel ohne weiteres auf Grund der *bona fides*, die sie mit der *aequitas* identifizieren, gegeben werden können; von allen anderen Voraussetzungen sehen sie scheinbar hier ab.

²⁹³ Labo 3, 219. ²⁹⁴ Die anderen Fragmente handeln doch nur von der *exceptio*.

²⁹⁵ Beier, 3, 49; Ehescheidung 13 n. 3.

²⁹⁶ Anders Pflüger, Ciceron Rede p. Roscio; Ehrhardt, *Iusta causa* 46 und Lenel, SZ. 51 (1931) 44 n. 7, die Itp. von *quasi an* annehmen. Aber in der Sache bleibt die Kritik an der *condictio ex bona fide* auch bei diesen Schriftstellern bestehen, die an Stelle der *condictio* des Textes eine *a. rei uxoriae* setzen: Lenel l.c.: „Die Begründung der *condictio* auf die *bona fides* und das *negotium contractum*“ (hier zweifle ich) „erregt entschieden Verdacht.“ – Beseler, SZ. 45 (1925) 443 streicht das ganze Stück; dagegen Lenel l.c.

²⁹⁷ *Ex bona fide* ist ähnlich *ex bono et aequo* in D. 47, 10, 11, 1 (oben S. 188).

b) *condictio* und *natura*.

1. D. 12, 6, 15 pr. (Paul. 10 ad Sab.) [*Indebiti condictio soluti naturalis est et ideo etiam quod rei solutae accessit, venit in conductionem*]²⁹⁸.
2. D. 12, 6, 64 (Tryph. 7 disp.) ... *ita debiti vel non debiti ratio in conductione naturaliter intellegenda est*²⁹⁹.

Der Gedanke ist trotz der unklassischen Form echt³⁰⁰, insofern das *naturale debitum* zwischen Herrn und Sklaven durchaus der klassischen Auffassung der Römer entspricht³⁰¹; aber dann ist der Zusammenhang zwischen *natura* und *condictio* gelöst.

3. D. 12, 6, 14 (Pomp. 21 ad Sab.) [*et locupletior factus est*]. *Nam hoc natura aequum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiores*.
4. D. 50, 17, 206 (Pomp. 9 ex variis lectionibus) *Iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiores*.

Beide Stellen gehören in den weiteren Kreis der spätrömischen Lehre, daß niemand sich aus fremdem Vermögen bereichern dürfe; davon wird sogleich die Rede sein. Interpolation ist bisher nur von Beseler³⁰² mit der zutreffenden, wenn auch nicht erschöpfenden Begründung behauptet worden: der Satz „paßt nicht in die klassische Lehre von der *condictio*, weil die klassische *condictio*, wie wir heute wissen, mit Äquität nichts zu tun hat, und ist, gleichviel in welchem Zusammenhange, für den Juristen wertlos und gefährlich. Daraus folgt, daß die eine der Inschriften falsch ist³⁰³ und der Satz, eine Trivialität der rhetorischen Rechtslehre, ein Randzusatz eines nachklassischen Römers ist“³⁰⁴.

c) *condictio* und *iure gentium*.

Wie das *iure naturale*, so hat auch das *iure gentium* nach klassischer Auffassung nichts mit der *condictio* zu tun; die Nachklassiker, die beide identifizieren, begründen deshalb auch die *condictio* wie mit der *natura* so mit dem *iure gentium*. So kann Dorotheos im Scholion alte zu D. 25, 2, 25 (*iure gentium*)³⁰⁵ ohne weiteres von *quoniam γὰρ τινι λόγῳ* sprechen, ohne dabei eine Abweichung vom Texte der

²⁹⁸ Itp. Pflüger, Cic. p. Roscio 67 n. 106; Peruzzi, Ist. 2, 24 n. 2; Biondi, Ind. b. f. 53 n.; Beseler, Tijdschr. 8 (1928) 322; Ehrhardt, *Iusta causa* (1930) 66; Segré, St. Bonfante 3, 527 n. 86; Kipp, Das Röm. Recht (1930) 284. – Klassisch: Siber, Nat. obf. 2; Haymann, Jber. J. 77 (1927) 223; von Koschimbahr-Lyskowski, St. Bonfante 3, 484.

²⁹⁹ Itp. Peruzzi, Mittels, Albertario, Stella-Maranca, Bonfante, Siber, Krüger (vgl. Ind. Ip.) und Kipp, Das Röm. R. (1930) 254. – Klassisch: Lenel, RRG. 332 n. 1; Kniep, Gal. Comm. 1, 100. Zweifeln Segré, St. Bonfante 3, 527 n. 86.

³⁰⁰ Beseler, Tijdschr. 8 (1928) 323.

³⁰¹ Pringsheim, unten S. 373ff.

³⁰² Krit. Vjschr. 22 (1919) 391.

³⁰³ Die *variae lectiones* sind Auszüge aus anderen Schriften des Pomponius; ob sie von ihm selbst stammen, bedürfte noch genauerer Untersuchung, die das Verhältnis der *epistularum libri*, der *variarum lectionum libri* und der *epistularum et variarum lectionum libri* (zu diesen unten S. 446f.) zu klären hätte.

³⁰⁴ Die Möglichkeit einer Itp. von *natura* und *iure naturae* erwägt von Koschimbahr-Lyskowski, St. Bonfante 3, 484, während Ehrhardt, *Iusta causa* 42 an die Einordnung in die Lehre von der *causae damni infecti* denkt, aber mit Kritik wegen der Kürze des Textes zurückhält. Für klassisch hält die Texte in der Fassung von D. 50, 17, 206 Riccobono, Riv. dir. civ. 3 (1911) 23 und Dal. diritto 583; vgl. aber unten S. 216 n. 278.

³⁰⁵ Bas. 3, 309.

Digesten zu fühlen. Die beiden Texte, die das *ius gentium* als Quelle der *condictio* bezeichnen, sind dementsprechend interpoliert.

1. D. 12, 6, 47 (Celsus 6 dig.) ... *sin autem fideiusor tuo nomine solverit quod non debebat, ipsum a stipulatore repetere posse, quoniam indebitum [iure gentium] pecuniam solvit.*

Keinesfalls hat hier das *ius gentium* etwas mit der *condictio* zu tun.

2. D. 25, 2, 25 (Marc. 3 reg.) ... *sed si in matrimonio uxor marito res subtraxerit [licet] cessat rerum amotarum actio [tamen ipsa res maritus condicere potest: nam iure gentium condici puto posse res ab his, qui non ex iusta causa possident.]*²⁹².

d) *condictio* und *naturalis aequitas*.

D. 12, 4, 3, 7 (Ulp. 26 ed.) ... *an repetere possit et refert [Celsus] patrem suum [Celsum] existimasse repetere eum non posse: sed ipse [Celsus] naturali aequitate motus] putat repeti posse. [quae sententia verior est], quamquam constat, ut [et] ipse ait, eum qui dedit ea spe, quod se ab eo qui accepit remaneri existimaret vel amicorem sibi eum esse futurum. repetere non posse opinione falsa deceptum.*

Ich schließe mich hier der Rekonstruktion Beselers²⁹³ an; zwar wäre es allenfalls denkbar, daß ein Klassiker von der *aequitas* einer zu gewährenden *condictio* gesprochen hat, obgleich diese eine zivile Klage ist. Aber einmal ist die *naturalis aequitas* gar zu bedenkl.²⁹⁴; dann aber bedarf die Lösung des jüngeren Celsus gar nicht einer besonderen Begründung. Im Anschluß an Pernice²⁹⁵ fasse ich den Fall so auf: der *servus*, qui *testamento heredi iussus erat decem dare et liber esse*, hat nachher durch Kodizill die Freiheit *pure* empfangen und davon nichts wissend dem Erben *decem* gezahlt; nach der Ansicht des älteren Celsus kann er deshalb nicht kondizieren, weil der *iussus* zum Geben der *decem*, der neben dem Freilassungsbefehl steht, trotz des Kodizilles immerhin noch vorhanden ist und deswegen die *decem* kein *indebitum* darstellen. Das ist eine eigenartige und auffallende Entscheidung. Deshalb braucht sich der jüngere Celsus, der *decem dare et liber esse* sachlich viel angemessener zusammenfaßt, nicht erst durch eine natürliche Billigkeit zu der Entscheidung treiben zu lassen, die *condictio* (*indebiti*) sei zu gewähren.

²⁹² Ipr. Pflüger, Cic. p. Roscio 67; Perozzi, *Int.* 2, 364 n.; Mitteis, *Symb. Prag.* 1893, 322 RPR. 63 n. 3; Stella Maranca, Celso 40.

²⁹³ Ipr. Pflüger, Cic. p. Roscio 67; v. Mayr, *Condictio* 311; Pflüger, *SZ.* 32 (1911) 176; Beseler, *Beitr.* 4, 48; Levy, *Privatst.* (1915) 131 n. 4; Perozzi, *Int.* 1, 98 n., 351 n. 1; 2, 364 n.; Riccobono, *Dal diritto* 633; von Koehnebach-Lyskowski, *St. Bonfante* 3, 484 n. 87 (vielleicht *iure gentium*). – Klassisch: Mitteis, RPR. 63 n. 3, cf. Ehrhardt, *Iusta causa* 45, gibt zwar Veränderungen zu, möchte aber diese *condictio* als den klassischen Ausgangspunkt für die *condictio ex iniusta causa* ansehen.

²⁹⁴ *Beitr.* 3, 11; *SZ.* 45 (1925) 453; vgl. auch Stella Maranca, Celso 35; Pringsheim, oben S. 152 n. 196.

²⁹⁵ oben S. 131ff. Die dort für Gaius gemachte Ausnahme muß gestrichen werden; auch die beiden Gaius-Texte sind nachklassisch: über D. 41, 1, 9, 3 (gleich *Inst.* 2, 1, 40) vgl. meine demnächst erscheinende erste Oxford-Verlesung, unten S. 312, über D. 38, 8, 2 Beseler, *SZ.* 45 (1925) 454 und *Beitr.* 5, 66 (*proconul* [naturalis aequitate motus] omnibus cognatis promittit bonorum possessionem; also dieselbe Fassung, die in unserer Stelle dem Celsus in den Mund gelegt wird; nachher ist nicht die nat. *ae.*, sondern die *saevissima ratio* der Grund für die Berufung; sachlich ist die Iniquität [vgl. *Gai.* 3, 24, 25] gewiß zureichend).

²⁹⁶ Labo 3, 41 n. 4.

weil der *servus* gemäß dem Kodizill die Freiheit auch ohne Zahlung der *decem* empfing.

Kyrrillos²⁹⁷ sagt: *καταγωγὴς ἔχει ἑκατέρωθεν*. *καταγωγὴς* aber ist der Gegensatz zur *ἀναγωγῆς*²⁹⁸, dem *ius strictum*. Im Sinne der Byzantiner erscheint also der Streit zwischen dem älteren und dem jüngeren Celsus als ein solcher zwischen *ius strictum* und *ius aequum*.

e) Die *condictio* der Klassiker ist eine strenge zivilrechtliche Klage, die weder mit der *bona fides*, noch mit der *natura* oder der *naturalis aequitas*, noch schließlich mit dem *ius gentium* irgendeine Berührung hat. Ihr Gebiet ist genau umgrenzt. Daß mit ihrer Fortbildung schon in klassischer Zeit eine Tendenz zur Benützung der *condictio* als eines Mittels zur Rechtsfortbildung verknüpft war, daß die *condictio* als Lösung da verwendet wurde, wo eine gerechte Entscheidung sonst nicht zu treffen war, daß also ihre Richtung allmählich abgelenkt wurde, ist gewiß richtig. Aber eine „Billigkeitsklage“ ganz allgemeiner Art, bestimmt zum Ausgleich von Vermögensverschiebungen, die die Rechtsordnung rückgängig machen will, eine Klage also nach Art der heutigen deutschen Bereicherungsklage ist die *condictio* erst in der nachklassischen Zeit geworden. Die Wege, die dabei verfolgt wurden, sind hier nicht zu verfolgen. Bekannt ist das Ergebnis: einmal Durchbrechung aller Schranken, die das klassische Recht gesetzt hatte, Gewährung in allerhand Fällen, in denen die Klassiker entweder gar nicht oder mit anderen Mitteln geholfen hatten; dann aber Beschränkung auf die „Bereicherung“, die ja den Klassikern bei der *condictio* ganz fremd gewesen war. Diese zweite nachklassische Entwicklung knüpft gewiß an außerhalb der *condictio* ausgebildete klassische Beschränkungen an: *quatenus ad eum pervenit* und noch wahrscheinlicher *quantum locupletior factus sit*²⁹⁹. Vielleicht ist die Vermutung Siber³⁰⁰ begründet, daß bei der *actio rei uxoriae*, weil sie in *bonum et aequum* concepta war, die *retentio propter res donatas* es ermöglichte, „das Abzugsrecht ohne prozessuale Schwierigkeit auf die der Frau verbliebene Bereicherung zu beschränken“, daß aber erst die Byzantiner hier statt der von Justinian beseitigten *retentio* eine *condictio* auf *quantum locupletior facta sit mulier* gaben. Dann wäre es verständlich, daß die *condictio* der Nachklassiker, wie sogleich gezeigt werden wird, mit dem *bonum et aequum* in Verbindung gebracht wird. Diese Verbindung hat ganz sicher nichts mit der historischen Entstehung der *condictio* zu tun³⁰¹; sie bezeichnet nicht den Anfang, sondern das Ende der *condictio*³⁰². Auch wenn man aber diese Anknüpfung verwirft, bleibt es bezeichnend, daß die *condictio* der Spätzeit auf das *bonum et aequum* zurückgeführt wird; da sie eine Beschränkung auf die noch vorhandene Bereicherung enthält, die in klassischer Zeit in der *condemnatio* gestanden haben mußte, ist die Ver-

²⁹⁷ Bas. 3, 3 schol. 8 *καταγωγῆς*.

²⁹⁸ oben S. 150.

²⁹⁹ Dazu besonders Siber, RPR. 218ff.

³⁰⁰ RPR. 219.

³⁰¹ Jörs, RPR. 172 n. 4: „Damit, daß die Juristen die *condictio sine causa* auf die Billigkeit oder das Weltrecht zurückführen, ist über ihr Aufkommen nichts gesagt.“

³⁰² Die Justinianische Funktion der *condictio* ist besonders deutlich herausgehoben von Riccobono, *Dal diritto* 554, 555, 579ff. (*l'unico fondamento della locupletazione dal patrimonio altrui*), 583 (*considerato sempre ingiusto e illegittimo per se stesso*), 623ff., 628.

bindung mit den klassischen Klagen begreiflich, deren *condemnatio* auf die freiere Abschätzung durch den *iudex* abzielte. Wie diese Beschränkung der Verurteilung nach zugleich die Erweiterung dem Klaggrunde nach rechtfertigte – beide nachklassische Veränderungen stehen in Wechselwirkung –, so mußte den Byzantinern die freiere Abschätzung durch den Richter den Weg zu der neuen Funktion der *condictio* als Ausgleichsklage eröffnen. Erinnern wir uns, welchen Umfang die *actiones in bonum et aequum* nach dem Justinianischen Rechte der Institutionen hatten, wie jede Richtermacht auf das *bonum et aequum* zurückgeführt wurde³⁷⁷, so wird es klar, daß ihnen jede Beschränkung der *condemnatio* als ein Ausfluß des *bonum et aequum* erscheinen konnte. Beschränkung auf die noch vorhandene Bereicherung und Gewährung der Klage zum Zwecke billigen Ausgleiches, beides traf für sie in dem *bonum et aequum* zusammen.

Ist damit die Grundlage für die Betrachtung der Fragmente gelegt, die die *condictio* auf das *bonum et aequum* zurückführen, so empfiehlt es sich doch, zuvor noch zwei Zusammenstellungen einzuschließen, die von einer anderen Seite aus die byzantinische Auffassung beleuchten. Einmal soll ein Überblick über die interpolierten Fragmente gegeben werden, in denen der allgemeine byzantinische Bereicherungsgedanke deutlich wird, auch wenn von *condictio* keine Rede ist. Dann aber sollen die Basiliken daraufhin geprüft werden, wie oft in ihnen mit dem *bonum et aequum* auch dort gearbeitet wird, wo die klassische Quelle keinerlei Anlaß dafür bietet. Wird durch die erste Zusammenstellung die allgemeine Auffassung der Spätzeit geklärt, so kann aus der zweiten gefolgert werden, daß der in den Basiliken öfter als in den Digesten erscheinende Gedanke den Köpfen der Byzantiner entstammt.

f) Es kommt hier nicht darauf an, die einzelnen Fälle zu ordnen und zu verfolgen, in denen der allgemeine Ausgleichsgedanke in Interpolationen hervortritt. Vielmehr soll eine rasche Übersicht nur beweisen, wie mannigfaltig seine Äußerungen sind. Riccobono hat³⁷⁸ den Satz „*nemo ex aliena iactura locupletari debet*“ als besonders kennzeichnend für diese Richtung zuerst hervorgehoben³⁷⁹. Mag dieser vielleicht auch schon bei den Klassikern vorkommen³⁸⁰, so bleibt er doch eine der Hauptausdrucksformen für die byzantinische Bewegung. Neben ihm stehen andere Formulierungen, die hier besonders dann wichtig sind, wenn sie auf die *aequitas*, das *aequum et bonum*, das *aequum, aequum, aequissimum*, das *melius* oder *benignius*, die *bona fides*, das prätorische Eingreifen oder (als Negation) das *iniustum*, die *iniuria* und dergleichen hinweisen. Ohne für jede *ltp.* eintreten zu wollen und ohne Anspruch auf Vollständigkeit stelle ich folgende Quellen der Reihe nach zusammen³⁸¹:

³⁷⁷ Oben S. 185ff.

³⁷⁸ Christianesimo, Riv. dir. civ. 3 (1911) 55; dagegen ohne überzeugende Kraft Baviera, Mll. Girard 1, 196ff. und hiergegen wieder Riccobono, Dal diritto 576ff.

³⁷⁹ Vgl. auch Grünwald, Die Ordnung der die Worte *lucrum, lucrifacere, lucrari*... Heideb. Diss. 1912 42ff.; Levy, Privatrecht 112 n. 7.

³⁸⁰ So Riccobono, Dal diritto 627 zu D. 14, 6, 17, 4; aber für *ltp.* Grünwald l.c. 45; Betti, oppos. dell' exceptio 57 n. 2; Att. Tor. 51 (1916) 1366; Solazzi, Arch. giur. 94 (1925) 87ff.

³⁸¹ Vgl. auch die oben S. 212f. zur i. l. *restitutio* gesammelten Stellen derselben Art.

1. C. 8, 17, 12, 8 ... *non enim pro lucro fovemus mulieribus, sed ne damnum patiantur*.
2. D. 12, 6, 14 und D. 50, 17, 206: *natura (iure naturae) aequum est neminem cum alterius detrimento (et iniuria) fieri locupletiores*³⁸².
3. D. 2, 10, 3, 1 (Iul. 2 dig.) ... *aequum erit adversus ipsam rem restitutoriam actionem competere, ne propter dolum alienum reus lucrum faciat et actor damno adficiatur*³⁸³.
4. D. 2, 15, 8, 22 (Ulp. de omn. trib. 5) ... *in quod factus sit locupletior aequissimum erit in eum dari repetitionem; nec enim debet ex alieno damno esse locupletior*³⁸⁴.
5. D. 3, 5, 5, 5 (Ulp. 10 ed.) ... *sed in quod ego locupletior factus sum* ...³⁸⁵.
6. D. 3, 5, 44, 2 (Ulp. op. 4) ... *quis aequum est in damno eum non versari, actione negotiorum gestorum id eum petere placuit*³⁸⁶.
7. D. 4, 3, 28 (Gai. 4 ed. prov.) ... *quia non debet lucrari ex alieno damno*³⁸⁷.
8. D. 4, 3, 38 (Gai. 4 ed. prov.) ... *quia non debet lucrari ex alieno damno ... in id quod locupletior esset* ...³⁸⁸.
9. D. 4, 4, 27, 1 (Gai. 4 ed. prov.) ... *ita temperanda res erit, ut imbeatur ... ita ut sine alterius damno etiam creditor a iuvencium consequatur*³⁸⁹.
10. D. 4, 6, 18 (Paul. 10 ed.) ... *non cum et lucri faciendi ex alterius poena vel damno auxilium sibi impetiri desiderant*³⁹⁰.
11. D. 4, 6, 22, 1 (Paul. 12 ed.) *Sicut igitur damno eos adici non vult, ita lucrum facere non patitur*³⁹¹.
12. D. 5, 3, 25, 11 (Ulp. 15 ed.) ... *ne in totum damno adficiantur, sed in id duntaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt*³⁹².
13. D. 5, 3, 38 (Paul. 20 ed.) ... *sed benignius est ... haberi rationem impensarum (non enim debet petitor ex aliena lactura lucrum facere)*³⁹³.

³⁸² Vgl. oben S. 213. Riccobono (Riv. dir. civ. 3 (1911) 57 und Dal diritto 583) nimmt den Text des zweiten Fragmentes als klassisch. Ich halte wie die *aequitas naturalis* (oben S. 214 n. 269) auch *natura aequum* und *iure natura aequum* für nachklassisch. VIR. 4, 24, 40ff. gibt außer unseren Texten folgende Belege:

a) D. 15, 1, 11, 2 [... *est autem natura aequum liberari ... servum obligatione eo quod indebitum videtur exegisse*] *ltp.* Varny, St. Bonfante 4, 149f.; Segré, St. Bonfante 3, 527 n. 86.

b) D. 43, 26, 2, 2 [*Et naturalem habet in se aequitatem, ... est enim natura aequum tantum te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim, et ut possim revocare, cum voluntatem ...*] *ltp.* Pringsheim, oben S. 152 n. 196; Beseler, SZ. 45 (1925) 454; Albertario, St. Bonfante 1, 644 n. 129.

c) D. 47, 4, 1, 1 [... *sed natura aequum est non esse impositum tum, ...*] *ltp.* Pringsheim l.c.; Beseler l.c.; Albertario l.c.

³⁸³ *ltp.* Pringsheim, Guarneri Citati, De Francisci, Müller vgl. Ind. Ip.

³⁸⁴ *ltp.* Betti, Guarneri Citati, Beseler vgl. Ind. Ip.

³⁸⁵ Die *ltp.* ist unbestritten; vgl. Ind. Ip.

³⁸⁶ *ltp.* Rotondi, Riccobono, Haymann, Guarneri Citati vgl. Ind. Ip., dazu Haymann, Jher. J. 77 (1927) 192 n. 1.

³⁸⁷ *ltp.* Grünwald, Levy, De Francisci, Pringsheim vgl. Ind. Ip.

³⁸⁸ *ltp.* Albertario, Levy, De Francisci, Pringsheim vgl. Ind. Ip.

³⁸⁹ *ltp.* Beseler, Riccobono, Guarneri Citati, Albertario, Biondi, Krüger vgl. Ind. Ip.

³⁹⁰ *ltp.* Seckel, Gradewitz, Riccobono, Pringsheim vgl. Ind. Ip. Siehe auch C. 2, 47, 1 (Severus) *Qui restituitur in integrum, sicut in damno morari non debet, ita nec in lucro; et ideo ...* (oben S. 212).

³⁹¹ Bisher unangefochten. Der im Zusammenhange ganz isolierte Satz ist sicher aus den oben S. 211f. angeführten Motiven heraus eingesetzt und deswegen nachklassisch.

³⁹² *ltp.* nach Beseler und Albertario vgl. Ind. Ip.; mir sehr zweifelhaft.

³⁹³ *ltp.* Riccobono, Segré, Betti, Beseler, Biondi, Solazzi, Albertario, Pringsheim vgl. Ind. Ip.

14. D. 10, 2, 49 (Ulp. 2 disp.) ... *aequum erit utilem actionem ei ... dari ... ne in damno moretur*³⁹⁴.
15. D. 11, 7, 14, 1 (Ulp. 25 ed.) ... *melius est legatarium non lucrari, quam emptorem damno adfici*³⁹⁵.
16. D. 14, 3, 17, 4 (Paul. 30 ed.) ... *nam videri me dolum malum facere, qui ex aliena iactura lucrum quaeramus*³⁹⁶.
17. D. 14, 4, 5, 16 (Ulp. 29 ed.) *aequissimum ... ne ex alterius re merceus alii indemnes fiant, alii damnum sentiant*³⁹⁷.
18. D. 17, 1, 10, 3 (Ulp. 31 ed.) ... *quia bonae fidei hoc congruit, ne de alieno lucrum sentiat*³⁹⁸.
19. D. 20, 5, 12, 1 (Tryph. 8 disp.) ... *aequius ... (was die Byzantiner weiter erwägen) ... ne ex aliena iactura sibi lucrum adquirat*³⁹⁹.
20. D. 23, 3, 6, 2 (Pomp. 14 ad Sab.) ... *quis bono et aequo non conveniat aut lucrari aliquem cum damno alterius aut damnum sentire per alterius lucrum*⁴⁰⁰.
21. D. 23, 3, 16 (Ulp. 34 ad Sab.) ... *quae sententia habet aequitatem, quia ... nec debeat maritus lucrari ex damno mulieris: sufficit enim maritum indemnem praestari, non etiam lucrum sentire*⁴⁰¹.
22. D. 26, 7, 25 i. f. (Ulp. 13 ed.) ... *qui de praeda magis quam de damno sollicitus est*⁴⁰².
23. D. 27, 9, 13, 1 (Paul. 11 sing., ad or. divi Severi) ... *si lucrum capiet pupillus ex damno alieno*⁴⁰³.
24. D. 39, 2, 18, 15 i. f. (Paul. 48 ed.) ... *cum praetor id agat, de damnum faciat actor, non ut in lucro versetur*⁴⁰⁴.
25. D. 42, 8, 6, 11 (Ulp. 66 ed.) ... *nec videtur iniuria adfici is qui ignoravit, cum lucrum extorqueretur*⁴⁰⁵.
26. D. 42, 8, 10, 24 (Ulp. 73 ed.) ... *iniquum enim praetor putavit in lucro morari eum, qui lucrum sensit ex fraude: idcirco lucrum ei extorquendum putavit* ...⁴⁰⁶.
27. D. 43, 16, 3 pr. (Ulp. 69 ed.) ... *sufficit enim non in lucro versari eum heredem, non etiam damnum subire*⁴⁰⁷.
28. D. 44, 7, 35 pr. (Paul. 1 ed.) ... *ut tamen lucrum ei extorqueatur* ...⁴⁰⁸.

Die sicherlich der Ergänzung fähige Reihe beweist, daß das Prinzip der Bereicherungshaftung von den Nachklassikern oft und gern auf die Billigkeit gestützt wird. Besonders N. 20 mit seiner den N. 2 sehr verwandten vollständigen und weit-

³⁹⁴ Itp. Lenel, Partsch, Berger, Arangio-Ruiz, Haymann, Beseler vgl. Ind. Ip.

³⁹⁵ Itp. Beseler, Levy, Guarneri Citati, Krüger vgl. Ind. Ip.

³⁹⁶ Itp. Grünwald, Besti, Solazzi vgl. Ind. Ip.

³⁹⁷ Itp. Beseler, Lenel (alii - fidei) vgl. Ind. Ip.

³⁹⁸ Itp. Levy, Bortolucci, Grünwald vgl. Ind. Ip.

³⁹⁹ Die Itp. ist unbestritten; vgl. Ind. Ip.

⁴⁰⁰ Vgl. oben S. 194f.

⁴⁰¹ Itp. Beseler, Beitr. 2, 111; SZ. 45 (1925) 257; Levy, Privatrecht. 112 n. 7; Pringsheim, SZ. 41 (1920) 262 n. 4; Guarneri Citati, Obbl. indivis. 1, 137.

⁴⁰² Itp. Beseler, Beitr. 3, 188; Levy, Privatrecht. 112 n. 7; Pringsheim, SZ. 41 (1920) 262 n. 4.

⁴⁰³ Itp. Gradenwitz bei Grünwald, Heideß. Diss. 1912, 48; H. Krüger, St. Bonfante 2, 307, 310 (von einem Nachklassiker herausgegebene Note des Paulus zu Papinian).

⁴⁰⁴ Itp. Levy, Privatrecht. 112 n. 7; Konk. 2, 178; Beseler, Beitr. 3, 102f.; Albertario, Riv. It. 52, 26; Pringsheim, SZ. 41 (1920) 262 n. 4.

⁴⁰⁵ Itp. Levy, Albertario, Pringsheim l.c.; Beseler, SZ. 46 (1926) 127.

⁴⁰⁶ Itp. Levy, Pringsheim l.c.; Albertario, RIL. 56 (1923) 585 n. 1.

⁴⁰⁷ Grünwald 39; Albertario, RIL. 46 (1913) 302; Levy, Privatrecht. 112 n. 7.

⁴⁰⁸ Itp. Albertario, an dem bei Levy, Privatrecht. 113 n. 7 angegebenen Orten und Levy selbst (aber nur formell).

tragenden Fassung macht es deutlich, daß *natūra aequum* und *bonum et aequum* hier in gleicher Linie stehen.

g) Aus den Basiliken sind zunächst die Scholien zu nennen, die ohne Anhalt im Digestentexte das *bonum et aequum* bei der *condictio* erwähnen. Dabei tritt zuweilen die unklassische *actio de bene de pensis* auf⁴⁰⁹.

1. Stefanos schol. Eikon zu D. 12, 1, 18 (*condictione teneatur ... condictio ... locus erit*): Bas. 2, 613 ... *ἀλλ' ἡ δαπάνη τὸν ἀπὸ καλοῦ δαπανήματος ἐν' αὐτοῖς εἰσέγγυε κοινδικτικῶν, ὡς ἀπὸ ἀγαθοῦ καὶ δικαίου συνιστάμενον, ὃς κοροχαρότερον εἴσθε τὸν κοινδικτικὸν κἀνόνα (über den animus)*⁴¹⁰.
2. Stefanos schol. διὰ τοῦτο zur selben Stelle: Bas. 2, 614 ... *ὃ ἀπὸ καλοῦ δαπανήματος τίκεται κοινδικτικὸς ἀπὸ δικαίου τε καὶ ἀγαθοῦ συνιστάμενος* ...
3. Stefanos schol. 2 zu D. 12, 1, 23 (*quasi ex re tua locupletior factus sis*)⁴¹¹ Bas. 2, 620f. ... *τὸ δὲ θαυμαστόν, ὅτι κατὰ τὸ νηρηθέντος τὸν οἰκτὴν καὶ ποιήσαντος κινῶ τὸν κοινδικτικόν, ὅλην δὲ, ὅτι ἀπὸ καλοῦ καὶ δικαίου. ἐπὶ γὰρ τὸ κοινδικτικὸν θέματος οὐδέμιν ἀπόδοσις ἵσταται τοῦ κινηθέντος τὸν κοινδικτικόν, ἢ αὐτὸ τὸ ἀγαθὸν καὶ τὸ δικαίον. καὶ 2^η πάντως εἰσὶν, ὅτι ἀπὸ καλοῦ καὶ δικαίου ... οἷτε γὰρ δικαίον ἔστιν, ἑτέρον ἐκ τῶν ἀλλοτρίων κερδομένων.*
4. Stefanos schol. Ζήτει zu D. 12, 1, 31, 1 (*prope me ... condicere*) Bas. 2, 624: ... *τὸν ἀπὸ καλοῦ δὲ καὶ δικαίου νόησον ἐνιστάσθαι κοινδικτικὸν δόδοσθαι. ἐπειδὴ γὰρ ... οὐδέμιν ὡς ἐξ ἀκριβείας - δικαίον ἔστιν, ἵνα μὴ ἐξ ὧν οὗτος ζημώσθαι ἄλλος κερδοῖν, κοροχαρὲν αὐτῷ τὸν ἀπὸ καλοῦ καὶ δικαίου κοινδικτικόν.*
5. Stefanos schol. Στοι. zu D. 12, 6, 19, 1 (*quantiuis enim debitum tibi quis recipiat, tamen si is qui dat non debitum dat, repetitio competit*) Bas. 3, 34 ἐπειδὴ μὴ δικαίον ἔστιν ἑτέρον ἐκ τῶν ἐτέρου ζημίας ἀφελήσθαι (unter Berufung auf D. 3, 5, 49).
6. Stefanos schol. Ἐνάγεται zu D. 13, 1, 4 (*Si servus ... furtum commiserit, condictum est domino id quod ad eum pervenit: ...*)⁴¹² Bas. 5, 428. ... *ἐπιδικῶνται οὐ κατὰ κανόνος φορητῆρ κοινδικτικῶν. ἀλλὰ τῷ ex bono et aequo φορητῆρ. εἴτε γὰρ ἔστι δικαίον, τὸν τοῦ εἰσέγγυε δαπάνης ἐκ τῆς ἐτέρου ζημίας κέρδος αὐτῷ περισσῶν, ... ἀλλὰ ex aequo et bono.*
7. Stefanos schol. Ἐρώτησις zu D. 13, 1, 5 (... *numquam enim ea condictione alius quam qui fecit teneatur aut heres eius*) Bas. 5, 429f. ... *οὐ τῷ κατὰ κανόνος, ἀλλὰ τῷ παρὰ κανόνα ἐνάγεται φορητῆρ κοινδικτικῶν διὰ τὸ ἀγαθὸν ἢ τὸ δικαίον. - ἐπειδὴ δ' οὐδὲν ἑτέρον ἐνάγεται, ἢ ὅτι οὐ δικαίον αὐτὸν ἐξ ἀλλοτρίων κερδομένων ζημίας. ...*

Ergibt sich aus diesen Scholien des Stefanos einerseits die Anknüpfung an die vorangehende Zusammenstellung über *nemo ex aliena iactura locupletari debet* und deren Verbindung mit dem *bonum et aequum*, so ist andererseits klar, daß das *bonum et aequum* bei der *condictio* für die Byzantiner die Fundierung der *condictio* auf die Billigkeit bedeutet. Beschränkung auf die Bereicherung und Gewährung aus Billigkeitserücksicht kreuzen sich also in dem *bonum et aequum*.

h) Es ist nunmehr Zeit, die einzelnen Fragmente der Digesten durchzusehen, in denen die *condictio* auf das *aequum et bonum* zurückgeführt wird. Diese Begründung hat von jeher schwere Bedenken erregt. Was soll das *bonum et aequum* bei einer *actio*, die weder *bonae fidei* noch in *bonum et aequum concepta* ist, deren

⁴⁰⁹ Eine trotz Heimbach, Die Lehre vom *credendum* (1849) 206f., noch nicht genügend erforderliche Gestaltung. Eine Untersuchung ihrer Rolle in der byzantinischen *condictio* und ihres Verhältnisses zur *condictio ex iniuria causa* dürfte aufschlußreich sein.

⁴¹⁰ Vgl. dazu Haymann, Jher. J. 77 (1927) 212 n. 3.

⁴¹¹ Dazu Beseler, SZ. 47 (1927) 364; Lenel, SZ. 51 (1931) 4.

⁴¹² Vgl. Levy, Konk. 1, 438ff.; Biondi, Act. noxae 108ff.

formula in personam den Grund nicht bezeichnet³¹². Man hat versucht, bereits den Klassikern eine Verallgemeinerung der *condictio ex iniusta causa* zuzuschreiben. Das soll begründet werden durch

1. D. 12, 5, 6 (Ulp. 18 ad Sab.) *Perpetuo Sabini probavit veterum opinionem existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici: in qua sententia etiam Celsus est.*

Aber wenn diese Regel überhaupt klassisch sein sollte³¹³, so hat sie sich jedenfalls ursprünglich auf einen Sonderfall bezogen³¹⁴. Erst im Sinne der Kompilatoren stellt die l. 6 die Begründung zur l. 5 durch eine allgemeine Regel dar³¹⁵.

2. D. 12, 1, 32 (Cels. 5 dig.) ... *subisto, si quidem nullam negotium mecum contraxistis: sed propius est, ut obligari te existimem, non quia pecuniam tibi credidi (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest): sed quia pecunia mea [quae] ad te pervenit, [cum] mihi a te reddi bonum et aequum est*³¹⁶.

Es ist hier nicht notwendig, auf die Erklärung des Fragmentes einzugehen. Auch wenn Celsus mit einer gewissen Vorliebe das *bonum et aequum* heranzieht³¹⁷, kann er doch unmöglich die *condictio* damit gerechtfertigt haben. Seine Begründung endet offensichtlich mit *pervenit*. Schon das ungeschickt eingeschobene *quae*, das den Schluß grammatisch ermöglichen soll, erweist den Eingriff der Kompilatoren³¹⁸. Diese haben den Grund, aus dem Celsus die *condictio* gewährte, nicht mehr verstanden und deshalb das *bonum et aequum* zu Hilfe gerufen.

3. D. 12, 6, 65, 4 (Paul. 17 ad Plaut.) *Quod ob rem datur (...), [ex bono et aequo habet repetitionem]: veluti si dem tibi, ut aliquid facias, nec feceris.*

Mag die l. 65 einen byzantinischen Traktat enthalten³¹⁹ oder nicht, jedenfalls ist

³¹² Thomas, NRH. 25 (1901) 345 n. 4; ces termes sont si vagues, que les juriconsultes les appliquent ... aussi à des actions essentiellement stricti iuris, à des condictiones. Jörs, RPR. 172 n. 4. Keinerlei Bedenken hat allerdings Appleton, Mfl. Coroll. 1. 75 Mille fois les juriconsultes basent leurs décisions sur le bonum et aequum (vgl. 76).

³¹³ Dagegen Pflüger, Cic. p. Roscio 58; SZ. 32 (1911) 173: „Rechtssatz Justinianischer Machte“; Stella Maranca, Celso 36; De Francisci, Synall. 2, 379 n. 1 „A molto probabilmente interpolata ed esprime una regola generale giustinianea“. Dafür Jörs, RPR. 172; Ehrhardt, *Iusta causa* 45 (mit Literatur; aber zu Unrecht meint er, daß Pflüger die Stelle für ganz byzantinisch halte).

³¹⁴ So Pflüger, SZ. 32 (1911) 173ff., indem er D. 7, 5, 5, 1 danebenstellt und an eine Erweiterung des *furtum* und der *condictio furtiva* denkt; so De Francisci, Synall. 382 unter Verweisung auf Jobbé-Duval, Et. sur l'histoire de la procédure civ. 1, 105; so Perozzi, Int. 2, 364 n., der an ein Legat und deswegen an eine *condictio indebiti* glaubt.

³¹⁵ So auch Stefanos schol. 1 zur Stelle (Bas. 3, 17; zitiert auch von Pflüger l.c. 173), der in l. 6 eine besondere Begründung dafür sieht, daß in l. 5 eine *condictio* gegeben ist, obwohl doch der Empfänger gar nicht Eigentümer des Geldes (das vom Sklaven kam) geworden ist.

³¹⁶ Die Textgestaltung folgt in der Hauptsache Pflüger, Cic. p. Roscio 97; Betti, BIDR. 28 (1915) 49; Guarneri Citati, Obbl. indivis. 1, 137 n. 1; für die erste Klammer auch De Francisci, Synall. 2, 376, 488. – Von non quis ab streicht alles Perozzi, Obbl. 102 n.; Int. 2, 364 n.; Stella Maranca, Celso 33, noch mehr Beseler, Iur. Min. 116, SZ. 47 (1927) 364.

³¹⁷ Oben S. 176f.

³¹⁸ Die Versuche von Krüger, Dig. und Betti l.c. diese Unstimmigkeit zu beseitigen, sind nicht geglückt.

³¹⁹ So zum pr. unten S. 433, 436 ähnlich De Francisci, Synall. 2, 383f. (ohne dieses Stück zu zitieren). Anders Ehrhardt, *Iusta causa* 40ff.

sie stark mit nachklassischen Bestandteilen durchsetzt³²⁰. In den verschiedenen Paragraphen wird die *condictio* entweder abgelehnt (1, 2) oder gegeben (3, 4, 5); nirgends wird eine allgemeine Begründung der jeweiligen *condictio*-Gattung für nötig gehalten. Nur die *condictio ob rem*, von der die Byzantiner in D. 19, 5, 5 pr. sagen: *in hac quaestione totius ob rem dari tractatus inspicere potest*, wird auf das *bonum et aequum* zurückgeführt. Die Interpolation ergibt sich aus der Form: *Quod* als Subjekt dessen, was *habet repetitionem* kann nicht von Paulus stammen³²¹. Statt des *ex bono et aequo* muß erwähnt gewesen sein, daß die *res* nicht gefolgt ist; denn dies, nicht das *bonum et aequum*, ist die Voraussetzung der *condictio*. Diese selbst ist natürlich durchaus klassisch³²². Eine Rekonstruktion ist kaum möglich. *Quod ob rem datur* stammt gewiß von Paulus; es läuft ganz parallel dem *quod transactionis nomine datur* in § 1 und dem *quod ob causam datur* in § 2; danach sollte man, wie dort *non repetitur* (§ 1) und *repeti non posse* (§ 2) steht, hier *repeti potest* erwarten.

4. D. 12, 6, 66 (Pap. 8 quaest.) *Haec condictio ex bono et aequo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit*³²³.

Die in der Palingenesie³²⁴ ganz isoliert stehende Stelle ist von den Kompilatoren als Fortsetzung der l. 65 gemeint³²⁵. Sie soll als „eine allgemeine äquitable Bereicherungsklage“³²⁶ aus der *aequitas* hergeleitet werden³²⁷. Die byzantinische *condictio sine causa* umfaßt alle anderen, in l. 65 genannten Konditionen³²⁸.

Sobald man zu übersetzen versucht, tritt die Bearbeitung des Fragments ans Licht: Diese (welche?) *condictio*, welche *ex bono et aequo* eingeführt ist (von wem?), pflegt zurückzuerufen, was als aus dem Vermögen des einen kommend beim anderen entdeckt wird. Auf *condictio ... consuevit*³²⁹ und *revocare* hat bereits Ehrhardt aufmerksam gemacht. Dazu kommt noch *introducere*, das sehr oft kompilatorisch ist³³⁰. Schließlich ist ja auch die *condictio* nicht „eingeführt“, sondern historisch aus der *legisactio per conditionem* erwachsen, und ganz gewiß ist sie nicht *ex bono*

³²⁰ Vgl. Ind. Ip.

³²¹ Ein Sachsubjekt kommt sonst nirgends vor: VIR. 5, 88, 14.

³²² Zu den Fäßen *do ut facias* z. B. De Francisci, Synall. 2, 229ff.; Ehrhardt, *Iusta causa* 107ff.

³²³ Pflüger, Cic. p. Roscio 60, SZ. 32 (1911) 178 und Ehrhardt, *Iusta causa* halten das Fragment, das aus seinem ursprünglichen Zusammenhange gerissen sei, für veraltet und umgestaltet. Sibir, RPR. 214 sieht darin eine Verallgemeinerung eines klassischen Ausspruches. Sie alle nehmen wohl auch an den ersten Worten Anstoß, ohne das aber besonders hervorzuheben.

³²⁴ Lenel, Pal. Pap. 148.

³²⁵ Pernice, Labo 3, 218, der sie für klassisch hält, schreibt ihr gleichfalls allgemeine Bedeutung zu.

³²⁶ Beseler, Iur. Min. 117; vgl. Rabel, RPR. 471; Sibir, RPR. 214.

³²⁷ So auch die Bas. (3, 40) *ἀπὸ δικαιοσύνης* und von Koschimbahr-Lyskowski, St. Bonfante 3, 484: „Papinian revient à l'aequitas dont il déduit la condictio.“

³²⁸ Pernice, Labo 3, 216; Sibir, RPR. 217f.

³²⁹ *Consuevit* kommt bei Papinian nur noch einmal (VIR. 1, 960, 38ff.) vor (D. 41, 2, 47) und ist auch dort *typ.* (Beseler, Beitr. 5, 75 mit Lit.; dazu Schulz, Einf. 32f.; Rorandi, BIDR. 30 (1921) 20, 63 n. 1).

³³⁰ Die Durchdringung der bei Beckel s. v. *introducere* 1 tropisch genannten Belege ergibt: D. 1, 1, 7, 1 (*In praetorium est, quod praetores introduxerunt*; klassisch.) – D. 4, 6, 43 (*officium praetoris est introducere utilem actionem* l. 29 [videlicet] *ne cui officium*

et aequo eingeführt. In klassischer Zeit gab es bei der *condictio* kein richterliches Ermessen²⁹¹. Erst die Nachklassiker formten die *condictio* so um, daß man nun den neuen Bereicherungsgedanken auf das *bonum et aequum* stützen, ja diesen Gedanken aus ihm herleiten konnte. Die hier deutlich wirksame Begründung der *condictio* auf die Bereicherung ist stets byzantinisch²⁹². *Haec condictio ex bono et aequo introducta* zeigt eine auffallende Verwandtschaft mit den Formulierungssätzen *Haec actio quae funeraria dicitur, ex bono et aequo oritur* (D. 11, 7, 14, 6)²⁹³ und *haec actio ... ex bono et aequo oritur* (D. 9, 3, 5, 5)²⁹⁴.

X. Überblickt man zum Schlusse rasch die Form, in der *bonum et aequum* in den Quellen erscheint, so ergibt sich folgendes: Bei Justinian und in den interpolierten Texten begegnet fast nur der Ausdruck *ex bono et aequo*²⁹⁵, der hinwiederum niemals in klassischer Form vorkommt. So geläufig seit früher Zeit der Ausdruck *bonum et aequum* der Sprache des Verkehrs gewesen ist²⁹⁶, er wird von den Juristen, die, nachdem er in bestimmten Formeln seinen Platz gefunden hat, sich an den technischen Sprachgebrauch halten, außerhalb dieser Formeln fast niemals verwendet. Aber auch in alter Zeit war *ex bono et aequo*, soweit die im *Thesaurus Linguae Latinae* gesammelten Belege ein Urteil gestatten, ein seltener, neben dem

publicum vel damno vel compendio sit (Lenel, SZ. 51 [1931] 32); mag es auch hingehen, daß Afrikanus es als Amtspflicht des Prätors hinstellt, eine *a. utilis* zu gewähren (Wlassak, Klass. Prozeßformel 40ff.), so ist doch das doppelte *officium* (des Prätors, des *quis*) schwer erträglich, so daß man an eine Umformung denkt. Vom *officium praetoris* handelt auch D. 45, 1, 5 pr. itp., vgl. meine zweite Oxford Vorlesung, unten S. 320). – D. 7, 5, 2, 1 (*sed remedio introducto coepit quasi usufructus haberi*; itp. Segré, BIDR. 19 (1907) 197 n. 3; Beseler, Beitr. 2, 121). – D. 23, 3, 66 (*quidam ergo remedii loco recte putaverunt introducendum, ut ... remedium loco*; Beseler, Beitr. 2, 122; aber auch *quidam* und *recte* weist auf verkürzte Umgestaltung). – Dazu kommt (Segré, St. Bonfante 3, 520; Levy, SZ. 51 [1931] 553): D. 13, 2, 1 (*Si obligatio lege nova introducta sit*). – D. 14, 5, 1 (*proconsul ... introducit actionem*; oben S. 207f.). – D. 27, 10, 1 pr. (*moribus*) itp. (Beseler, Beitr. 2, 99; Mitteis, S. Ber. Sächs. Ges. 62 (1910) 264f.; Rabel, RPR. 426 n. 4; Siber, RPR. 324). – D. 28, 6, 2 pr. (*moribus*) (Costa, BIDR. 6 (1894) 246 führt den Ursprung auf die XII Tafeln zurück; vgl. La Pira, St. Bonfante 3, 277, 320ff.; 321). – D. 42, 8, 11 (*Cassius actionem introduxit*; itp. Albertario, BIDR. 26 (1913) 115; edn: Levy, Sponzio 55 n. 3; Lenel, EP. 500 n. 2; Wlassak, Prozeßformel 33 n. 22; Weiß, SZ. 51 [1931] 255 n. 9). – D. 44, 7, 41 pr. (*Quotiens lex obligationem introducit ...*). – Gaius dagegen und Justinian lieben diese Ausdrucksweise (*Vocabula* Zanucchi und Longo).

²⁹¹ Wlassak, *Negot. gestio* (1879) 162 n. 10: „Wie wenig aus dem Satze: *haec actio ex bono et aequo est* ... auf die Vollmacht des Richters geschlossen werden dürfte, geht am deutlichsten aus Papinianus Ausspruch in l. 66 D. de cond. ind. (12, 6) hervor. Dort sagt uns der Jurist, die *condictio indebiti* sei *introducta ex bono et aequo*, und dennoch war sie eine *actio stricti iudicii*.“

²⁹² Ehrhardt, *Iusta causa* 42ff.

²⁹³ Oben S. 191f.

²⁹⁴ Oben S. 193. Vgl. auch *ex bono et aequo est* (D. 47, 10, 11, 3; oben S. 188f.) und *ex bona fide est* (D. 23, 3, 50; oben S. 212).

²⁹⁵ Ausnahmen: D. 4, 4, 24, 1 (oben S. 210) *sed ad bon. et aeq. redigenda sunt*.

D. 12, 1, 32 (oben S. 220) *eam mihi a te reddi bonum et aequum est*.

D. 17, 1, 12, 9 (oben S. 209) *totum hoc ex aeq. et bono iudex arbitrabitur*.

D. 47, 10, 18 pr. (?) *non esse bonum aeq. condemnari*.

²⁹⁶ Oben S. 173f.

anderen Gebrauch fast verschwindender Ausdruck²⁹⁷. Als die Schranken des römischen Prozesses niedergerissen waren, als *aequitas*, *bona fides*, *bonum et aequum* fast wahllos neben- und durcheinander gebraucht wurden, wurde das *ex bono et aequo* zu einem Mittel, der neuen Billigkeit der Byzantiner Raum und Begründung zu schaffen.

²⁹⁷ Vergleiche man die Stellung der Worte *bonum* und *aequum* zueinander, so ergibt sich folgendes:

1. Außerjuristische Quellen:

a) bei Plautus (Most. 682; Pers. 399; Rud. 184) und Terenz (Heaut. 642) steht *bonum* voran;

b) bei Cicero und Quintilian, wie beim Rhet. Herenn., steht immer *aequum* voran (Ausnahme: Rhet. Herenn. 2, 11, 16); diese Stellung findet sich auch schon zuweilen bei Plautus (Men. 580 – oben S. 174 n. 4 –, wo die juristische Bedeutung überwiegt; Curc. 64 in der Fassung *aequi bonique*), und bei Terenz (Phormio 450, 637: *aequum et bonum*; *aequi bonique*).

Es scheint also die Voraussetzung des *bonum* die ältere Fassung zu sein, die nach Plautus und Terenz völlig verschwunden.

2. Juristische Quellen:

a) hier steht in aller Regel *bonum* voran, und zwar sowohl in klassischen wie in isp. Texten.

b) Ausnahmen (von 36 Stellen):

D. 1, 1, 11 (klass.) (?) *id quod ... aequum ac bonum est*;

D. 17, 1, 12, 9 (itp.) *ex aequo et bono arbitrabitur*;

D. 40, 4, 22 (itp.) *ex aequo et bono rationem reddat*.

Es ist auffallend, daß hier die Reihenfolge, die seit Plautus und Terenz in der übrigen Literatur verschwunden scheint, in der juristischen Literatur wieder auftaucht. Der erste der Ausnahmetexte, und gerade der einzige klassische von diesen, knüpft offenbar an die in der rhetorischen Literatur üblich gewordene Reihenfolge an. Sonst aber benutzen Klassiker immer und Nachklassiker meist die Stellung *bonum et aequum*. Dieser Sprachgebrauch stützt sich offenbar auf die Formel der *actio iniuriarum*, die ja die Quelle des juristischen Sprachgebrauchs ist. Wieder erhebt sich die oben (S. 179, 183) bereits aufgeworfene Frage, ob etwa Plautus die Formel der *a. iniuriarum* schon kannte, oder ob etwa die Reihenfolge der griechischen Worte *νόμος* und *δίκαιος* für die der römischen maßgebend gewesen ist.

Der byzantinische Scholiast Stefanos übrigens verwendet beide Reihenfolgen offensichtlich unbedenklich nebeneinander (vgl. das Scholion oben S. 219 Nr. 6).

3. *Melius aequius* kommt nur bei der *actio rei uxoriae*, dort aber fast immer in dieser Reihenfolge vor (Cicero off. 3, 15, 61; top. 17, 66 (Ausnahme: Rose. 11 (vgl. 12): *aequius et melius sit dari*); Prob. Edict. 9; D. 24, 3, 66, 7; D. 46, 3, 82; auch noch bei Justinian, der offenbar dem alten Sprachgebrauch folgt: C. 1, 17, 1, 6). Bemerkenswert ist, daß Cicero (top. 17, 66), nachdem er eben die richtige Reihenfolge *melius aequius* gewählt hat, doch sofort in *aequum bonum* umspringt, das ja auch sonst ganz seiner Übung entspricht.

enim ut agitator callidus, prius quam ad finem veniam, equos sustinebo, eoque magis, si locus is, quo ferentur equi, praeceps erit. Sic me, inquit, ante sustineo nec diutius captiose interroganti respondeo. Si habes, quod liqueat, neque respondes, superbe; si non habes, ne tu quidem percipis. Si, quia obscura, concedo; sed negas te usque ad obscura progredi; inlustribus igitur rebus insistis. Si id tantum modo, ut faceas, nihil adsequeris. Quid enim ad illum, qui te captare vult, utrum tacentem inretiat te, an loquentem? Sin autem usque ad novem verbi gratia sine dubitatione respondes pauca esse, in decimo insistis, etiam a certis et inlustrioribus cohibes adsensum; hoc idem me in obscuris facere non sinis. Nihil igitur te contra soritas ars ista adiuvat, quae, nec augendi nec minuendi quid aut primum sit aut postremum, docet.

95 Quid, quod eadem illa ars quasi Penelope telam retexens tollit ad extremum superiora? Utrum ea vestra an nostra culpa est? Nempe fundamentum dialecticae est, quidquid enuntiatur (id autem appellant *ἐξήγημα*, quod est quasi ecfatum), aut verum esse aut falsum. Quid igitur? haec vera an falsa sunt: 'Si te mentiri dicis idque verum dicis, mentiris an verum dicis?' Haec scilicet inexplicabilia esse dicitis. Quod est odiosius quam illa, quae nos

30 non comprehensa et non percepta dicimus. Sed hoc omitto; illud quaero: Si ista explicari non possunt, nec eorum ullum iudicium invenitur, ut respondere possitis, verane an falsa sint, ubi est illa definitio, ecfatum esse id, quod aut verum aut falsum sit? Rebus sumptis adiungam ex iis sequendas esse alias, alias improbandas, quae sint in genere contrario. Quo modo igitur hoc conclusum esse iudicas: 'Si dicis nunc lucere et verum dicis, *lucet*; dicis autem nunc lucere et verum dicis, *lucet* igitur'?

35 Probatis certe genus et rectissime conclusum dicitis, itaque in docendo eum primum concludendi modum

traditis. Aut quidquid igitur eodem modo concluditur, probabitur, aut ars ista nulla est. Vide ergo, hanc conclusionem probaturusne sis: 'Si dicis te mentiri verumque dicis, mentiris; dicis autem te mentiri verumque dicis; mentiris igitur.' Qui potes hanc non probare, cum probaveris eiusdem generis superiorem? Haec Chrysippea sunt, ne ab ipso quidem dissoluta. Quid enim faceret huic conclusioni: 'Si lucet, lucet; lucet autem; lucet igitur'? cederet scilicet. Ipsa enim ratio conexi, cum concesseris superius, cogit inferius concedere. Quid ergo haec ab illa conclusione differt: 'Si mentiris, mentiris; mentiris autem; mentiris igitur'? Hoc negas te posse nec adprobare nec improbare; qui igitur

15 magis illud? Si ars, si ratio, si via, si vis denique conclusionis valet, eadem est in utroque. Sed hoc extremum eorum est, postulant, ut excipiantur haec inexplicabilia. Tribunal aliquem censeo videant; a me istam exceptionem numquam impetrabunt. Etenim

20 cum ab Epicuro, qui totam dialecticam et contemnit et inridet, non impetrent, ut verum esse concedat, quod ita effabimur: 'Aut vivet cras Hermarchus aut non vivet', cum dialectici sic statuunt, omne, quod ita disiunctum sit, quasi 'aut etiam aut non', non

25 modo verum esse, sed etiam necessarium (vide, quam sit catus is, quem isti tardum putant. Si enim, inquit, alterutrum concessero necessarium esse, necesse erit cras Hermarchum aut vivere aut non vivere. Nulla autem est in natura rerum talis necessitas) — cum

30 hoc igitur dialectici pugnent, id est Antiochus et Stoici; totam enim evertit dialecticam. Nam si e contrariis disiunctio (contraria autem ea dico, cum alterum aiat, alterum neget), si talis disiunctio falsa potest esse, nulla vera est. Mecum vero quid

35 habent litium, qui ipsorum disciplinam sequor? Cum aliquid huius modi inciderat, sic ludere Carneades solebat: 'Si recte conclusi, teneo; sin vitiose,

I SATURNALI

di

Macrobio Teodosio

A CURA DI

NINO MARINONE

UNIONE TIPOGRAFICO-EDITRICE TORINESE

INTRODUZIONE

I

L'attività di Macrobio si inquadra in un periodo storico che può delimitarsi fra la seconda metà del secolo IV e la prima metà del seguente. Furono anni di eventi travagliati che segnarono il crollo dell'autorità imperiale apertamente debellata dagli invasori, e registrarono gli ultimi aneliti della cultura classica ormai soccombente alle nuove forze vitali del cristianesimo vittorioso¹.

Il tentativo di Giuliano per consolidare l'impero e restaurare la tradizione pagana ebbe termine dopo meno di due anni di regno: succeduto nel dicembre 361 a Costanzo II, l'ultimo rimasto dei tre figli di Costantino, egli periva in guerra contro i Persiani il 26 giugno 363. Pochi mesi rimase al potere il suo successore Gioviano: nel febbraio 364 era proclamato imperatore Valentiniano I che, cedendo all'insistenza dell'esercito, si associò come collega per la parte orientale dell'impero il fratello Valente. La pressione dei barbari si faceva sentire sempre più violenta entro le terre stesse del dominio romano: Sassoni e Scozzesi saccheggiano la Britannia nel 364, Valentiniano passa il Reno nel 369 per affrontare gli Alamanni, Valente dapprima permette ai Visigoti di stabilirsi in Mesia nel 375 e quando li affronta nella battaglia di Adrianopoli muore sconfitto il 9 agosto 378. Fu questo il primo grande disastro che, compromettendo una metà dell'impero, impose il problema barbarico in tutta la sua gravità. In occidente frattanto la situazione si era fatta caotica: alla morte di Valentiniano il 17 novembre 375 il figlio Graziano di sedici anni è costretto da pressioni politiche ad associarsi al potere il fratello Va-

1. Per il rapido *exkursus* che segue si rimanda alle opere generali elencate nella *Nota bibliografica*. Analogamente per gli studi che in questa *Introduzione* sono citati con indicazioni sommarie.

lentiniano di soli cinque anni. Ad un giovinetto inesperto e ad un bambino sono affidate le sorti dell'impero in un momento così grave. Intrighi di corte, rivalità di generali, ambizioni politiche, contrasti religiosi accumulano le lotte interne alle esigenze della difesa militare. Massimo usurpa il potere a Graziano ucciso nel 383, Valentiniano II prima si rifugia in oriente, poi è rimesso sul trono e, quando viene ucciso il 15 maggio 392, in Gallia è proclamato imperatore Eugenio. Su tutto e su tutti dominano due figure: Ambrogio, vescovo di Milano dal 374, e Teodosio, successo a Valente nel 379 al governo dell'oriente, che vuole imporre la sua supremazia sull'occidente e fa guerra ad Eugenio.

Il 6 settembre 394 Teodosio sbaragliò le milizie oppostegli da Eugenio alla battaglia del Frigido. Fu uno scontro sanguinoso, il cui esito pendeva ancora incerto quando si scatenò la bora istriana soffiando avversa agli eugeniani: la violenza delle raffiche era tale che le schiere d'occidente non potevano più respirare né udire i comandi, mentre le armi stesse riuscivano solo d'impaccio e le frecce impeditte dal vento non raggiungevano il segno; i cristiani di Teodosio intonarono a pieno coro il ringraziamento per l'intervento del vero Dio². La vittoria significò ben più che il disfaccimento di una fazione: quel cristianesimo, che secondo una voce assai diffusa in quegli anni doveva ormai essere giunto al suo termine³, dominava invece incontrastato per l'abile politica di Teodosio. Era la fine del movimento di rinascita degli ideali pagani iniziato da Giuliano, che per una generazione aveva ancora suscitato illusioni di riscossa negli ambienti aristocratici ed intellettuali e in tante occasioni era stato sfruttato da politici e militari per realizzare le loro ambizioni di potere. Pochi mesi dopo Teodosio morì a Milano il 17 gennaio 395, e il vescovo Ambrogio ne pronunciò l'elogio funebre. L'eredità dell'impero andava ai suoi due figli: ad Arcadio in età di diciotto anni l'oriente, ad Onorio di soli undici anni l'occidente. La divisione fu così sanzionata in modo definitivo e rappresentò una svolta non solo per la sistemazione politica del momento ma per la storia della civiltà. Sorgeva il nuovo mondo cristiano, in cui le due regioni andavano assumendo caratteri sempre più distintivi di vita autonoma.

L'inserimento di altri popoli nella società occidentale seguì il suo corso fatale. La penetrazione dell'elemento germanico, a cui Roma, pur nello squalore della decadenza, elargiva la sapienza delle sue leggi e lo splendore delle sue istituzioni, si accompagna ad episodi

48

di guerra che vedono fronteggiarsi soprattutto Stilicone, reggente in nome di Onorio, e Alarico, il re dei Visigoti. Il comandante romano lo blocca a Fole nel 396 quando invase la Grecia, lo sbaraglia a Pollenza nel 402 quando scese in Italia, ma per manovre politiche non ben chiare è condannato a morte nel 408 mentre Alarico è all'assedio di Roma, e non disarma: dopo aver assediato dinuovo Roma nel 409, infine vi entra vittorioso il 24 agosto 410, e muore nell'autunno a Cosenza. Il saccheggio di Roma non è che un simbolo, anche politicamente: dal 402 la corte imperiale risiedeva a Ravenna, capitale d'occidente; pure i due condottieri non sono che simboli: un Vandalo che rappresenta l'impero, un Goto che avanza pretese sul territorio dell'impero. Però altamente significativi e sotto un certo aspetto conclusivi. Gli anni seguenti, in cui pullularono usurpatori al trono in ogni regione d'occidente e nuove invasioni flagellano l'Italia, accelerano la corsa precipitosa verso il crollo finale.

Di fronte alla disorganizzazione dello stato, che alla carenza dei poteri costituiti univa un'amministrazione finanziaria disastrosa, fra gente dissanguata dalle continue guerre interne ed esterne, vessata da un assurdo sistema fiscale, depauperata dalle distruzioni e dalle carestie, in un paese pressoché spopolato dalle persecuzioni, dalle invasioni, dalla miseria e dalle epidemie, si erge la Chiesa, madre della nuova civiltà. In questo periodo fu pure essa travagliata da dissidi interni e crisi di organizzazione: le eresie, condannate dai numerosi concili ecumenici, condussero a violenti contrasti; talora rivalità di uomini degenerarono in episodi cruenti: nel 366 la successione di Liberio vescovo di Roma fece centotrentasette vittime in una mischia furibonda scoppiata nella basilica di Sisinio tra i fautori di Damaso e dell'antagonista Ursino⁴, e le contese non cessarono che con l'esilio di Ursino due anni dopo. La presenza della Chiesa nella vita politica è ormai preminente: essa si batte con grande decisione per rafforzare la posizione ufficialmente riconosciuta dopo il concilio di Nicea del 325 e per conservare i privilegi acquisiti. Restò famosa la disputa per l'altare della Vittoria che nel 384 mise a prova presso la corte imperiale le forze del vescovo di Milano Ambrogio e di Simmaco prefetto di Roma e massimo esponente del senato: l'altare non fu rimesso nella curia e la vittoria fu dei cristiani.

Ma la Chiesa si rivelò soprattutto l'unica forza spirituale tra lo sfacelo dilagante. Si inserì nella rinascita culturale, che specialmente in oriente ebbe rigogliosi sviluppi a cui parteciparono grandi scrittori cristiani come Basilio, Gregorio di Nazianzo, Gregorio di Nissa, Gio-

2. Cfr. Orosio, 7, 35, 22.

3. Cfr. Agostino, *De civitate dei*, 18, 54.

4. Cfr. Ammiano Marcellino, 27, 3, 12.

vanni Crisostomo. In occidente la rappresentarono uomini d'azione e di pensiero come Ilario di Poitiers, Eusebio di Vercelli, Zenone di Verona, Lucifero di Cagliari, poeti di forte ispirazione come Prudenzio, versificatori delicati come Paolino di Nola. I tre sommi padri Ambrogio, Girolamo, Agostino forgiarono la nuova concezione spirituale del mondo, realizzando quell'unione indissolubile con la tradizione romana che il cristianesimo trasmise ai secoli venturi.

In campo pagano si assiste ad un rinnovamento degli studi, che cerca di ridare vigore alla languente letteratura latina richiamandosi agli antichi ideali con atteggiamento di reazione anticristiana. Il movimento parte dalla scuola e si impenna sugli studi di grammatica e di retorica con vasti interessi all'erudizione, per lo più di carattere antiquario. In ogni regione fioriscono scuole di retorica, fervono le indagini filologiche, si moltiplicano i commenti alle opere dei classici, si ridesta l'amore per la filosofia. Sono famosi e onorati a Roma il retore Mario Vittorino, il grammatico Carisio, e sopra tutti eccelle la figura di Elio Donato, alla cui scuola si ricollegano come discepoli o amici i più illustri propugnatori del classicismo, sia pagani che cristiani: ne fu allievo lo stesso san Girolamo, e lo seguirono nell'opera di restaurazione della cultura i personaggi più in vista dell'aristocrazia senatoriale, come Simmaco, Pretestato, Nicomaco Flaviano, Cecina Albino, Rufio Albino che incontriamo nei *Saturnali* insieme con Servio ancora giovanissimo⁵.

Con tendenza arcaizzante analoga alla neosofistica si riprende in certo modo l'indirizzo del II secolo nel tentativo di rieducare al culto dell'antico, stimolando alla lettura dei classici ed esortando ad un maggior approfondimento del loro pensiero. Se ne può cogliere l'eco in Macrobio quando, lamentando l'incuria nella lettura degli antichi nota con disappunto: «la nostra generazione rifugge da Ennio e da ogni opera della letteratura antica»⁶; oppure quando si scaglia contro l'insufficienza dei commenti virgiliani: «come se ad un grammatico fosse lecito non sapere null'altro che la spiegazione letterale»⁷. Con lo stesso ambiente sono in relazione, direttamente o indirettamente, quasi tutti i letterati del tempo. La storia ha un solo insigne rappresentante in Ammiano Marcellino, che continuò l'opera di Tacito; gli altri si rifecero piuttosto alla concezione biografica e aneddotica di Svetonio, come Aurelio Vittore e gli scrittori

5. Cfr. *infra*, pp. 31-32.

6. *Sat.*, VI, 9, 9.

7. *Sat.*, I, 24, 12; cfr. anche AMMIANO MARCELLINO, 14, 6, 18.

della *Historia Augusta*, o compilarono brevi sommari come il retore Eutropio. La produzione poetica è per la maggior parte infarcita di retorica e di erudizione, come in Rufio Festo Avieno, o frivola e artificiosa come nelle favole di Aviano, dedicate a Macrobio⁸; si distinguono il gallico Ausonio, che ha tratti di vena spontanea e sincera, e alla fine del secolo l'alexandrino Claudiano, che cantò gli antichi miti con stile grandioso ed espresse la passione del suo animo in forma splendida e vivacissima. In generale tutta la letteratura rivela l'insufficienza degli artifici retorici a colmare l'aridità degli spiriti, il contrasto della forma smagliante con la povertà del contenuto. Viene in mente il giudizio di sant'Ambrogio, alludente a Simmaco: «aurea, come dice la divina Scrittura, è la lingua dei letterati sapienti: ornata di espressioni attraenti, abbagliante per lo scintillio di una eloquenza splendente come un colore prezioso, conquista gli occhi dell'anima con l'apparizione della bellezza formale e fa restringere le pupille; ma se maneggi quest'oro con un po' più d'attenzione, il pregio risulta all'esterno, dentro è metallo»⁹.

Il pensiero filosofico seguito da tutti gli intellettuali è il neoplatonismo. L'insegnamento di Plotino, divulgato da Porfirio e da Iamblico, era penetrato nella società colta, che trovava in quella teologia la giustificazione di ogni credenza negli dèi, considerati come emanazioni di un'unica entità divina, e giungeva al superamento del grossolano politeismo, lasciato al volgo ignorante, in un'estatica comunione con l'Essere assoluto al di là della mitologia tradizionale. Quindi una dottrina che univa in sé filosofia e religione, che soprattutto nelle sue ultime forme professava il monoteismo e manifestava un misticismo trascendente, una dottrina insomma, ricca di profondo contenuto morale, che tendeva a comprendere e superare tutte le filosofie precedenti ad eccezione della epicurea, e avrebbe accettato anche Cristo come un'emanazione del divino, al pari degli altri dèi: per i neoplatonici era solo questione di preferire il mito giudaico a quello ellenico. Di qui le numerose conversioni al cristianesimo: basti ricordare gli esempi insigni del retore e filosofo Mario Vittorino, dello stesso sant'Agostino, di Sinesio discepolo della neoplatonica Ipazia e negli ultimi anni della sua vita vescovo di Tolemaide. Di qui il tono conciliante che si riscontra anche nei più accaniti fautori del paganesimo: «contempliamo gli stessi astri, lo stesso cielo è a tutti comune, lo stesso mondo ci circonda: che importa se ciascuno

8. Cfr. *infra*, p. 15, nota 4.

9. AMBROGIO, *Epist.*, 18, 2.

ricerca la verità secondo il proprio discernimento? non è possibile giungere a sì alto segreto seguendo una sola via»¹.

All'esaltazione di questo ambiente che intendeva far rivivere un passato ormai tramontato per sempre, alla rievocazione degli ultimi grandi uomini che si potevano ancora dire «romani» è dedicata l'opera di Macrobio, che si cimentò nella grammatica, negli studi letterari e nell'indagine erudita, così come nella filosofia. In lui affiorano già sensibili le tendenze allegoriche e astrologiche che si accentuano nelle *Nozze di Mercurio e della Filologia*, la bizzarra enciclopedia sulle arti liberali di Marziano Capella: siamo ormai giunti alle soglie del Medioevo.

II

Sotto il nome di Macrobio Ambrogio Teodosio «personaggio chiarissimo ed illustre» sono pervenute tre opere: *Commentarii in Somnium Scipionis* conservati per intero, *Saturniorum convivia* di cui sono andate perdute alcune parti, e un trattato grammaticale *De differentiis et societatibus Graeci Latiniq; verbi* ridotto a pochi estratti.

Della persona dell'autore sappiamo ben poco. I problemi biografici cominciano già dal nome. Poiché secondo la consuetudine invalsa nel tardo impero una persona era nota con l'ultimo dei vari nomi che portava, è necessario stabilire la sequenza esatta per sapere come era chiamato il nostro scrittore dai contemporanei. Le indicazioni dei manoscritti non sono risolutive a questo riguardo, giacché vi si alternano tutte le combinazioni; però risulta di gran lunga preponderante la collocazione finale di Teodosio, sia nel *Commento al Sogno di Scipione* con la successione triplice Macrobio Ambrogio Teodosio², sia nei *Saturnali* con quella duplice Macrobio

10. SIMMACO, *Relat.*, 3, 10.

1. Precisamente tre volte nel cod. Cottonianus Faustini. C. I, due volte nel Bambergensis M. IV 15 P. n. 4, due volte in P (per le sigle si rimanda all'*Appendice critica*); una volta Ambrogio Teodosio Macrobio al termine dell'opera in P. Con due soli nomi si trova Macrobio Ambrogio una volta all'inizio in D e un'altra volta alla fine del cod. Parisinus n. 2, 16677. In particolare nella sottoscrizione al libro I, accanto ad una notazione anteriore al 485 (cfr. *infra*, nota 34), compare la sequenza Macrobio Ambrogio Teodosio in corrispondenza ad una precedente Aurelio Memmio Simmaco con successione esatta, come giustamente osserva il CAMERON, *JRS*, p. 26.

Teodosio³. Con un solo nome ricorre sempre Macrobio, tranne nella prefazione del trattato grammaticale, ove, circostanza molto notevole, egli si chiama da sé semplicemente Teodosio⁴; e ancora con questo solo nome è menzionato nella dedica delle favole di Aviano⁵. Nel secolo VI è chiamato Macrobio Teodosio da Boezio⁶ e da Cassiodoro⁷, mentre in seguito diventa usuale la sola denominazione Macrobio, giunta fino a noi. Risulta quindi dubbio se il suo nome diacritico sia stato Macrobio; anzi la situazione sembra suggerire Teodosio come molto più probabile, se non addirittura certo⁸.

Gli unici dati cronologici poggiano su tre elementi:

a) dalla cornice drammatica dei *Saturnali* è offerto un terminus basilare nel 384, anno della morte di Pretestato che è ivi presentato insieme con altri personaggi vissuti verso la fine del secolo IV⁹;

b) dalla sottoscrizione al libro I del *Commento al Sogno di Scipione* si ricava un terminus ante quem nel 485, anno del consolato di Aurelio Memmio Simmaco che è ivi nominato senza la qualifica spettante ai consoli¹⁰;

c) un indizio prosopografico è costituito dalla qualifica di *vir clarissimus et illustris* attribuita all'autore nei manoscritti delle due opere principali: il primo titolo designava appartenenza all'ordine senatoriale e il secondo era riservato in questo periodo alle più alte cariche, quali il *praefectus praetorio*, il *praefectus urbi*, il *magister militum*, il *praepositus sacri cubiculi*, e i quattro *comites consistoriani*¹¹.

Bisogna perciò individuare lo scrittore in una persona di nome Macrobio o Teodosio, che nel periodo 384-485 abbia ricoperto una carica a cui era connesso il titolo di *vir illustris*.

2. Così sempre nella tradizione B. La sequenza triplice si legge soltanto all'inizio dell'opera come Ambrogio Teodosio Macrobio in P e Ambrogio Macrobio Teodosio in R; altrimenti la tradizione a o non dà nomi o ha Macrobio da solo.

3. *Theodosius Symmacho suo salutem dicit*, nel cod. Vindobonensis 16 olim Biobensis (sec. VII-VIII), ove l'iscrizione ha *paucis excerpta de libro Macrobii Theodori*, e in altro estratto si legge Teodosio Macrobio; invece il cod. Parisinus Regius 7189 dà Macrobio Ambrogio.

4. L'identificazione con il nostro scrittore, già proposta da P. Pithou (cfr. O. KURZEN, *De Aviani aetate* (diss.), Jena 1885, p. 59), è ormai accertata dopo i contributi del CAMERON; per cui cfr. *infra*, nota 29.

5. In *isagogen Porphyrii*, 1, già citato dal WESSNER, *RE*, XIV, 170, 27.

6. *Expositio psalmorum*, 30, 116, citato dal CAMERON, *JRS*, nota 16.

7. Cfr. CAMERON, *JRS*, pp. 26 seg.

8. Cfr. *infra*, pp. 31 segg.

9. Cfr. *infra*, nota 33.

10. Cfr. J. E. DUNLAP, *The office of the grand chamberlain in the later roman and byzantine empire*, «University of Michigan Studies» (Humanistic series), XIV, 1924, pp. 178-223.

Il *Codice Teodosiano* menziona un Macrobio *vicarius Hispaniarum* al 29 agosto 399 da Ravenna e al 9 dicembre 400 da Milano, *proconsul Africae* al 25 giugno 410 da Ravenna¹¹ e *praepositus sacri cubiculi* al 6 novembre 422 da Costantinopoli¹²; inoltre un unico Teodosio *praefectus praetorio Italiae* il 15 febbraio 430 da Ravenna¹³. Si tratta non di due, ma di tre persone diverse. Anzitutto dall'ambiente occidentale in cui si sviluppa la carriera amministrativa del Macrobio *vicarius* e *proconsul* si passa a Costantinopoli; inoltre la carica di *praepositus sacri cubiculi*, che corrispondeva all'incirca ad un gran ciambellano, era estranea al *cursus* ufficiale e conferita dal sovrano a cortigiano intimo e fidato, quindi frutto di intrighi che presupponevano ben radicate aderenze presso la corte orientale. Si deve quindi separare l'alto funzionario del 399 e 410 dall'influente personaggio del 422¹⁴, e di conseguenza si presentano tre possibilità di identificazione.

Talune allusioni al culto pagano, peraltro opinabili, hanno indotto a mettere il primo Macrobio in relazione con lo scrittore¹⁵, ma la mancanza della qualifica per quelle cariche costituisce una seria difficoltà: si è costretti a supporre, in via puramente congetturale, che egli avesse proseguito la carriera ottenendo un ufficio, di cui non abbiamo notizia, che gli avrebbe conferito la qualifica di *vir illustris*¹⁶. Infatti è questo titolo che nel nostro caso assume valore determinante, ed esso compete soltanto a due dei menzionati, al Macrobio *praepositus* o al Teodosio *praefectus*.

Difficoltà ancora più gravi sorgono per l'identificazione con il *praepositus sacri cubiculi*. In primo luogo il rescritto imperiale è

11. *Codex Theodosianus*, 16, 10, 15 (mess. 29 gennaio) e 8, 5, 61 per il *vicarius*; 11, 28, 6 per il *proconsul*. Anziché *vicarius* è detto *praefectus praetorio Hispaniarum* in JAN, *proleg.*, p. IV, in WESSNER, *RE*, XIV, 170, 32 e in genere nelle storie letterarie; ma in realtà tale carica non esisteva e la svista risale all'edizione macrobiana di J. GONZOV, Leiden 1670 (cfr. ora anche CAMERON, *JRS*, nota 2).

12. *Codex Theodosianus*, 6, 8, 1, che propriamente non sancisce la nomina di Macrobio ma stabilisce la promozione a *vir illustris* di prima classe, cioè alla pari con i *praefecti*, di tutti i *praepositi sacri cubiculi* a partire da Macrobio.

13. *Codex Theodosianus*, 12, 6, 33, in un provvedimento per l'Africa concernente la regione Bisacena.

14. Come è già stato da tempo riconosciuto; cfr. W. ENSSLIN, *RE*, XIV, 169, 41 segg. e 60 segg. Invece il WESSNER, *lvi*, 170, 35 segg. continua a considerarlo un'unica persona da identificare con lo scrittore, e così pure in genere le storie letterarie.

15. Cfr. *Codex Theodosianus* 16, 10, 15 e, oltre a JAN, *proleg.*, p. VI, ancora M. FUHRMANN, *op. cit.*, p. 308 e nota 1.

16. D'altra parte sembra probabile l'identificazione di questo Macrobio con Flavio Macrobio Massimiano; cfr. CAMERON, *JRS*, p. 26 e nota 14.

datato da Costantinopoli, mentre il nostro Macrobio, per quanto risulta dalle sue opere, dimostra familiarità con l'aristocrazia senatoriale romana: in mancanza di ogni notizia in merito, occorrerebbe supporre l'esistenza di un gran ciambellano anche presso la corte di Ravenna e immaginare che a lui si riferissero gli imperatori Onorio e Teodosio II con tale provvedimento¹⁷, che sarebbe stato emanato dalla corte orientale perché questa conservava la preminenza nella trattazione degli affari generali. Inoltre il *praepositus sacri cubiculi* era per tradizione eunuco, mentre lo scrittore dedica le sue opere al figlio¹⁸. bisognerebbe congetturare, senza alcun fondamento, che la condizione di eunuco non fosse indispensabile o non più richiesta e che la carica, tanto più se alla corte di Ravenna, fosse puramente onorifica. Infine sembra probabile che l'alta dignità, in quanto implicava relazioni dirette con l'imperatore, fosse conferita a persona della stessa religione, cioè cristiana, mentre gli scritti di Macrobio rivelano senza dubbio una mentalità pagana: non si dovrebbe quindi escludere una sua successiva conversione al cristianesimo¹⁹.

Nulla invece si oppone a riconoscere nello scrittore il *praefectus praetorio Italiae*, cioè il capo dell'amministrazione civile per l'Italia: gli spetta il titolo di *vir illustris*, non ha importanza in questo caso la giurisdizione territoriale, e la carica, appartenente al *cursus* normale, non richiedeva speciali condizioni fisiche né una determinata fede religiosa. Quindi sotto ogni aspetto riesce più plausibile l'identificazione con il prefetto d'Italia in carica dal 15 febbraio al 18 dicembre 430²⁰, e questo può considerarsi un ulteriore indizio per attribuire allo scrittore come nome principale Teodosio²¹.

17. Cfr. *supra*, nota 12. Il DUNLAP, *op. cit.*, p. 186, nota 3 si limita ad osservare: «it is useless to attempt to connect this Macrobius with the author of the Satires [sic]»; cfr. EMITH, *Dictionary of Greek and Roman Biography and Mythology*, vol. II, p. 888.

18. L'osservazione era già in A. MAHUL, *op. cit.*, p. 2, mentre il JAN, *proleg.*, p. IV, non la ritiene obiezione valida; cfr. invece CAMERON, *JRS*, p. 23 e nota 9, che cita Zosimo 4, 37, 2 per rilevare l'unico caso di *praepositus* non eunuco sotto l'imperatore Magno Massimo.

19. Già suggerita dal WESSNER, *RE*, XIV, 170, 37 segg.

20. Per la datazione cfr. W. ENSSLIN, *RE*, XXII, 2499, 44.

21. Questa identificazione fu proposta per primo da S. MAZZARINO, *op. cit.*, pp. 255-258, riconosciuto pure dal CAMERON, *JRS*, nota 21. Il Mazzarino, definendo «metodicamente inaccettabile» l'assunzione del nome Macrobio come ufficiale, rileva pure le incongruenze cronologiche, proponendo la datazione del *Saturnali* al 405-406 e ammettendo che l'autore «si è poi convertito, almeno ufficialmente, al cristianesimo». La tesi, che già nel corso del lavoro preparatorio per questa edizione mi era parsa degna di grande considerazione, è stata ora organicamente sviluppata dal CAMERON e sostenuta con validi argomenti, che sono qui nel seguito esaminati.

Quanto alla patria, possiamo soltanto affermare che Macrobio Teodosio non era italiano, in quanto egli stesso si dichiara « nato sotto altro cielo »²², ma né i nomi, palesemente greci, né talune peculiarità linguistiche permettono di stabilirne il luogo di origine. Nessun fondamento hanno le varie ipotesi degli umanisti che ne indicarono la patria ora a Parma ora a Verona²³; altri lo fece addirittura « Sicetino » in seguito ad una falsa lettura dei manoscritti²⁴. Sembra pure da escludere che fosse Greco. Si è detto che un Greco non avrebbe usato la lingua latina, soprattutto per rivolgersi ad un pubblico dotto che conosceva altrettanto bene il greco²⁵; ma l'esempio di Ammiano Marcellino che, Greco di Antiochia, proprio nello stesso periodo scrive in latino le sue *Storie* sta a dimostrare il contrario. È stato giustamente messo in rilievo l'imprecisione di Macrobio nell'interpretazione di passi greci²⁶; ma ciò può essere dovuto a fretta o a trascuratezza nel lavoro di compilazione²⁷. Piuttosto la sua formazione culturale imperniata sull'esaltazione di Virgilio e di Cicerone, i suoi giudizi sui Greci spesso ricorrenti nei *Saturnali*, che, anche se messi in bocca ad altri, sono difficilmente compatibili con la mentalità di un connazionale, ed infine la scusa stessa per la mancanza della « nativa purezza ed eleganza di uno scrittore romano »²⁸, dettata più che altro da un vezzo di modestia letteraria, sono tutti elementi che inducono a collocare la patria di Macrobio Teodosio in una regione dell'impero fortemente latinizzata o, se non altro, a supporre la sua venuta a Roma fin dalla prima adolescenza. Si noti inoltre che Aviano, rivolgendosi al nostro autore, dedica le sue *Favole* a Teodosio, che « tanto per la prosa che per la poesia supera gli Attici nella cultura greca e i Romani nell'eloquio latino »²⁹; un complimento

22. *Sat.*, *proleg.*, § 11.

23. Cfr. *JAM. proleg.*, p. VII e nota 29.

24. Così A. MAHUL, *op. cit.*, p. 21, leggendo SICETINI per V.CETINI. (« vir clarissimus et illustris ») di qui l'identificazione della patria in una irreperibile città di Sicetio, o a Sica in Numidia, o perfino a Sicino, un'isola delle Sporadi, correggendo SICETINAE. In proposito cfr. *JAM. proleg.*, pp. II seg. e VII.

25. Cfr. *JAM. proleg.*, p. VII.

26. Cfr. G. WISSOWA, *dis.*, p. 15, che nota gli errori di traduzione da Plotino in *Sat.*, I, 7, 10; VII, 1, 17, 3, 20 e 22.

27. Cfr. P. WESSNER, *RE*, XIV, 171, 23 segg.

28. *Sat.*, *proleg.*, § 12.

29. AVIANO, *proleg.*: *Theodosi optime... quis tecum de oratione, quis de poemate loqueretur, cum in utroque litterarum genere et Atticos Graeca eruditio superet et Latinitate Romanos*; con evidente allusione al *Commento al Sogno di Scipione* per la prosa e ai *Saturnali* per la poesia. Ho trovato conferma a queste mie osservazioni nello studio del CAMERON, *CQ.*, di prossima pubblicazione, di cui l'autore mi ha gentilmente messo a disposizione il dattiloscritto. Per l'identificazione con Aviano cfr. *infra*, p. 31.

che ovviamente non va preso alla lettera, ma che, è sintomatico, risulta molto appropriato ad uno scrittore né greco né romano. Si è pensato all'Africa: anche se gli argomenti addotti sono troppo deboli, l'ipotesi è pur tuttavia allettante e degna di considerazione³⁰.

Le notizie concernenti la famiglia si riducono al nome di un figlio, Eustatio³¹, a cui sono dedicati i *Saturnali* e il *Commento al Sogno di Scipione*: secondo ogni verosimiglianza è da identificare con Plotino Eustatio prefetto di Roma nel 462³². Riesce molto naturale che il padre, da fervente neoplatonico qual era, gli abbia dato il nome del filosofo prediletto. Ma possiamo trovare anche una conferma che dà maggior consistenza all'ipotesi. Infatti in alcuni codici del *Commento al Sogno di Scipione* è trascritta la notazione di Aurelio Memmio Simmaco che a Ravenna fece una revisione del proprio esemplare dell'opera con Macrobio Plotino Eudossio: *Aur(elius) Mem(mius) Symmachus v(ir) c(larissimus) emendabam vel disting(uabam) meum Ravennae cum Macrobio Plotino Eudossio v(iro) c(larissimo)*, cioè « correggevo il testo e curavo l'interpunzione del mio esemplare in collaborazione con Macrobio Plotino Eudossio che mi leggeva il suo »³³. Non può essere che il Simmaco console nel 485³⁴, pronipote dell'interlocutore nei *Saturnali*, a cui un nipote del nostro autore, figlio di Plotino Eustatio, offriva la collazione della propria copia: evidentemente, se non addirittura l'autografo, un esemplare prezioso in quanto conservato dalla famiglia, che forse già fin dai tempi del nonno si era stabilita a Ravenna, la capitale d'occidente. Il computo delle generazioni nella dipendenza delle due famiglie torna esatto, e Memmio Simmaco e Plotino Eudossio dovevano essere all'incirca coetanei e al di sotto della quarantina se per entrambi viene indicata

30. Cfr. TH. VOGEL, « Fleckenian Jahresbericht », CXXVII, 1883, p. 120, che si fondava sull'uso macrobiano di *commenare* (cfr. *Sat.*, VI, 8, 21), un verbo che altrimenti ricorre bene soltanto presso scrittori africani. Prudentemente il *JAM. proleg.*, p. VI « in Africa... natum fuisse Macrobius non negaverim, licet pro certo affirmare nec possum nec velim ». A questa tesi si accosta pure il CAMERON, *JRS*, p. 25: « we should probably therefore accept Jan's suggestion that the *alium* [sic] *caelum* is that of Africa ».

31. Per il nome cfr. *Appendice critica*, ad I, 1, 1.

32. La suggestiva identificazione è in CAMERON, *JRS*, p. 37.

33. Codd. Parisini 6376 (sec. IX), n. a. 16677 (sec. IX), 6371 (sec. XI) nella sottoscrizione al libro I; cfr. P. WESSNER, *RE*, XIV, 170, 63 segg. Il *JAM. proleg.*, p. XLVII, propone, senz'altro fondamento, di leggere *cum Macrobio Plotino Eudossio* « con il testo di Macrobio di Plotino Eudossio », riconoscendovi il console del 442.

34. Il CAMERON, *JRS*, nota 21, giustamente osserva che Simmaco è qualificato solo come *clarissimus* e non *illustris* (come invece il nostro Macrobio nominato subito dopo), perché non era ancora stato console, e pertanto la notazione deve essere anteriore al 485.

la semplice appartenenza all'ordine senatorio con la qualifica di *vir clarissimus*. Ma questo particolare suggerisce un'altra considerazione. La carriera politica si iniziava con le cariche senatorie di questore e pretore a cui seguivano fra i trenta e i quarant'anni gli uffici di governo come *vicarius*, *proconsul* e simili, mentre le cariche più alte si conseguivano dopo i quarant'anni. Situazioni di favore o di sgrazia presso il sovrano potevano certo anticipare o ritardare le promozioni; però tale è la norma che troviamo per lo più applicata: Pretestato fu prefetto di Roma a circa quarantasette anni e designato console a sessantaquattro anni, Simmaco prefetto di Roma verso i quarantacinque e console poco dopo i cinquant'anni, Flaviano *praefectus praetorio* a quarantotto anni. Casi come quelli di Olibrio e Probino che nel 395 furono nominati consoli ancora ragazzi costituivano rare eccezioni. Se assumiamo un'età media di quarantacinque anni per le cariche che comportavano il titolo di *vir illustris*, constatiamo che il figlio di Macrobio prefetto di Roma nel 462 doveva essere nato nel 417 circa. È ovvio che queste non sono indicazioni decisive, ma bisogna riconoscere che tutto sembra concorrere all'identificazione dello scrittore con il prefetto d'Italia del 430.

Il titolo di *vir illustris* suggerisce ancora un'osservazione nell'ambito di questa tesi. Abbiamo visto che nei manoscritti delle due opere principali l'autore è sempre designato con tale qualifica, che in questo periodo aveva un significato ben preciso e non può certo ritenersi un semplice epiteto elogiativo. Poiché essa manca nell'opera grammaticale, riesce assai probabile fissare nel 430, anno in cui l'autore acquisì il diritto a fregiarsi del titolo, il terminus post quem per la pubblicazione dei *Saturnali* e del *Commento al Sogno di Scipione*, e rispettivamente il terminus ante quem per il trattato *De differentiis*. Non è da escludere, si potrebbe obiettare, l'eventualità che la qualifica sia stata aggiunta in un periodo successivo per onorare l'autore che aveva raggiunto l'alta dignità; ma si presenta la necessità di giustificare l'omissione in una delle tre opere³⁵. Invece la circostanza, oltre a trovare conferma in altri casi analoghi³⁶, si inserisce con grande naturalezza nella situazione delineata. Se è vero che il figlio di Macrobio nacque intorno al 417, ne consegue che il padre poté dimostrare premurosa cura per la sua educazione circa dieci anni dopo: è quindi logico che le opere a lui dedicate siano state pubblicate

35. Si potrebbe pensare ad un'omissione, peraltro strana, di chi ne ricavò gli estratti, ma già il JAN, *proleg.*, p. xv, osserva: «licet suspicari Macrobianum hunc librum scripsisse ante quam ad altiores provectus sit dignitatem»; cfr. anche CAMERON, *JRS*, nota 72.

36. Cfr. CAMERON, *JRS*, nota 72, che cita l'opera di Aurelio Vittore.

35

fra il 430 e il 440, quando il giovinetto, fra i quindici e i vent'anni, era in età adatta per studiare retorica e filosofia. Viceversa non poteva rivolgersi a lui nel 420-425, quando era ancora negli anni dell'infanzia, per spiegarli le differenze e le analogie fra il verbo greco e latino; ed infatti quest'opera è dedicata ad un Simmaco, forse il nipote dell'oratore³⁷. Purtroppo la mancanza di informazioni impedisce di giungere a risultati certi; ma è molto significativo che tutte le congetture in questa direzione contribuiscano a formare un complesso organico con caratteristiche di grande plausibilità.

In contrasto con queste considerazioni la cronologia tradizionale accetta come probabile o sottintende senza discutere l'identificazione con il primo o addirittura con entrambi i Macrobi del *Codice Teodosiano*. In effetti, sia che si congetturi una prosecuzione della carriera del *proconsul* del 410 che verso il 420 sarebbe diventato *illustris*, sia che lo si riconosca nel *praepositus* del 422³⁸, la differenza, anche di una decina d'anni, rispetto al *praefectus* del 430 non è poi gran che per una biografia che comporta delimitazioni così vaghe. Ma la divergenza non sta in ciò, sibbene nel considerare tutta la produzione letteraria di Macrobio come anteriore all'inizio della sua carriera politica. Dalla generica asserzione che difficilmente un pagano avrebbe potuto ottenere alti incarichi in un'età posteriore a Pretestato e a Simmaco³⁹ si è passati alla conclusione che per ricoprire quelle cariche Macrobio fin dal 399 doveva essersi sottomesso "almeno esteriormente" al cristianesimo vittorioso, e un'opera così pagana come i *Saturnali* diventava inconcepibile per un funzionario di Onorio⁴⁰. Si profila la figura in un Macrobio accanito fautore del paganesimo, in cui la breve reazione antieristica durante il regno di Eugenio (392-394) riaccese qualche speranza di restaurazione. Insieme con Simmaco e Flaviano, che incontriamo appunto interlocutori nei *Saturnali*, egli si sarebbe schierato a fianco di quell'imperatore, che Ambrogio chiamava "indegno usurpatore": dopo la battaglia del

37. Cfr. *infra*, pp. 27 seg.

38. Cfr. *supra*, pp. 16 seg.

39. Cfr. JAN, *proleg.*, p. vi: «sic (sc. Praetextatus et Symmachus) non multo inferiorem aetate cum putaverim propterea quod a doctrina Christi alienus ad satis altum in re publica evehctus est fastigium, id quod posteriore tempore fieri vix potuit». Ancora il JAN, *proleg.*, p. vi, si rimanda per le altre ipotesi, spesso stravaganti, sulla cronologia di Macrobio.

40. Cfr. H. GROSCH, *op. cit.*, p. 521: «was wir Makrobius' Leben wissen, nötigt uns die Veröffentlichung der Saturnalien vor 399 anzusetzen. Wenn er seit diesem Jahr in hohen Staatsämtern erscheint, so muss er sich dem seit 394 endgültig siegreichen Christentum wenigstens äußerlich unterworfen haben. Für eine so ganz heidnische Schrift ist bei einem Staatsbeamten unter Honorius kein Platz mehr».

Frigido " Flaviano non volle sopravvivere alla sconfitta, Simmaco ormai al culmine degli onori si chiuse sempre più nel suo altezzoso disprezzo, e Macrobio con una decisione dettata da opportunismo politico sarebbe passato più o meno apertamente, forse anche con una formale conversione, dalla parte del vincitore. Teodosio infatti mostrò una certa clemenza verso gli avversari, pur senza scostarsi dalla sua linea politica: a Roma nella seduta del senato successiva alla vittoria, quando avvenne la presentazione ufficiale del principe Onorio, si diede sostanziale soddisfazione ai cristiani, ma si evitò di ferire l'orgoglio pagano. Nella società nuova che si veniva delineando l'essere cristiano era ormai condizione normale per chi non voleva estraniarsi dalla vita pubblica. Di conseguenza i *Saturnali* furono scritti intorno al 395⁴¹.

Accanto a questa ricostruzione ideale, che presenta aspetti di innegabile suggestione, è da menzionare un tentativo di anticipare la composizione dei *Saturnali* addirittura agli anni 384-487, come pressoché contemporanea alla data fittizia del banchetto⁴². La dimostrazione in verità riesce assai poco persuasiva per l'inconsistenza degli argomenti. Macrobio è considerato appartenente all'alta aristocrazia romana perché ha il titolo di *vir clarissimus et illustris*, è stimato amico di Simmaco a cui dedica il trattato grammaticale e un posto d'onore nei *Saturnali*, è identificato con il funzionario del 399 e 410: « dunque aveva una cultura letteraria più vasta di quanto gli studi precedenti permettessero di supporre » perché « come amico di Simmaco ha letto molto pure lui »⁴³ e se ne trova traccia nelle sue opere. Egli sarebbe insomma uno dei maggiori esponenti della rinascita pagana della seconda metà del IV sec., al cui confronto la figura di Elio Donato è del tutto secondaria. Si deve necessariamente dedurre che sarebbe nato nel 350 o anche prima e, se lo si considera anche come fonte di Ambrogio⁴⁴, negli anni fra il 382 e il 387 circa avrebbe scritto entrambe le opere principali e prima della morte di Simmaco anche il trattato *De differentiis*. Di fronte alle incongruenze che ne derivano meglio varrebbe rinunciare ad ogni indagine prosopografica⁴⁵.

41. Cfr. *supra*, p. 10.

42. Cfr. H. GEORGI, *op. cit.*, p. 321: « da sein Werk auch nicht an einem Tag erbaut worden ist, so dürfen wir ihm wohl um 395 an der Arbeit denken, gleichsam Abschied nehmend von der guten alten Zeit ».

43. E. TÖRK, *REL.*, pp. 327-349; cfr. dello stesso la dissertazione del 1961.

44. E. TÖRK, *REL.*, pp. 332-333.

45. Cfr. *infra*, p. 23.

46. Cfr. *infra*, p. 26, e per l'età dei personaggi, pp. 36 segg.

Queste teorie si fondano essenzialmente su due presupposti. L'uno dà per scontato che l'ambiente descritto nei *Saturnali* sia contemporaneo all'autore; ed è questa invero l'impressione che se ne ricava ad una prima lettura, però superficiale⁴⁷. In realtà nessun dato obiettivo obbliga a fare di Macrobio un coetaneo, o press'a poco, dei suoi personaggi; anzi, talune allusioni particolari, e soprattutto il mancato inserimento di quegli uomini nella realtà della loro vita, inducono alla conclusione opposta⁴⁸. L'altro presupposto è costituito dallo spirito pagano che appare in entrambe le opere, giacché il trattato grammaticale non ha ovviamente attinenza con questo problema. Ciò porta la discussione sulla religione di Macrobio.

Il suo paganesimo è evidente e riconosciuto ormai senza contrasti⁴⁹. Altrimenti non avrebbe dedicato all'educazione del figlio opere impegnate di erudizione pagana, non avrebbe presentato con tanti elogi i più strenui difensori del paganesimo del IV secolo, non avrebbe certo sostenuto con tanta dovizia di dottrina la filosofia neoplatonica. Però in tutte le sue pagine non compare il benché minimo attacco al cristianesimo: su questo argomento Macrobio tace fingendo di ignorare. Si è osservato che questa appunto è la sua arma contro il cristianesimo: « esso era vittorioso, e la sua vendetta è il silenzio »⁵⁰. Dunque un silenzio eloquente, denso di significati; per quanto, non si ravvisa in lui l'aristocratico disprezzo che pervade l'epistolario di Simmaco. Pensando agli ultimi anni del IV secolo, si potrebbe ancora dire che Macrobio evitò ogni accenno al cristianesimo perché non voleva comprometersi: una chiara presa di posizione sarebbe stata necessariamente politica, ed erano tempi in cui di politica era prudente non discorrere. Come la maggior parte degli intellettuali in quel periodo egli avrebbe preferito isolarsi nella roccaforte della cultura vagheggiando ideali di antica grandezza. Senonché tutte queste considerazioni servono molto bene a giustificare una situazione di fatto, non a determinarla: se siamo alla fine del IV secolo, così si può spiegare l'atteggiamento di Macrobio, ma ciò non vuol dire che tale atteggiamento suggerisca quella data. La sola realtà incontrovertibile è che nell'opera di Macrobio non si riconoscono i segni di un paganesimo militante quale ci si sarebbe aspettato negli

47. Già il JAN, *proleg.*, p. v, aveva prudentemente osservato: « ad illos viros si spectamus, aetatem tantummodo cognoscimus qua maior Macrobius esse non poterit, non eam qua fuerit ipsam ».

48. Cfr. *infra*, pp. 53 segg.

49. Così dopo il JAN, a cui si rimanda (*proleg.*, p. iv e nota 22) per informazioni sulle discussioni contrastanti in merito alla religione di Macrobio.

50. T. R. GLOVER, *op. cit.*, p. 172.

anni cruciali di san Girolamo e di sant'Ambrogio, in un contemporaneo di Simmaco e di Flaviano che l'uno con la penna l'altro con le armi condussero le ultime disperate lotte contro il cristianesimo. Nel nostro scrittore la fede religiosa è così poco combattiva, direi quasi così tiepida, che trova spiegazione soltanto in un deliberato silenzio nei confronti degli avversari. È un comportamento certo ammissibile, ma bisogna riconoscere che riesce assai meno strano se lo si posticipa di una generazione, quando le polemiche si erano placate e la gente, sbrigottita di fronte alla realtà di Roma vinta e saccheggiata, della Gallia, della Spagna e dell'Africa invase ed occupate, era indotta a guardare al passato senza più alcuna velleità di riscossa. Se teniamo presente che i discendenti di Simmaco, di Flaviano, di Cecina Albino erano ormai cristiani, il silenzio di Macrobio ha una spiegazione molto più semplice e naturale: egli era certo in relazione con le loro famiglie⁵¹; non poteva dunque attaccare la loro fede se non offendendoli. Come amico introdusse i loro padri nei *Saturnali* in quanto rappresentavano gli ultimi grandi uomini del passato⁵², esaltando in loro i massimi esponenti di una cultura ormai spenta, non gli estremi accaniti difensori del paganesimo. Il suo interesse è preminentemente erudito: è l'ambizione di produrre un'enciclopedia che in tre ampie trattazioni abbracciasse tutto lo scibile, grammatica, filosofia, antiquaria, letteratura, retorica, scienza. Dietro lo scrittore è il padre, con l'onesto intento di educare il figlio al culto del passato assegnandogli a guida Platone e Virgilio; e pur lasciandogli piena indipendenza nella scelta di una fede religiosa e di un indirizzo per la vita pubblica, vuole anche mostrargli come il pensiero antico, attraverso l'interpretazione neoplatonica, non fosse in aperto contrasto con il nuovo credo cristiano. Perciò un'attiva propaganda pagana non è riscontrabile in lui, se non a prezzo di interpretazioni forzate e sottili elucubrazioni⁵³: se di propaganda si vuol parlare, essa è indiretta, conseguente all'esaltazione della tradizione classica⁵⁴. Dunque, anche da questo punto di vista, si possono addurre validi argomenti a favore della datazione più recente del nostro autore.

Restano infine da considerare le relazioni con gli scrittori dello stesso periodo. Macrobio non è citato da nessuno fino al principio del secolo VI, quando Boezio (480-524) lo menziona come autore del

51. Cfr. *supra*, p. 19, ed anche CAMERON, *JRS*, pp. 35-36 per i Flaviani.

52. Cfr. *Sat.*, *praef.*, § 4 per il richiamo ai grandi uomini dell'età ciceroniana.

53. Cfr. E. TUCK, *REL*, pp. 335-337 per la raffigurazione di Virgilio pontefice, ed anche *infra*, p. 34.

54. Cfr. CAMERON, *JRS*, pp. 35-36.

*Commento al Sogno di Scipione*⁵⁵. Però quest'opera sarebbe già nota a sant'Ambrogio e a san Girolamo: il primo nell'*Esameron* scritto nel 386, e il secondo in una lettera del 393 e ancora nel *Commento ad Amos* del 406 presentano alcuni passi di cui si vuol riconoscere la fonte in Macrobio⁵⁶. Di conseguenza il *Commento al Sogno di Scipione* viene considerato anteriore al 386 e tutto il problema della cronologia macrobiana è rimesso in discussione. Infatti l'età minima per dedicare al figlio un'opera di filosofia, a parte l'opportunità di rivolgersi ad un bambino, non può essere inferiore a trent'anni. Lo scrittore sarebbe dunque nato verso il 355, avrebbe iniziato tardi la carriera politica, e quasi settantenne sarebbe diventato *praepositus*⁵⁷. Ma, come era facilmente prevedibile, le analogie di questi passi che denuncerebbero origine macrobiana sono già state negate come insufficienti a dimostrare la tesi o inesistenti⁵⁸. Del resto in una *res varius* come è tutta la produzione di Macrobio è alquanto problematico, se non impossibile, rintracciare la fonte diretta per un altro autore; e neppure una corrispondenza letterale, se non è sorretta da argomentazioni specifiche, riesce decisiva per escludere la soluzione più ovvia che vi riconosce una derivazione da fonte comune: la ricerca delle fonti per i *Saturnali* ne è prova eloquente. Analoga cautela suggerisce il tentativo opposto, rivolto a individuare nel *Commento al Sogno di Scipione* una critica a Favonio Eulogio, la cui *Disputatio de Somnio Scipionis* fu pubblicata, a quanto sembra, fra il 390 e il 426⁵⁹. Un tale metodo, di per sé rischioso, sembra tanto meno consigliabile quando comporta, come per il nostro autore, implicazioni cronologiche di rilievo.

Viceversa risulta degno di nota il silenzio generale su Macrobio, e soprattutto di Simmaco e di Servio. Neppure una delle novecento lettere che si conservano di Simmaco è indirizzata a un Macrobio o a un Teodosio, o ne fa comunque menzione⁶⁰; eppure egli avrebbe dovuto apprezzare in qualche modo chi lo aveva raffigurato così degnamente nella sua opera; tanto più se gli era amico e se, come qualcuno ritiene, gli aveva dedicato un trattato di grammatica ed era rinomato come un caposcuola fra gli studiosi virgiliani. E d'altra parte fra i centotrentaquattro corrispondenti di Simmaco, pagani e

55. Cfr. *supra*, p. 15, note 5 e 6.

56. Cfr. P. COURCHÈS, *REL*, 1956, pp. 232 segg.; *REL*, 1958, pp. 224 seg.

57. L'inverosimiglianza di una tale situazione è già stata rilevata da M. FUHRMANN, *op. cit.*, p. 308 e nota 3.

58. Cfr. M. FUHRMANN, *op. cit.*, pp. 301 segg. per Ambrogio, e CAMERON, *JRS*, pp. 27 seg. per Girolamo.

59. Cfr. CAMERON, *JRS*, pp. 32-33.

60. Cfr. MAZZARINO, *op. cit.*, p. 256, e CAMERON, *JRS*, pp. 33-34.

cristiani, non mancano alcuni degli interlocutori dei *Saturnali*. Per spiegare l'assenza di Macrobio non resta che supporre una fortuita combinazione, per cui sarebbero andate perdute le lettere a lui relative⁶¹, o una particolare situazione, per cui lo scrittore non era affatto amico dei suoi personaggi ma tentava di ingraziarsi con la sua opera nell'ambizione di entrare a far parte di quel circolo per ottenerne, come difatti sarebbe avvenuto, appoggi per la carriera politica. Ma ognuno vede l'assoluta gratuità di tali ipotesi. Molto più naturale pensare che Simmaco non conobbe affatto Macrobio per la semplice ragione che quand'egli morì, nel 402 o poco dopo, i *Saturnali* non erano ancora stati scritti, e neppure le altre opere.

Più complesso appare il caso di Servio: è introdotto nei *Saturnali* come interlocutore nonostante la giovane età, e scrisse un commento a Virgilio giunto fino a noi; eppure le due opere si ignorano a vicenda. Anzi, quando Macrobio lo fa parlare di Virgilio, non solo le sue interpretazioni non trovano rispondenza alcuna nel suo commento, ma i suoi interventi sono desunti da Gellio⁶². Da parte sua Servio, che pur riferisce talora nelle sue note anche opinioni di contemporanei, non fa la minima allusione ai *Saturnali*, che pur costituivano il più importante studio su Virgilio apparso in quegli anni. Considerato il carattere delle due opere, sembra peraltro più comprensibile la seconda circostanza, a prescindere dall'età di Servio indicata da Macrobio e dalle relazioni con gli *Scholae Danielis* di cui diremo in seguito⁶³. Quindi la presunzione che Servio abbia scritto dopo Macrobio si è imposta⁶⁴. E poiché la cronologia di Servio dipende essenzialmente dalle notizie contenute in Macrobio, si è datato il suo commento fra il 395 e il 410, cioè dopo i *Saturnali* e prima delle *Interpretazioni virgiliane* di Tiberio Claudio Donato che, pur sembrando presupporre la conoscenza di Servio⁶⁵, sono però di età indeterminata nel secolo v. Tuttavia non è da escludere senz'altro la tesi contraria, che cioè Macrobio abbia semplicemente trascurato le opinioni di Servio, come fece del resto per gli altri personaggi: si possono confrontare situazioni analoghe in Ateneo e nel *Brutus* di Cicerone⁶⁶. Ma è forse più semplice affacciare l'ipotesi che Servio e Macrobio, l'uno nato nel 370-375 e l'altro nel 385-390, si conobbero

61. Il CAMERON, *JRS*, p. 35, ha già fatto notare la scarsa probabilità di una tale evenienza.

62. Cfr. *Sat.*, VI, 7-9, e *infra*, p. 48.

63. Cfr. *infra*, pp. 45 seg. e 49 seg.

64. Cfr. H. GEORGI, *op. cit.*, pp. 318-326.

65. Cfr. H. GEORGI, *praef.* all'edizione di Tiberio Claudio Donato, Leipzig, 1905.

66. Cfr. CAMERON, *JRS*, pp. 31-32.

benissimo ma non poterono citarsi perché scrissero le due opere all'incirca negli stessi anni, intorno al 430, l'uno verso i sessant'anni concludendo la sua attività di grammatico, l'altro quasi quarantacinquenne dedicandosi all'educazione del figlio. La contemporaneità della pubblicazione non è contraddetta da alcun indizio, ma non è neppure utile per precisare la data comune ad entrambi. Pur tuttavia anche questi argomenti *ex silentio*, sia a proposito di Simmaco che di Servio, ben si addicono ad una datazione più tarda di Macrobio.

In conclusione si prospettano due cronologie contrapposte, che potremmo chiamare l'una 'alta' e l'altra 'bassa', così schematizzate:

A.

350-360 nascita

384-395 *Commento al Sogno di Scipione e Saturnali*

395-400 trattato grammaticale

399-400 MACROBIUS VICARIUS HISPANIARVM

410 MACROBIUS PROCONSUL AFRICAE

422 MACROBIUS PRAEPOSITVS SACRI CVBICVLII

B.

385-390 nascita

420-425 trattato grammaticale

430 THEODOSIUS PRAEFECTVS PRAETORIO ITALIAE

430-440 *Commento al Sogno di Scipione e Saturnali*.

Sotto parecchi aspetti sembra più plausibile la seconda.

III

Il trattato grammaticale è dedicato ad un Simmaco, che non è facile individuare fra i molti personaggi di quell'illustre famiglia¹. Per i sostenitori della cronologia 'alta' può essere Fabio Memmio Simmaco, il figlio dell'oratore, che nel 395 cominciò a studiare il greco², e quindi l'opera sarebbe posteriore alle altre due; ma in tal caso riesce ancora più inspiegabile che il padre non faccia menzione di Macrobio nelle varie lettere in cui si parla dell'educazione del

1. Theodosius Symmacho suo salutem dicit; cfr. *supra*, p. 15, nota 3.

2. Cfr. SIMMACO, *Epist.*, 4, 20, 2; l'identificazione è giudicata verosimile dal WESSNER, *RE*, XIV, 170, 51 segg.

figlio³. Se invece si propende per l'altra cronologia, è verosimile riconoscervi Quinto Aurelio Simmaco, omonimo del nonno, console nel 446 e contemporaneamente prefetto di Roma; ma l'identificazione è in ogni caso aleatoria perché nessun appiglio è offerto dall'argomento trattato.

L'opera intende mettere in rilievo le analogie e le divergenze fra il greco e il latino nelle forme e nell'uso del verbo. Dagli estratti pervenuti è possibile ricostruire il disegno generale. Vi si distinguono sette *accidentia* a cui viene data adeguata trattazione: *persona*, *numeri*, *figura* (= formazione dei composti), *coniugatio*, *tempus*, *modus* e *genus* (= diatesi), a cui si collega come conclusione un accenno ai difettivi. Nel *modus* è inserita la trattazione degli impersonali e delle *formas vel species*, che sono distinte in *meditativa* (= desiderativa), *inchoativa*, *frequentativa*, *usurpativa* (= costruzione con il supino o il gerundivo). Naturalmente in questo lavoro Macrobio si accontenta di dare forma ordinata alla materia desunta da altri autori che è oltremodo difficile individuare: si è pensato alle dissertazioni di Apollonio sul verbo e di Didimo sull'analogia⁴.

Il *Commento al Sogno di Scipione* è generalmente ritenuto anteriore ai *Saturnali*; qui infatti si sono notati una decina di passi ove gli stessi argomenti trattati nel *Commento* sono esposti in forma riassuntiva o compendiate in modo da dare l'impressione che l'autore volesse evitare di ripetersi⁵. Talune coincidenze possono considerarsi casuali e in certi luoghi la diversa estensione della trattazione è forse imputabile alla diversità degli intenti; però l'opinione contraria non trova fondamento in rimandi specifici dall'uno all'altro testo⁶. Si vorrebbe solo osservare che nell'istruzione del figlio lo studio della filosofia dovette seguire le altre discipline, e lo stesso ci si aspetterebbe per le relative cure paterne. Ma anche l'identificazione dell'Avieno dei *Saturnali* con il favolista Aviano implica come molto probabile l'antiorità del *Commento*⁷.

L'opera, a cui nella maggior parte dei manoscritti si trova unito il testo ciceroniano che altrimenti sarebbe stato perduto, contiene l'esegesi allo splendido finale del libro VI *De re publica*, ove Scipione

3. Cfr. *supra*, pp. 25 seg.; ancora più inverosimile che il dedicatario sia lo stesso oratore Simmaco.

4. Cioè il trattato *ὑποκρίσεις* di Apollonio e l'opera *περί τῆς ἀναλογίας* di Didimo; cfr. WESSNER, *RE*, XIV, 197, 54 segg.

5. Cfr. G. Wissowa, *dis.*, p. 12.

6. Un'interpretazione in tal senso di *Sat.*, I, 24, 25 *de Cicerone... post videmus* è senz'altro da scartare. Vi accennò il JAN, *proleg.*, p. XIII, senza però trarne conclusioni; cfr. anche commento ad A. I.

7. Cfr. *infra*, p. 31.

57

Emiliano narra di aver avuto in sogno la rivelazione di una sede celeste riservata alla vita postmortale degli uomini che bene meritano della patria. L'interpretazione di Cicerone, condotta secondo la filosofia neoplatonica, offre a Macrobio l'opportunità di sviluppare la sua tendenza enciclopedica in un'ampia trattazione in due libri, il primo dedicato ai capitoli 1-4 e il secondo ai capitoli 5-9 del *Sogno di Scipione*; si superano evidentemente i limiti di un semplice commento. Seguendo una linea di pensiero che vede in Platone e in Cicerone i due cardini della filosofia, egli accosta il *Timeo* al *De re publica* e procede ad amplificazioni di carattere geografico, astro-nomico e astrologico nonché ad elucubrazioni di ispirazione mistica che comportano anche interpretazioni allegoriche della poesia virgiliana, per lo più rivolte al libro VI dell'*Eneide*. Il materiale non è certo originale, ma deriva da fonti neoplatoniche: molto probabilmente dal commento di Porfirio al *Timeo*, forse usato in una traduzione latina, a cui sembra da aggiungere un commento a Virgilio⁸. Macrobio desunse e trascrisse senza mutamenti notevoli, limitandosi ad aggiunte personali per dare l'impostazione formale all'opera.

Gli stessi principi, lo stesso criterio enciclopedico, lo stesso metodo di compilazione vedremo applicati nei *Saturnali*, la sua opera di maggior mole.

IV

I *Saturnaliorum convivia* sono la relazione di conversazioni che si immaginano avvenute a Roma per tre giorni, dal 17 al 19 dicembre, in occasione delle feste annuali di Saturno, quando, secondo un'antichissima tradizione, gli amici si invitavano a banchetti per celebrare la ricorrenza.

Le riunioni, pur senza trascurare ogni parvenza di verosimiglianza, sono in realtà la semplice occasione per esporre una vasta trattazione enciclopedica, ove gli interlocutori si esibiscono in lunghissimi monologhi spaziando per ogni campo dello scibile. Il mattino è riservato agli argomenti più impegnativi; ha quindi luogo il pranzo (*cena*) verso le 14^h, e il resto della giornata, in cui dopo le libagioni nel tardo pomeriggio è servito il dessert (*secundae mensae*), è dedicato a temi meno gravi, sì da costituire un diversivo.

8. Cfr. H. LEMKE, «Philologische Abhandlungen für M. Hertz», Berlin, 1886, pp. 240 segg., e le opere citate di F. BIRSCH e K. MEAS.

1. Cfr. J. MARQUARDT, *La vie privée des Romains*, vol. I (traduzione francese), Paris, 1892, pp. 209 seg.

La cornice drammatica fa dunque dei *Saturnali* l'ultimo anello di quella lunga serie di letteratura conviviale iniziata dal *Convivio* di Platone che trovò molti imitatori attraverso i secoli, come attesta Aulo Gellio nella prefazione alle sue *Notti Attiche*². Molto spesso erano raccolte di nozioni e di curiosità erudite disposte alla rinfusa, per cui si escogitavano i titoli più bizzarri. Il nostro autore ha l'ambizione di fare opera ben più seria e organicamente concepita. Ha presenti i dialoghi di Cicerone e in particolare il *De re publica*, che gli fu certo più d'ogni altro familiare se gli dedicò un commento, segue l'esempio offerto da Ateneo con i suoi *Sapienti a banchetto*, e nell'impostazione stessa tenta un ritorno alle origini: appunto al maestro venerato come sommo filosofo si rifà il neoplatonico Macrobio. Come nel *Convivio* di Platone Apollodoro, richiesto da Glaucone, narra il banchetto di Agatone come gli è stato riferito da Aristodemo³, così qui, con esatta corrispondenza, Postumiano, pregato da Decio, espone nel gennaio dell'anno seguente gli argomenti trattati qualche settimana prima durante i banchetti dei Saturnali, di cui egli non è stato partecipe ma ha avuto accurata relazione da Eusebio il 23 dicembre precedente. Quindi, come avviene per Apollodoro in Platone, l'intera trattazione è immaginata come resoconto di Postumiano; Decio ne è l'ascoltatore instancabile.

Rufio Postumiano, presentato come avvocato famoso oberato dalle cause dei suoi clienti, era nipote di Rufio Volusiano console per la seconda volta nel 314; si trova menzionato nell'epistolario di Simmaco⁴ quale membro dell'ambasceria nominata nel 395 per essere inviata presso la corte imperiale a chiedere aiuti in occasione di una grave carestia.

In Decio si deve riconoscere Cecina Decio Albino, che dopo aver avuto incarichi di governo in Numidia e in Campania fu questore nel 399 e prefetto di Roma nel 401-402; era figlio del Cecina Albino interlocutore nell'opera⁵ e doveva avere circa vent'anni al momento del dialogo.

Entrambi scompaiono subito dopo aver adempiuto la loro funzione nel prologo; ma può darsi che nel finale, ora perduto, fosse fatto ancora qualche accenno a loro.

I personaggi veri e propri sono dodici, presentati a gruppi di tre, che qui di seguito sono elencati secondo l'ordine di entrata.

2. GELLIO, *pref.*, §§ 4-9.

3. PLATONE, *Convivio*, 171a-174a.

4. *Epist.*, 3, 48; 6, 22; altrove.

5. *Sat.*, I, 2, 3.

PRIMO GRUPPO.

Vettio Agorio Pretestato, nato intorno al 320 e morto verso la fine del 384 console designato per l'anno seguente, fu celebre esponente della nobiltà senatoriale romana e accanito fautore del paganesimo, insignito di numerose cariche religiose. La sua carriera politica, iniziata sotto Costanzo II e proseguita brillantemente con l'avvento di Giuliano, raggiunse il culmine nel 367-368, anni in cui fu prefetto di Roma e si comportò con grande fermezza e oculata diligenza in circostanze non facili: intervenne anche con azione imparziale nella contesa fra Damaso e Ursino per l'episcopato di Roma⁶. Restò lontano dall'attività politica nei successivi quindici anni, fino alla morte di Graziano nel 383. Si occupò della restaurazione del culto pagano e coltivò gli studi teologici e filosofici, traducendo anche opere di Aristotele. Egli infatti partecipa ai *Saturnali* come il massimo esperto di teologia e delle norme del culto pagano. Per giudicare dell'uomo vale la pena di ricordare la famosa risposta data a Damaso che cercava di convertirlo: « nominatemi vescovo di Roma e mi farò subito cristiano »⁷.

Celonio Rufio Albino⁸, prefetto di Roma nel 389-391, è presentato come profondo conoscitore dell'antichità e intenditore di metrica virgiliana; fu infatti autore di un trattato di metrica in versi.

Avieno, che insieme con Servio l'autore giudica troppo giovane per partecipare alle discussioni, è stato generalmente riconosciuto in uno dei molti figli del poeta Rufio Festo Avieno; sembra invece molto probabile che si tratti di Aviano, il cui nome è attestato come Avieno nei più antichi manoscritti della sua opera. Egli aveva dedicato le *Favole* a Macrobio, e questi per ricambiare la gentilezza lo introdusse nei *Saturnali* nonostante l'anacronismo, che altrimenti risulterebbe ingiustificato. Di lui, come di Servio, non si trova menzione nell'epistolario di Simmaco, perché in quegli anni appunto erano ancor molto giovani; e d'altra parte alcune coincidenze significative inducono a collocare la pubblicazione delle *Favole* dopo il *Commento al Sogno di Scipione* e prima dei *Saturnali*, cioè intorno al 430 secondo la cronologia 'bassa'. Macrobio lo presenta soprattutto come narratore di aneddoti e di motti di spirito, oltre che interessato alla poesia di Virgilio: un ruolo che ben s'addice ad un fu-

6. *Cfr. supra*, p. 11.

7. GEROLAMO, *Comit. Ioannem*, 8 (33, 361 Migne). Per la vita di Pretestato *cfr.* TH. W. J. NICHOLAS, *Prætestatus (diss.)*, Amsterdam, 1940.

8. Per il nome *cfr. Appendice critica*, ad I, 2, 16.

turo scrittore di favole che mise in versi giambici anche parti di Virgilio e di Livio⁹.

SECONDO GRUPPO.

Quinto Aurelio Simmaco (340-405 circa), proconsole d'Africa nel 373, prefetto di Roma nel 384-385, console nel 391, fu una delle maggiori personalità del tempo, illustre rappresentante dell'aristocrazia senatoriale, rinomato oratore e uomo di cultura, strenuo difensore degli antichi ideali, di cui esaltò la forza morale e civile nelle orazioni e nelle *relationes*; fra queste ultime eccelle l'appassionato intervento per il ripristino dell'altare della Vittoria¹⁰. A lui come oratore è appropriatamente affidata nei *Saturnali* la trattazione, ora perduta, sull'eloquenza di Virgilio. Le sue lettere, raccolte in un epistolario modellato su quelli di Cicerone e di Plinio, sono un documento prezioso per conoscere la vita e la mentalità di quegli anni. Disdegna di combattere il cristianesimo, a cui si sentiva totalmente estraneo ed infinitamente superiore nella certezza del suo razionalismo scientifico e nel culto di quella romanità che sognava di far rivivere nel nuovo mondo barbarico.

Publio Ceionio Cecina Albino, presentato come coetaneo di Simmaco ed erudito nella scienza antiquaria al pari dell'altro Albino, è padre del Decio che compare nell'introduzione; fu al governo della Numidia nel 365. Benché pontefice pagano, ebbe una moglie cristiana e una figlia pure essa cristiana e madre di santa Paola: «chi avrebbe potuto credere che la nipote del pontefice Albino, nata da un voto di sua madre, intonasse con voce ancora incerta il suo infantile "alleluia" alla presenza del nonno che ne gioiva, e il vecchio tenesse in grembo una futura vergine di Cristo?»¹¹.

Servio è il celebre grammatico autore di un commento a Virgilio, di un commento alla grammatica di Elio Donato e di altre opere minori¹². La sua cronologia dipende dalle indicazioni dei *Saturnali*,

9. A questa identificazione, che risale a R. ELIAS, *The Fables of Avianus*, Oxford, 1887, pp. XI-XXXIX, ha recato validissimi argomenti A. CAMERON, *CQ* (per cui cfr. *supra*, p. 18, nota 29, che distingue inoltre fra Rufio Festo Avieno (non Avieno) con il nome attestato da un'iscrizione ora scoperta a Bulla Regia, autore degli *Aesala*, e il favolista Avieno (non Aviano) che è pure il versificatore menzionato da Servio, *ad Aen.*, 10, 272 e 388.

10. Cfr. *supra*, p. 11.

11. GIROLAMO, *Epist.*, 107, 1.

12. L'identificazione con un altro Servio, menzionato da SIMMACO, *Epist.*, 8, 60, è destituita di fondamento; anche il Servio grammatico, come Macrobio, è ignorato da Simmaco.

ove è presentato come un giovinetto timido che arrossisce facilmente, troppo giovane rispetto alla generazione di Pretestato¹³; dunque nato intorno al 370. D'altra parte è pure lodato come il più grande di tutti i grammatici, che supera per cultura gli antichi insegnanti, il più dotto maestro, che commenta ogni giorno Virgilio alla gioventù romana¹⁴; anche se talvolta le espressioni sono attenuate per non discostarsi eccessivamente dalla finzione drammatica¹⁵, viene spontaneo dedurre che, quando Macrobio scriveva, Servio fosse al culmine della sua fama, assai oltre i venticinque anni che gli sono generalmente attribuiti¹⁶, in una situazione tale da indurre l'autore ad inserirlo fra gli interlocutori, cercando giustificazione per l'anacronismo in autorevoli precedenti dei dialoghi di Platone¹⁷. Se così fece, gli era certo amico, e ogni congettura intesa a ravvisare in Macrobio un atteggiamento polemico nei confronti del commento di Servio appare inconcepibile¹⁸.

TERZO GRUPPO.

Virio Nicomaco Flaviano (334 circa-394), figlio di Volusio Venusto, ebbe un figlio che s'imparentò con Simmaco. Fu al governo della Sicilia nel 364-365, vicario d'Africa nel 376, *quaestor sacri palatii* di Teodosio, più volte *praefectus praetorio* d'Italia, d'Ilirico e d'Africa, console designato per il 394. Passò dalla parte di Eugenio, che so-

13. Cfr. *Sat.*, II, 2, 12 e VII, II, 1; ma soprattutto I, 1, 5 *ne mihi fraudi sit ut uni aut alteri ex his quos coetus coegit matura aetas posterior saeculo Praetextati fuit*, riferito ai due più giovani della compagnia, Servio e Avieno, troppo giovani prima della morte di Pretestato nel 384.

14. Cfr. *Sat.*, I, 24, 8 *qui praeceps... praepetores doctrina praestat*; I, 24, 20 *litterarum omnium longe maximus*; VI, 6, 1 *collidis... Romanus indolis enarrando eundem natem*; VI, 741 *doctissimus doctor*; VI, 7, 4 *doctorum maximus*.

15. Cfr. *Sat.*, I, 2, 13 *inter grammaticos doctorem recens professus*; VII, II, 2 *non solum adulescentium qui tibi acquiesci sunt, sed senum quoque omnium doctissime*.

16. Cfr. H. GEORGE, *op. cit.*, p. 521, che ravvisa in I, 2, 15 un'allusione alla data reale, per lui 305, e quindi Servio venticinquenne. Per una cronologia più tarda di Servio cfr. A. CAMERON, *JRS*, pp. 30 e 31-32; in ogni caso, l'affermazione corrente secondo cui Servio sarebbe stato allievo di Elio Donato non trova conferma in alcun dato obiettivo.

17. *Sat.*, I, 1, 5-6; cfr. Commento ad A. I.

18. Cfr. E. TUREK, *REL.*, p. 338, la cui conclusione ricade incomprensibile: «l'attitudine di Macrobio vis-à-vis de Servius semble claire. S'il lui a fait place dans son banquet, c'est uniquement parce que Servius "magister urbis", jadis, lors de la rédaction des *Saturnales*, d'une grande réputation. C'est donc la politesse qui agit ici en premier lieu». Pertanto nel 384-387, che è la data fissata dal Türk (ivi, p. 336) per la composizione dei *Saturnali*, Servio sarebbe stato verso la quarantina; ma in tal caso, poiché Macrobio lo raffigura giovanissimo, la data fittizia dell'opera sarebbe da porre intorno al 360-365: il che contrasta con ogni altra notizia sull'età dei personaggi.

stenne fino alla fine: nella campagna del Frigido¹⁹, tradito dalle sue truppe che presidiavano il passo di Ober-Leibach nelle Alpi Giulie, si diede la morte nell'agosto 394. Fu studioso di diritto augurale e di arte divinatoria, come appunto è presentato in Macrobio; scrisse trattati filosofici e grammaticali, un'opera storica *Annales* che giungeva fino al 366, e tradusse da Filostrato la *Vita di Apollonio di Tiana*.

Eustatio, presentato come dottissimo filosofo greco amico di Flaviano, non è identificabile con nessuno dei personaggi di tal nome. Come è già stato notato²⁰, il neoplatonico Eustatio di Cappadocia, discepolo di Iamblico e di Edesio, risulterebbe troppo anziano rispetto a Flaviano.

Eusebio, elogiato come oratore greco di straordinaria facondia e cultura, già sulla soglia della vecchiaia, è forse l'autore di un trattato *De numeris* menzionato da Rufino e da Grillo. Non sembra possibile, in considerazione dell'età, che sia la stessa persona del *comes sacrarum largitionum* nel 395 e *praefectus praetorio Italiae* nel 395-396²¹.

QUARTO GRUPPO.

Evangelo, che nella compagnia ha la parte dell'antipatico assumendo talora atteggiamenti arroganti e quasi offensivi con la sua petulanza nel fare obiezioni e porre domande imbarazzanti, è stato spesso ritenuto una figura inventata da Macrobio; si è anche pensato che il suo nome greco "che dà la buona novella" voglia irridere alla sua ignoranza e nasconda una velata allusione al Vangelo cristiano, o addirittura che egli fosse cristiano²². Invece un Evangelo, che sfida incauto le intemperie del tempo e le condizioni pericolose delle strade per assistere nel 397 all'insediamento di Onorio nel suo quarto consolato, è menzionato da Simmaco come persona non amica²³. La descrizione collima con la figura delineata da Macrobio, che senza dubbio, come è facile arguire dalla caratterizzazione poco riguardosa, si riferisce a persona già morta. Certo la sua scarsa cultura e il comportamento di Romano spregiatore dei Greci fa di lui un personaggio che serve egregiamente all'autore per interrompere la monotona concordia, l'immane unanimità di consensi degli interlocutori,

19. Cfr. *supra*, p. 10.

20. JAN, *proleg.*, p. XXX.

21. Cfr. BROSCH, *RE*, VI, 1445, 39 n. 38.

22. Cfr. JAN, *proleg.*, p. XXXI.

23. SIMMACO, *Epist.*, 6, 7.

e portare una nota di vivace reazione alla gentilezza ossequiosa, persino stucchevole, di tutti gli altri.

Disario, anch'egli sulla soglia della vecchiaia come Eusebio, era un medico greco che esercitava la professione a Roma, menzionato nell'epistolario di Simmaco²⁴.

Oro, figlio di Valente, era un pugile egiziano, vincitore delle Olimpiadi di Antiochia nel 364, che divenne filosofo cinico nell'età matura; è menzionato nelle lettere di Libanio e di Simmaco²⁵.

La compagnia è dunque costituita da otto Romani, tre Greci e un Egiziano, che formano un convito perfetto in quanto assommano il numero delle Muse a quello delle Grazie²⁶. Ogni gruppo di convitati è, per così dire, capeggiato da un personaggio illustre che si avvicenda nell'offrire ospitalità agli altri in ordine di età; infatti in casa di Pretestato si svolge la riunione della prima giornata, in casa di Flaviano hanno luogo le conversazioni della seconda giornata e presso il meno anziano Simmaco gli amici si ritrovano per la terza giornata. Il quarto gruppo è formato da persone non invitate, con evidente richiamo a Platone, ove Alcibiade irrompe senza essere stato invitato nel banchetto di Agatone²⁷. Esso è costituito da elementi che potremmo definire tecnici: oltre ad Evangelo, di cui già abbiamo notato la specifica funzione, vi troviamo Disario, che ha corrispondenza nel medico Erissimaco del *Convivio* di Platone, e Oro nel ruolo di cinico, come Cinulco in *Ateneo*.

Una gerarchia pressoché costante, in cui l'ordine è determinato dall'anzianità e dall'importanza delle persone, si osserva negli interventi a turno: il primo è sempre Pretestato, a cui seguono Flaviano e Simmaco; vengono poi i due Albini e Eustatio, quindi Avieno, Evangelo, Eusebio, Servio, come in II, 2, 1-15; mentre in VII, 4-16 l'invasione di Evangelo provoca lo spostamento di Eustatio, che a sua volta, mettendosi in coda e cedendo il turno ad Eusebio, fa passare Avieno dopo Servio; sempre ultimi Disario e Oro²⁸. La graduatoria corrisponde alla distribuzione delle parti nell'economia dell'opera.

La morte di Pretestato, avvenuta nel 384 dopo il 9 settembre, probabilmente in novembre o dicembre²⁹, costituisce il terminus ante

24. SIMMACO, *Epist.*, 9, 44; cfr. anche *Appendice critica*, ad I, 7, 1.

25. LIBANIO, *Epist.*, 1279; SIMMACO, *Epist.*, 2, 39.

26. Cfr. *Sat.*, I, 7, 12-13.

27. PLATONE, *Convivio*, 212c-213c.

28. Analoghi ordini si può ricavare da I, 24, 16-20, ove ai primi tre subentra Eustatio, e i due Albini sono seduti accanto a Pretestato.

29. Cfr. CAMERON, *JRS*, nota 38.

quem per la datazione fittizia dei conviti. Macrobio ebbe certo presente che in parecchi casi le opere simili alla sua sono inquadrare in un momento di poco anteriore alla morte di un personaggio principale. Per non parlare del *Fedone* o del *Teeteto* di Platone, Ateneo immaginò i suoi dialoghi poco prima della morte di Ulpiano e Cicerone pose lo svolgimento del *De re publica* poco prima della morte di Scipione Emiliano, così come il *De senectute* rispetto a Catone e il *De oratore* rispetto a Crasso. È quindi naturale fissare la data fittizia del *Saturnali* nel dicembre 383 oppure, se ammettiamo la cronologia "bassa", addirittura nel 384; giacché a oltre quarant'anni di distanza non assume più alcun rilievo la differenza di qualche settimana per la morte di Pretestato³⁰. A quella data Pretestato aveva superato la sessantina, Flaviano era quasi cinquantenne e così probabilmente il suo amico Eustatio, Simmaco aveva oltrepassato di poco i quarant'anni, e sulla cinquantina doveva essere Cecina Albino; Eusebio e Disario "sulla soglia della vecchiaia" erano verso i sessant'anni; Rufio Albino, Evangelo e Oro dovevano essere sulla quarantina, dato che il primo era ancora in vita nel 416, il secondo arzillo e intrepido nel 397 e il terzo era stato olimpionico nel 364; esplicitamente al di sotto dei vent'anni risultano Avieno e Servio.

Se stabiliamo la composizione dell'opera intorno al 430, tutti i personaggi, all'infuori dei due giovani, erano già morti di certo. Non è forse casuale che la stessa situazione si riscontri nel *De re publica* di Cicerone, e la circostanza può fornire un ulteriore indizio per la datazione tarda dei *Saturnali*³¹.

V

La trattazione ha inizio la vigilia della festa, il 16 dicembre. Siamo in casa di Pretestato, ove si trovano in visita Rufio Albino e il giovane Avieno. A questo primo gruppo di tre persone si uniscono verso sera Simmaco, Cecina Albino e il giovanissimo Servio. I sei amici parlano della divisione del giorno legale prendendo lo spunto dall'inizio imminente della ricorrenza religiosa e trattano di alcune peculiari forme grammaticali connesse con l'argomento. Quindi, su proposta di Simmaco, decidono di invitare Flaviano, Postumiano e Eustatio per trascorrere insieme i tre giorni festivi in dotte conversazioni.

30. Cfr. CAMERON, *JRS*, p. 29.

31. Cfr. CAMERON, *JRS*, p. 31.

Il mattino seguente, 17 dicembre, si ritrovano di buon'ora presso Pretestato, dove sono testo raggiunti dagli altri tre invitati; però in luogo di Postumiano, impedito da impegni professionali, il padrone di casa ha fatto intervenire Eusebio. Hanno inizio le conversazioni fra i nove dotti, che esaminano anzitutto l'origine del nome *Prædextatus*. Appena si è concluso l'argomento, sopraggiungono senza essere stati invitati Evangelo, Disario e Oro; e con questi la compagnia è al completo.

Il resto della mattinata del 17 dicembre è dedicato alla trattazione di antichità romane: la festa del Saturnali, il calendario e la religione formano l'oggetto di tre relazioni, tutte svolte da Pretestato. Si fissa quindi il programma per i due giorni seguenti. L'argomento principale delle conversazioni sarà Virgilio, prima considerato come erudito e poi come poeta: una tale impostazione dell'analisi fa ricordare i versi di Dante « quel savio gentil che tutto seppe » e « onorato l'altissimo poeta »³². Si iscrivono a parlare Simmaco, Eusebio, Pretestato, Flaviano, Eustatio e i due Albini; mentre Avieno si riserva di intervenire con osservazioni particolari e a Servio è affidato il compito di interpretare i passi difficili.

Dopo pranzo si parla dell'arguzia di illustri personalità dei tempi antichi: tutti, fra cui si distingue il giovane Avieno, recano il loro contributo narrando motti di spirito. A sera, dopo brevi accenni di Simmaco e di Cecina Albino ai tipi di dessert, Eustatio tratta del vino e dei piaceri secondo Platone e Aristotele; ma la sua esposizione è interrotta da una lacuna, in cui andarono perduti il finale di questa prima giornata e quasi tutte le discussioni virgiliane del mattino seguente.

Il secondo giorno, 18 dicembre, siamo in casa di Flaviano. La mattinata era dedicata a tre temi virgiliani: una relazione di Eustatio sulla filosofia e l'astronomia (e astrologia) nel poeta, una di Flaviano sulla sua profonda conoscenza del diritto augurale, e infine una di Pretestato sul diritto pontificale in Virgilio. È rimasta soltanto l'ultima parte di questo terzo argomento, a cui seguono alcune obiezioni e richieste di chiarimenti da parte di Evangelo.

Ancora una lacuna e ci troviamo al pomeriggio, mentre Cecina Albino sta parlando del lusso e delle raffinatezze gastronomiche degli antichi Romani. Gli tien dietro sullo stesso argomento Rufio Albino, che vi aggiunge la passione per il canto e la danza, la golosità per i pesci ricercati; ed espone infine i vari provvedimenti legislativi per

32. *Inferno*, 7, 3 e 4. 80.

frenare il lusso della mensa. La giornata si conclude con una dissertazione serale di Servio sulle varie qualità della frutta.

La riunione del terzo giorno, 19 dicembre, in casa di Simmaco, risulta la più densa di sviluppi. I tre argomenti virgiliani del mattino riguardano l'arte oratoria del poeta, le sue imitazioni e l'interpretazione della sua poesia. Nella trattazione del primo punto a Simmaco, che parlava dell'eloquenza virgiliana, succedeva Eusebio che si occupava della retorica propriamente detta; ma è rimasta solo l'ultima parte della relazione di Eusebio riguardante le figure retoriche impiegate per suscitare commozione, a cui fa seguito un corollario sullo stile del poeta². Viceversa è pervenuto integro il secondo argomento, svolto da tre relatori: Eustatio espone le imitazioni di Virgilio dai poeti greci, Rufio Albino quelle dai romani in interi versi e Cecina Albino dai romani la singole parole. Conclude la mattinata l'intervento di Servio, che prima si sofferma su figure peculiari di Virgilio e quindi illustra alcuni passi difficili rispondendo alle domande di Avieno.

Una lacuna interrompe queste interpretazioni ormai verso la fine, e il testo riprende subito dopo il pranzo, quando la conversazione induce Eustatio a discutere sulla possibilità di introdurre opportunamente la filosofia nei conviti e ad illustrare ad Avieno la natura e i tipi dei motteggi scherzosi. Il pomeriggio termina con una serie di questioni scientifiche, per lo più di argomento medico, che tutti i partecipanti a turno pongono a Disario. Di questa manca la fine, così come tutta la conversazione della sera e la conclusione generale dell'opera.

In complesso si è conservata quasi completa la prima giornata, che nei codd. P T e nella tradizione β^1 risulta divisa in due libri, il primo comprendente prefazione, introduzione, vigilia e mattino, il secondo pomeriggio e sera; al termine (inizio della lacuna) è indicata la fine della prima giornata in β^1 e β^2 , nulla in α .

Della seconda giornata è rimasto ben poco: un estratto della terza relazione del mattino, a cui seguono senza interruzione l'ultima parte delle conversazioni del pomeriggio e quelle della sera integre. La lacuna che separa i due brani, originariamente neppure avvertita, è segna-

2. Considerando nulli sia l'inizio che la fine del libro IV, si è dubitato se i sei capitoli che lo costituiscono appartengano all'esposizione di Simmaco, come suppone il JAN, *proleg.*, pp. XXX-XXXI, o a quella di Eusebio, come con maggior fondamento ritiene il LANGE, *disq.*, pp. 37 seg., seguito dal WASSERK., *RE*, XIV, 181, 1 seg.; giacché l'inizio del libro V *post haec cum paulisper Eusebius quiescit* non permette alcuna deduzione sicura. Ma in realtà non c'è motivo per supporre una lacuna al termine del libro IV; cfr. *Appendice critica*, ad IV, 6, 24.

lata solo da mani posteriori in P M e β^2 ; al termine è indicata la fine della seconda giornata, senza menzione di libro, in β^1 e β^2 , nulla in N, mentre P nota la fine del libro II e l'inizio del III, probabilmente confondendo con le giornate.

Per la terza giornata possediamo un lungo estratto comprendente gran parte delle conversazioni del mattino: manca, come già abbiamo detto, l'inizio del primo argomento e la fine del terzo. I vari sottotitoli aggiunti nei manoscritti ne hanno provocato la successiva divisione in tre libri. E precisamente: *de stilo Virgilii* in β^1 è stato assunto come inizio di un libro V, mentre la notazione *de rhetoricis observationibus Virgilii finit* in N T e β^2 stabilisce chiaramente il principio del nuovo argomento in V, 2; l'osservazione *finis de his quae Virgilius a Graecis traxit; de his quae a veteribus Latinis Maro transulerit* di tutti i codici (P e T con qualche variante) ha determinato la distinzione fra libro V e VI. Un altro estratto considerevole della terza giornata, riguardante le conversazioni del pomeriggio, è tramandato senza alcuna indicazione; tranne in P, ove si nota *incipit lib. IV de diversis questionibus*. Ciò implica una divisione generale in quattro libri, così concepita: I mattino della prima giornata, II il resto della prima giornata e quanto rimane della seconda, III mattino della terza giornata, IV il resto della terza giornata. Se ne è voluto trarre un indizio per dedurre che forse Macrobio aveva suddiviso la terza giornata, troppo lunga, in due parti, presentando l'opera in tre giornate e quattro libri³.

L'attuale divisione in sette libri non è certo originaria. Essa è dovuta alle lacune e ai sottotitoli dei più antichi manoscritti, e si trova chiaramente delineata solo molto tardi, nel cod. Parisinus Regius 8677 del secolo XV⁴. Con ogni probabilità Macrobio concepì il seguente ordinamento dei *Saturnali*.

	attuale ripartizione
PREFAZIONE	§§ 1-16
PROLOGO	I, 1-2
VIGILIA	
la divisione del giorno legale (Cecina Albino)	I, 3
forme grammaticali (Servio e Pretestato)	I, 4-5

3. Cfr. A. LA PRINNA, *Studi*, p. 242.

4. Cfr. JAN, *proleg.*, pp. XXXI-XXXII.

PRIMA GIORNATA

a) mattino

preliminari: il nome Praetextatus

(Pretestato)

I, 6

introduzione dei non invitati

I, 7

istituzioni romane:

1. la festa dei Saturnali

(Pretestato)

I, 7, 18-19

obiezioni e risposte

(Evangelo e Pretestato)

I, 11

2. il calendario

(Pretestato)

I, 12-16, 37

osservazioni conclusive

(Eustatio)

I, 16, 38-44

3. la religione

(Pretestato)

I, 17-23

programma per i giorni seguenti

I, 24

b) pomeriggio

arguzia di uomini illustri

(tutti)

II, 1-7

c) sera

il vino e i piaceri

(Eustatio)

II, 8-lacuna

SECONDA GIORNATA

a) mattino: Virgilio "savio gentil"

1. la filosofia e la scienza degli astri

(Eustatio)

lacuna

2. il diritto augurale

(Flaviano)

lacuna

3. il diritto pontificale

(Pretestato)

lacuna-III, 1-9

obiezioni e risposte

(Evangelo e Pretestato)

III, 10-12-lacuna

b) pomeriggio

lusso e raffinatezza dei tempi antichi

(Cecina e Rufio Albino)

lacuna-III, 13-17

c) sera

le varie qualità di frutta

(Servio)

III, 18-20

TERZA GIORNATA

a) mattino: Virgilio "altissimo poeta"

1. l'arte oratoria: eloquenza

(Simmaco)

lacuna

retorica

(Eusebio)

lacuna-IV

osservazioni sullo stile

(Eusebio)

V, 1

2. le imitazioni: dai Greci

(Eustatio)

V, 2-17

casi particolari

(Eustatio)

V, 18-22

dai Romani: nei versi

(Rufio Albino)

VI, 1-3

nelle parole

(Cecina Albino)

VI, 4-5

3. l'interpretazione: figure stilistiche e retoriche

(Servio)

VI, 6

passi difficili

(Servio)

VI, 7-9-lacuna

b) pomeriggio

la conversazione nei conviti

(Eustatio)

VII, 1-3

questioni conviviali

(tutti)

VII, 4-16-lacuna

c) sera

lacuna

VI

Macrobio non fu scrittore originale, ma un compilatore che onestamente dichiarò il suo metodo di lavoro. La sua opera si presenta come una raccolta enciclopedica di nozioni utili, una specie di *institutio* del giovane romano ideale¹, ordinata secondo un criterio pratico e inserita in un inquadramento organico. In questo appunto consiste la novità rispetto ad analoghe trattazioni precedenti: « non ho certo raccolto senz'ordine, come in un mucchio, le cose degne di ricordo, ma le disparità dei vari argomenti, di autori diversi e risalenti ad epoche diverse, ho disposte in un complesso organico, di

1. Cfr. T. R. GLOVER, *op. cit.*, p. 176.

modo che le mie annotazioni confuse e promiscue, raccolte al solo fine di aiutare la memoria, risultassero ordinate e ben connesse come le membra di un corpo»². Le parole sono quasi le stesse con cui Aulo Gellio³ aveva espresso il contrario, come se il nostro autore volesse mettere in rilievo, per contrasto, il proprio merito. Macrobio ebbe dunque una chiara nozione di 'compilare', e lo fece in piena coscienza con grande libertà, seguendo un sistema quanto mai semplice e naturale: l'autore da cui sono desunte le notizie, «talora esposte chiaramente con parole mie, talora citate fedelmente dagli antichi, a seconda che il passo si prestasse ad essere spiegato o trascritto»⁴, non viene di norma menzionato; compare invece l'indicazione delle fonti originarie che già quello citava⁵. Ciò risponde perfettamente al concetto informatore dell'opera: «quando ti serva ricordare qualche particolare storico perso nei libri pubblici e quindi ignoto ai più, qualche fatto o detto memorabile, ti sia facile ritrovarlo e consultarlo»⁶. Tale metodo non esclude peraltro che entro la fonte principale, non menzionata, compaiano citazioni da altri autori, regolarmente nominati⁷.

È vero che Macrobio presenta la sua opera come il frutto di anni di letture fatte e prima e dopo la nascita del figlio⁸, ma non per questo si può arguire che quelle si riferissero agli autori citati e non piuttosto ad elaborazioni posteriori. Purtroppo la perdita pressoché totale dei libri che contenevano gli argomenti svolti nel *Saturnali* impedisce di giungere a conclusioni sicure. In generale si presentano due tipi di situazione, determinati dalla mancanza o dal riconoscimento di una corrispondenza con i testi conservati. Nel primo caso si cerca di individuare la fonte in un'opera perduta che trattasse argomento analogo o si suppone l'esistenza di una monografia specifica, procedendo ad illazioni suggerite dagli autori menzionati da Macrobio. Quando invece si scopre qualche relazione, in mancanza di indizi cronologici, si discute sulla precedenza giungendo a congetture spesso reversibili, data la natura degli argomenti, oppure si propende per la derivazione da un'ipotetica fonte comune; ma neppure se il testo in relazione è sicuramente anteriore, vi si riconosce senz'altro la fonte di Macrobio: la comoda panacea della fonte comune risolve

2. *Sat.*, *praef.*, § 3.

3. *Nocti Attiche*, *praef.*, § 3.

4. *Sat.*, *praef.*, § 4.

5. Cfr. G. Wissowa, *dis.*, pp. 6-8.

6. *Sat.*, *praef.*, § 2.

7. Come sembra assai probabile, ad esempio in I, 12-16; I, 18, 19-21; III, 9, 6; III, 13-17; cfr. anche Wissowa, *RE*, XIV, 192, 40 segg.

8. *Sat.*, *praef.*, § 2.

64

spesso molte difficoltà, non solo quando si tratta di analogie di argomento, ma anche nel caso di corrispondenza quasi letterale, poiché entrambi gli scrittori possono aver riprodotto fedelmente gli autori citati. Perciò dalla raffigurazione di un Macrobio plagiatario di seconda o terza mano che copiò le trattazioni dei *Saturnali* facendone un centone non sempre ben connesso, si passa, attraverso tutte le sfumature, al concetto di un dotto di rara erudizione per il suo secolo, che raccolse direttamente il materiale dagli autori citati e ne diede diligente, coscienziosa, precisa relazione fornendo un lavoro di prim'ordine, prezioso sotto ogni aspetto⁹. Ma forse è lecito fare ipotesi meno drastiche. In sostanza nelle parti conservate dei *Saturnali* sono trattati una quindicina di argomenti: apprestandosi a compilare un'enciclopedia ordinata per materie è presumibile che l'autore abbia scelto per ogni sezione le opere fondamentali da utilizzare; ciò peraltro non significa che si sia limitato ad esse. Egli vi introdusse certo aggiunte di diversa origine, talora citazioni dirette dagli autori che la fonte stessa gli indicava esplicitamente o l'argomento gli suggeriva, e forse più spesso di quanto appaia anche osservazioni personali: innegabilmente egli dimostra di possedere una buona conoscenza di parecchi autori greci e latini acquisita dalle sue letture. Quale proporzione si debba assegnare a tali contributi, quali aspetti abbia assunto la sua iniziativa personale, in altre parole, come si sia svolto il suo lavoro resta impossibile stabilire. Nell'indagine bisognerebbe comunque distinguere fra 'origine' e 'fonte': si può ragionevolmente individuare l'origine di una determinata dissertazione, ma non riconoscerne con altrettanta probabilità la fonte. In ogni caso è da escludere la derivazione diretta da tutti gli autori citati: la struttura stessa dell'opera, l'impostazione conferita alle varie sezioni, la dipendenza da altri perfino nelle parti introduttive e di inquadramento, le incongruenze nell'ordine e nella forma delle citazioni, talora la disparità nell'interpretazione di passi uguali e le ripetizioni non omogenee di temi già svolti, insomma ogni apparenza induce a pensare che i *Saturnali* siano costituiti in gran parte di materiale di seconda mano. Nella realtà si può soltanto affermare con certezza che furono largamente utilizzate le *Nocti Attiche* di Gellio e le *Questioni conviviali* di Plutarco, raramente le *Epistole* di Seneca, poiché queste opere sono conservate; per gli altri autori non resta che formulare congetture, che spesso implicano problemi disperati.

Nella prefazione è usato Gellio per i §§ 2-3. Seneca per i §§ 5-10 e ancora Gellio nella parte finale per i §§ 13-16. Il prologo, pur

9. Questa è all'incirca la tesi del Tox, *REL* e *Lat*.

presentando in I, 1 qualche analogia con Ateneo riguardo all'età dei personaggi introdotti nei dialoghi di Platone¹⁰, risale naturalmente a Macrobio.

Degli argomenti trattati alla vigilia la divisione del giorno legale trova riscontro in Gellio per la prima parte in I, 3, 2-10, mentre per la seconda parte dipende, forse indirettamente, dalla perduta opera *De anno Romanorum* di Svetonio¹¹. Nella discussione sulle forme grammaticali parecchie sezioni, come I, 4, 17-27 e pressoché l'intero capitolo 5, sono in relazione con passi di Gellio liberamente inseriti e adattati, e la parte iniziale in I, 4, 5-16 sembra risalire a qualche trattazione grammaticale perduta¹²; ma non sono in generale da escludere contributi diretti di Macrobio, a cui l'argomento era certo familiare¹³.

Nei preliminari della prima giornata la spiegazione del nome *Prætextatus* in I, 6 risale probabilmente ai *Rerum reconditarum libri* di Sammonico Sereno¹⁴ con l'inserimento di un brano da Gellio ai §§ 19-25. Pure l'introduzione dei non invitati in I, 7, che ovviamente è descritta da Macrobio, non va esente da una coincidenza con Gellio al § 12.

I tre argomenti svolti al mattino della prima giornata hanno dato luogo a una ridda di ipotesi nel tentativo di identificarne la probabile origine. La storia della festa dei Saturnali da I, 7, 18 fino a I, 10 sembra risalire alla stessa fonte usata per il calendario in I, 12-16, con l'inserimento dei capitoli 8-9 desunti dalla stessa fonte di I, 17-23 per la religione¹⁵. Inoltre nelle obiezioni discusse al capitolo 11 si notano analogie con Seneca ai §§ 7-15 e con Gellio ai §§ 41-44. La trattazione del calendario in I, 12-16 ebbe probabilmente come origine, e forse anche come fonte principale, ancora Svetonio *De anno Romanorum*, però sfruttato con indipendenza e arricchito di aggiunte sia personali sia desunte da altri autori; fra questi si ritiene di poter riconoscere Cornelio Labeone con l'opera sui *Fasti*¹⁶. L'esposizione della religione romana in I, 17-23 è ispirata

10. Cfr. G. KAHN, *praef.* all'edizione di Ateneo, Leipzig, 1887, p. XXXIII.

11. Così WISSOWA, *dis.*, p. 31, che attribuiva l'accordo fra Macrobio, Cosmacino e Isidoro a derivazione comune da Svetonio; ma cfr. i dubbi avanzati dal WESSNER, *RE*, XIV, 193, 19 segg., che ne vede l'origine in Varrone.

12. A. REIFFERSCHNEID, citato e seguito dal WISSOWA, *dis.*, p. 30, ne indicò l'origine ancora in Svetonio, però senza altro fondamento che l'analogia con l'argomento di I, 10.

13. Cfr. WESSNER, *RE*, XIV, 193, 40 segg., che nota i termini *positivus* e *adfectivus* il cui uso non risulta anteriore al sec. IV.

14. Secondo il WISSOWA, citato dal WESSNER, *RE*, XIV, 185, 38 segg.

15. Cfr. WISSOWA, *dis.*, pp. 42 segg., e WESSNER, *RE*, XIV, 194, 34 segg.

16. Cfr. WESSNER, *RE*, XIV, 190, 59 segg.

al sincretismo neoplatonico, non scevro però da influssi stoici: sembra verosimile rintracciarne l'origine in un'opera di Porfirio¹⁷ che, se non direttamente, sarebbe stata sfruttata tramite un'interpretazione latina di cui non è rimasta notizia¹⁸. Si è pensato anche a derivazione diretta da Cornelio Labeone; ma poiché viene citato in I, 18, 21 in un contesto chiaramente inserito come aggiunta, egli sarà piuttosto da considerare come fonte secondaria¹⁹. Dato che vi compaiono numerosi elementi romani, riesce impossibile esprimere un giudizio, che, per aver adeguato fondamento, dovrebbe distinguere quanto risale alla fonte principale greca, sia pur nella supposta traduzione latina, o è dovuto a fonti secondarie romane, fra cui precipuo Cornelio Labeone, o è da ascrivere a contributi personali dello stesso Macrobio.

Per le conversazioni del pomeriggio manca ogni indizio, poiché la maggior parte del materiale è a noi noto solo attraverso i *Saturnali*. I moti di spirito riportati si ricollegano alla propaganda filoaugustea e denunciano parecchi aspetti anticesariani²⁰; è facile supporre per II, 3-5 una raccolta di arguzie ordinata per personaggi e forse un'altra con diversa disposizione per II, 2 e 6-7, ove però non mancano coincidenze con Gellio in 2 ai §§ 1-3, 15 e 17, e in 7 ai §§ 2-5 e 10-11. Anche la mutila dissertazione serale sul vino e i piaceri in II, 8 trova riscontro in Gellio ai §§ 2-3 e 6-16.

L'estratto rimasto delle conversazioni virgiliane della seconda giornata è chiaramente suddiviso in due parti. La trattazione del diritto pontificale in III, 1-9 presenta corrispondenze molto significative con il commento virgiliano noto come Servio Danielino, che è costituito dall'opera originaria di Servio accresciuta di una massa considerevole di *scholia* pubblicati dall'umanista Pierre Daniel nel 1600: se questi derivano, come sembra probabile, dal perduto commento virgiliano di Elio Donato, viene naturale identificare in quest'ultimo la fonte, sia pur non esclusiva, di Macrobio²¹; e le concomi-

17. Il trattato *ἐπὶ θεῶν ἀρετῶν* secondo K. REINHARDT, *De Graecorum theologia*, Berlin, 1910, oppure *Ἡθικὴ* secondo F. BÖTZLER, *Porphyrius' Schrift von den Götterbildern* (*dis.*), Erlangen, 1903, pp. 49 segg., o *ἐπὶ ἀγαθῶν* secondo J. Bidez, *Vie de Porphyre*, Gand, 1913, p. 150.

18. Il WISSOWA, *dis.*, pp. 35-44, pensava invece al *ἐπὶ θεῶν* di Iamblico in una compilazione latina, in quanto escludeva Porfirio come fonte diretta perché menzionato in I, 17, 70. Senonché, ammesso l'intermediario latino, non v'è più ragione per negare l'origine prima in Porfirio; cfr. WESSNER, *RE*, XIV, 195, 11 segg.

19. Cfr. WESSNER, *RE*, XIV, 195, 35 segg., e *supra*, p. 42 e nota 7.

20. Cfr. A. S. BUNJAMIN, *dis. cit.*

21. Il commento di Elio Donato era già usato intorno al 363; cfr. N. MARINONI, *op. cit.*, pp. 11-12, a cui pure si rimanda per ogni relazione fra i tre autori. L'eventuale contemporaneità delle opere di Macrobio e di Servio (cfr. *supra*, pp. 26 segg.) non infirma la tesi ivi sostenuta della derivazione

tanti relazioni con il Servio genuino si spiegano per derivazione comune da Elio Donato. In qual misura vi siano confluiti pure elementi da altre fonti, secondarie o piuttosto comuni a Macrobio e a Donato, è impossibile dire. Può darsi che qui come altrove Macrobio abbia avuto dinanzi Cornelio Labone e forse una trattazione specifica sui verba pontificalia; ma non per questo è lecito negare ogni relazione con Elio Donato, che poteva già aver usato le stesse opere per il suo commento²², e tanto meno è plausibile supporre una specifica competenza o un particolare interesse di Macrobio che avrebbe condotto una ricerca originale sull'argomento, quando sappiamo che trattati virgiliani d'ogni genere pullulavano da secoli nelle scuole romane. Eppure, per quanto il testo Danielino sia in genere più ampio della trattazione di Macrobio, che ovviamente estraeva solo le parti utili al suo lavoro, si sono cercati argomenti a sostegno di una dipendenza degli scholia Danielina dai Saturnali, ritornando alla vecchia teoria che considerava la compilazione come una massa eterogenea di note supplementari a Servio raccolte da diversi autori²³; però la validità di una tale concezione appare assai dubbia. La seconda parte della dissertazione in III, 10-12 per l'ampiezza dello svolgimento sembra piuttosto da ricollegare ad una monografia virgiliana che esorbitava dal carattere di un commento ad versus. Secondo ogni verosimiglianza è stato qui adottato lo stesso procedimento che si nota in V, 18-22 e VI, 7-9: alla dissertazione vera e propria è fatta seguire una più ampia esposizione di singoli problemi.

La parte di pomeriggio conservata in III, 13-17, concernente il lasso degli antichi, risale con ogni probabilità ai *Rerum reconditarum libri* di Sammonico Sereno, utilizzati direttamente o, dato che egli è menzionato nei capitoli 16 e 17, anche tramite qualche compilazione posteriore; forse non è da escludere pure una trattazione virgiliana²⁴, mentre le relazioni con Gellio in 17 sono dovute semplicemente a identità di argomento. La dissertazione serale sulla frutta in III, 18-20 sembra da attribuire a Verrio Flacco, che forse Macrobio poté conoscere attraverso un compilatore posteriore²⁵.

da Elio Donato, che risale come prima ipotesi a E. K. RAND, *Is Donatus' Commentary on Vergil lost?*, «Classical Quarterly», X, 1916, pp. 158-164, seguito dalla scuola americana della Harvard University.

22. Cfr. WESSNER, *RE*, XIV, 187, 36 segg., ove si ribattono le tesi del Linke, del Wissowa e del Kretzer.

23. E. THOMAS, *Essai sur Servius et son commentaire sur Virgile*, Paris, 1879; G. THILO, *proleg.* all'edizione di Servio, Leipzig, 1880; e ancora E. TÖRN, *REL*, pp. 327 segg.

24. Cfr. WESSNER, *RE*, XIV, 185, 30 segg.

25. Cfr. WESSNER, *RE*, XIV, 185, 64 segg., che pensa a Sammonico come intermediario.

Le due prime trattazioni virgiliane della terza giornata non offrono elementi per fondare congetture. Non rimane che supporre l'esistenza di opere speciali relative ai singoli argomenti: la forma dell'esposizione, tutt'altro che adeguata a conversazioni soprattutto nella seconda trattazione²⁶, esclude in ogni caso un'elaborazione diretta del materiale da parte di Macrobio, che oltre a tutto anche in questo caso poteva disporre in abbondanza di lavori già fatti. La monografia sulla retorica posta alla base del libro IV è con ogni probabilità la stessa usata per lo stile in V, 1. La fonte per le imitazioni dai Greci in V, 2-17 sembra rivelare origini contrastanti, giacché in alcuni punti si notano tracce di una tradizione antivirgiliana²⁷: il lavoro di conciliazione delle due tesi era già realizzato o fu eseguito da Macrobio? Vi si riscontrano inoltre coincidenze quasi letterali con Gellio, che però sono da attribuire a comunanza di fonte²⁸. La sezione V, 18-22, ove si dà particolare rilievo ad alcune derivazioni virgiliane dalla letteratura greca, ha origine diversa: sembra probabile pensare ancora una volta a Sammonico Sereno²⁹; mentre l' analogia con Ateneo al capitolo 21 involge il problema dei rapporti fra i due autori³⁰. Per le imitazioni dai Romani in VI, 1-5 è stata utilizzata una monografia diversa dalla precedente per i Greci, ma pure questa parte denuncia una tradizione antivirgiliana risalente alla critica anteriore ad Asconio Pediano, che è ancora riconoscibile nei capitoli 1-2, contrapposta ad una tradizione favorevole probabilmente della fine del sec. 1, che è sensibile nei capitoli 4-5: il tentativo di sanare i contrasti si intravede nel capitolo 3, in cui è delineata una linea di sviluppo Omero - poeti latini arcaici - Virgilio³¹; ed è difficile stabilire se le due tendenze furono amalgamate da Macrobio oppure si trovavano già riunite nella fonte. In tutta l'esposizione delle imitazioni, sia nel libro V che VI, le relazioni con il Servio Danielino sono abbastanza frequenti, però non significative. La terza dissertazione presenta una prima parte in VI, 6 concernente le innovazioni di Virgilio nel linguaggio figurato che a prima vista si direbbe desunta dalla stessa fonte usata per la retorica nel libro IV³²; ma riesce

26. Cfr. *infra*, p. 53, nota 4.

27. Cfr. *Sat.*, V, 13, 10-33, 16, 8-14, 17, 1-14, citati da H. D. JOCELYN, *op. cit.*, p. 288 e nota 1.

28. Cfr. H. D. JOCELYN, *op. cit.*, p. 288, nota 2, in contrasto con LINKE, *disc.*, pp. 42-43 e WESSNER, *RE*, XIV, 189, 1 segg.

29. Cfr. WESSNER, *RE*, XIV, 190, 35 segg.

30. Cfr. WISSOWA, *Alt.*, pp. 327 segg., e *infra*, pp. 50 segg.

31. Cfr. JOCELYN, *op. cit.*, pp. 287-289.

32. Così H. LINKE, *disc.*, p. 41, nota 2, riferendosi in particolare a VI, 6, 12-16.

alquanto dubbio che Macrobio abbia utilizzato due volte la stessa opera per argomenti analoghi. Invece risulta chiarissima la situazione della sezione seguente in VI, 7-9, che è quasi interamente tolta da vari passi di Gellio.

Della terza giornata è conservata ancora la parte pomeridiana. Quasi tutti i problemi discussi trovano corrispondenza nelle *Quaestiones conviviales* di Plutarco per VII, 1-7 e 15-16, e in parte anche 12-13, e rivelano significative relazioni con i *Problemi* di Alessandro di Afrodisia per VII, 8-11 e in parte 14, come pure 4 e 7; inoltre nei capitoli 12 e 15 si notano coincidenze con Gellio.

Soltanto il confronto con i testi conservati permette una verifica del lavoro di Macrobio. Talora si tratta di fedele trascrizione, con corrispondenza quasi letterale per gli autori latini; ma più spesso l'originale risulta variamente manipolato con inversioni e trasposizioni degli argomenti, in cui si notano tagli, accorciamenti e riassunti, talvolta anche ampliamenti e precisazioni. Tale appunto è il caso di Aulo Gellio.

Valga come esempio tipico l'analisi di VI, 8 e 9, ove sono commentati cinque passi virgiliani desumendo da Gellio. Nel primo, in 8, 1-6, dopo aver presentato al § 1 la citazione dell'*Eneide* in modo indipendente, adattandola alla propria forma dialogica, Macrobio trascrive Gellio 5, 8, 3-11, cioè fino al termine del capitolo, con lievi modifiche. Nel secondo, in 8, 7-13, dopo analoga introduzione del passo, riprende il § 8 da Gellio 10, 11, 2-3, salta con il § 9 al § 5 di Gellio che trascrive fedelmente, aggiunge il § 10 che non trova riscontro in Gellio, continua ai §§ 11-13 desumendo dai §§ 6-8 di Gellio e conclude insieme con quello la trattazione. Nel terzo, in 8, 14-23, dopo la solita presentazione dialogata, riprende i §§ 15-18 da Gellio 16, 5, 1-6 con qualche omissione e modifica, quindi inserisce l'osservazione finale del § 18 da Gellio 5, 12, 10 (che, esponendo gli stessi argomenti, contiene anche un riferimento a 16, 5 qui trascritto), e continua desumendo di nuovo da Gellio 16, 5, 8-10 i §§ 19-20: a questo punto abbandona il modello per riferire una diversa interpretazione ai §§ 21-22 e passa alla conclusione con il § 23, mentre Gellio ai §§ 11-12 finisce il capitolo citando e commentando il passo virgiliano che Macrobio ha premesso al § 14. Nel quarto, in 9, 1-7, presentando la questione, prima accorcia Gellio 16, 6, 5-6 (che, si noti, è il capitolo successivo a quello utilizzato in precedenza), quindi, con modifiche alla forma del § 8, ne trascrive i §§ 9-12 ai propri §§ 2-3; prosegue trasponendo al § 4 il § 7 di Gellio che aveva ommesso, e poi riprende a trascrivere Gellio §§ 12-15 nei §§ 5-7, limitandosi ad omettere l'asserzione finale di quello. Nel quinto, in 9, 8-12, desume da Gellio 18, 5, che

però prende lo spunto da un passo di Ennio; perciò Macrobio antepone la citazione virgiliana riassumendo i §§ 7-8 di Gellio, fa seguire al § 10 il passo enniano del § 4 di Gellio, poi riproduce ai §§ 10-11 il testo dei §§ 9-10 di Gellio, e infine conclude riprendendo i versi di Virgilio. In alcuni punti, ove Macrobio risulta precisare o correggere le asserzioni di Gellio, si dovrà pensare a disparità di fonte oppure alla stessa fonte riprodotta in modo diverso, come ad esempio in I, 10, 12-17 rispetto a Gellio 7, 7, 5-8, in I, 16, 22-26 rispetto a Gellio 5, 17, in II, 2, 11 rispetto a Gellio 1, 8, 5-6, in III, 17 rispetto a Gellio 2, 24, in VII, 12, 25-27 rispetto a Gellio 19, 5 e in VII, 13, 8 rispetto a Gellio 10, 10. Talvolta si ha pure l'impressione che l'atteggiamento polemico già riscontrato nella prefazione dei *Saturnali* si estenda a nozioni singole, in cui Macrobio vorrebbe smentire Gellio senza parere³³. Ma è alquanto rischioso trarre conclusioni, giacché le prove sono troppo esigue: si vedano le divergenze in II, 8, 3 rispetto a Gellio 13, 11, 6 per *bellaria*, in II, 8, 14 rispetto a Gellio 19, 2, 5 per il testo di Aristotele, in III, 3, 5 e 8 rispetto a Gellio 4, 9, 3 e 8 per la definizione di *religiosus*. Ancora più discutibile appare la deduzione che Macrobio citasse direttamente Varrone in I, 3, giacché al § 6 il testo dei *Saturnali* è lacunoso e al § 7 corrisponde una lezione certamente corrotta in Gellio 3, 2, 10. Ed anche per VI, 8-9, già analizzati, sembra del tutto ingiustificata l'attribuzione a Macrobio di una particolare competenza in diritto pontificale semplicemente perché in 9, 6 scrive *in commentariis ad ius pontificum pertinentibus* anziché *in commentariis quibusdam ad ius pontificum pertinentibus* come Gellio 16, 6, 13, e in 9, 7 dice di Igino *ius pontificum non ignoravit, in quinto librorum* anziché *ius pontificum non videtur ignorasse, in quarto librorum* come Gellio 16, 6, 14.

Considerazioni analoghe suggerisce il trattamento riservato ai passi desunti dalle *Epistole* di Seneca: si confronti in particolare I, 11, 7-15 con l'epistola 47. Più delicato invece è il caso del Servio Danielino, perché si pensa a coincidenza dovuta a fonte comune, e gli studi virgiliani erano così vastamente rappresentati, e sono così farraginosamente conservati, da costituire una selva inestricabile. In effetti ogni congettura è reversibile se fondata su singoli esempi; resta pur tuttavia sintomatico che solo in III, 1-9 si riscontra una relazione stretta e continua fra i due testi, con corrispondenza quasi letterale. Se ne ammettiamo l'origine in Elio Donato, i casi in cui i *Saturnali* offrono un'informazione più precisa o più ricca che gli *scholia* si possono spiegare con le inevitabili trasformazioni subite dal testo quando

33. Cfr. E. TÖRK, *Lat.*, pp. 381 segg., che analizza i passi qui citati.

nell'alto Medioevo fu inserita nel Servio genuino la parte delle note di Donato che in quello non compariva usufuita: passi come III, 8, 2-3 di fronte a Servio, ad *Aen.*, 2, 632, unito senza soluzione di continuità agli *scholia Danielis*, sono eloquenti in questo senso. Invece anche il confronto formale tra i due testi non riesce utile per dimostrare la dipendenza reciproca³⁴, giacché il procedimento è sempre reversibile.

Alquanto diversa si presenta la situazione per le fonti greche controllabili, fra cui spicca precipuo e forse unico Plutarco. A prescindere dalle sviste di interpretazione già notate³⁵, gli argomenti desunti dalle *Questiones conviviales*, oltre a subire spostamenti ed inversioni analoghe a quelle riscontrate per Gellio, risultano manipolati con alquanto maggior libertà, e spesso rivelano omissioni; ma soprattutto ampliamenti, che talora è difficile spiegare riconsiderando interpolazioni da altre fonti o contributi personali di Macrobio. Si è supposto che egli disponesse di una redazione più completa di quella a noi pervenuta, adducendo a prova casi come VII, 1, 18 di fronte all'omissione della prima citazione omerica in Plutarco 1, 1, 614b-c, oppure VII, 5, 18-19 ove sembra anche integrata la lacuna di Plutarco 4, 1, 663a; e quando manca ogni riscontro, la circostanza è stata attribuita alla stessa causa, come ad esempio per VII, 7, 11 rispetto a Plutarco 3, 4 e per VII, 16, 30 rispetto a Plutarco 3, 10³⁶. Ma bisogna andar molto cauti nel trarre conclusioni; pare infatti accertato che l'opera di Plutarco ci è pervenuta nella stesura originale, senza tagli o abbreviazioni³⁷. Ad altre osservazioni simili induce pure il confronto con Alessandro di Afrodisia, però in una situazione diversa; giacché la raccolta dei *Problemi* che va sotto il suo nome è una compilazione posteriore: quindi le relazioni con Macrobio sono piuttosto da spiegare, ancora una volta, con identità di fonte³⁸. Infine le analogie con Ateneo potrebbero far pensare che nei *Saturnali* sia stata usufuita la redazione integra dei *Sapientia a banchetto*, anziché l'epitome rimasta a noi; ma, per quanto Macrobio non abbia certo ignorato quell'opera, sembra da escludere ogni derivazione diretta. Le relazioni con il libro XI di Ateneo, sia in I, 1 per gli anacronismi di Platone, sia in V, 21 per la trattazione sui vari tipi di coppe, che risulta ben

34. Cfr. E. TÖRK, *REL*, pp. 344 e 347-348.

35. Cfr. *supra*, p. 18 e nota 26.

36. Cfr. R. VOLKMAN, *Observationes miscellae (prog.)*, Jena, 1872, pp. 3 segg.; H. LÉNKE, *diss.*, pp. 47 segg.; soprattutto G. WISSOWA, *diss.*, p. 3, nota 2.

37. Cfr. K. HENCKS, *op. cit.*, pp. 307-328.

38. Cfr. G. WISSOWA, *diss.*, p. 5, nota 2; invece il LÉNKE, *diss.*, p. 55, suppone un intermediario latino; ma cfr. WESSNER, *RE*, XIV, 184, 8 segg.

inserita nel complesso della sezione V, 18-22, si spiegano meglio supponendo una derivazione da fonte comune³⁹. Ad ogni modo resta notevole il fatto che per nessun autore greco è possibile stabilire una relazione diretta e completa: sembra verosimile che sia sempre intervenuto un intermediario latino? La questione meriterebbe ulteriori, più approfondite indagini.

La riproduzione degli autori latini sfruttati avrebbe dovuto produrre difformità di stile e incongruenze di ogni genere nell'elocuzione di Macrobio⁴⁰. Invece la lingua dei *Saturnali* risulta abbastanza omogenea, tanto da rendere plausibile la conclusione che l'autore riproducesse le fonti applicandosi con diligenza ad adattare la forma dell'esposizione al proprio stile⁴¹: ciò del resto concorda con le dichiarazioni contenute nella prefazione⁴². E proprio il confronto con Gellio permette di constatare che il nostro scrittore si è ovunque preoccupato di rendere più chiara l'esposizione sia sfrondando sia ampliando sia soprattutto sostituendo vocaboli ed espressioni che gli sembravano più confacenti alla tradizione classica; inoltre ha talora introdotto nuove figure stilistiche e retoriche, talora mutato l'ordine delle parole nell'intento di ottenere clausole ritmiche⁴³. Altrettanto si può dire della sintassi, che, pur presentando le caratteristiche dell'età tarda, riconoscibili particolarmente in taluni usi dell'infinito, del participio, del gerundio e del gerundivo⁴⁴, denuncia il tentativo di adeguarsi alle forme classiche.

VII

Nel loro insieme i *Saturnali* si possono definire un'opera ben riuscita. L'inquadramento risulta appropriato e mantenuto con una certa aderenza alla situazione fittizia, anche se l'estensione delle dissertazioni supera spesso le possibilità reali di un relatore; ma ciò è caratteristica comune anche ai più illustri esempi di 'conviti' di tal genere. La materia è quasi sempre amalgamata, se non assimilata, in modo conveniente: talune ripetizioni di argomenti già

39. Cfr. G. WISSOWA, *diss.*, pp. 49 segg., e *Ad.*, pp. 325 segg., in contrasto con G. KÄRST, *proleg.*, cit., pp. XXXI segg.

40. Così appunto R. HALPAP-KLOTZ, *Quaestiones Servianae (diss.)*, Greifswald, 1882, pp. 18 segg., esaminando alcuni capitoli dei *Saturnali*.

41. Così A. REIFFERSCHNEID, seguito dal WISSOWA, *diss.*, pp. 14 segg.

42. *Sat.*, *proleg.*, §§ 4-9.

43. Cfr. G. LÖDOWSKI, *diss.*, cit.

44. Cfr. JAN, *proleg.*, pp. XXXVIII segg.

svolti, come ad esempio in VI, 6 rispetto a IV, 2-6, talune divergenze di lezione nel citare i medesimi passi poetici denunciano frettolosa compilazione di fonti diverse. Bisogna però stare attenti nel giudicare le varianti omeriche e virgiliane rispetto al nostro *textus receptus*: in alcuni casi potrebbero rispecchiare una tradizione manoscritta più antica e forse più autorevole¹.

Lo schema dell'opera si rivela preciso e chiaramente preordinato. La trattazione della 'letteratura', in quanto preminente, occupa la parte centrale e maggiore del lavoro, ed è sviluppata sotto il nome di Virgilio, prima esaminato nella sua dottrina e poi nella sua poesia, quasi potremmo dire nel contenuto e nella forma. Precedono, come basilari, le 'istituzioni', e a conclusione compare la 'scienza' come meno importante, ma pur tale da giustificare il maggiore sviluppo conferito all'ultima parte della terza giornata. Il disegno è completato da due intermezzi destinati ad alleviare il peso dell'erudizione con nozioni più frivole, ma non per questo meno interessanti nelle relazioni sociali: non si dimentichi che il fine dichiarato è l'educazione di un giovane. Certo è molto lontano il tempo in cui Cicerone alternava nelle *Discussioni Tuscolane* gli esercizi di retorica del mattino alle disquisizioni pomeridiane sulla filosofia.

L'esposizione scorre quasi dovunque con naturalezza. Non mancano peraltro passaggi infelici ed alcuni collegamenti forzati: si consideri ad esempio l'artificio adottato in VI, 6, 1 per dare la parola ad altro interlocutore. Qua e là si riscontrano imprecisioni nelle citazioni o errori nei nomi di persona: in I, 23, 5 si cita il *Timeo* di Platone anziché il *Fedro*, in III, 6, 8 il libro III di Tucidide invece del II, in V, 17, 4 il libro IV di Apollonio Rodio invece del III, in III, 14, 12 si confonde il tribuno della plebe Lucio Roscio Otone con l'attore Quinto Roscio, in VII, 1, 13 si menziona Carmada in luogo di Carmide, in VII, 1, 14 si parla dell'aedo Femio (ma i codici hanno Polifemo!) anziché di Demodoco. Ma è spesso arduo decidere se gli sbagli sono imputabili a Macrobio o alla sua fonte e non può tosto ai manoscritti². Qualche altra svista si spiega facilmente con l'estensione degli interventi, per cui l'autore sembra dimenticarsi di chi sta parlando: si notino in V, 21 ai §§ 8 e 18 *nostro* e *nos* messi in bocca ad un Greco che intende riferirsi ai Romani; ma nei casi analoghi Macrobio si rivela scrupoloso in questi particolari, come per esempio in V, 2, 17 *noster*, V, 3, 16 *vestro noster*, VII, 9, 19 *nostro*,

1. Il problema richiederebbe uno studio sistematico; cfr. *L'indice speciale*, pp. 881 segg. per la segnalazione dei casi più interessanti.

2. Cfr. *Appendice critica*, p. 79 per la questione dei nomi propri.

tutti con giusto riferimento. Ed è pure abbastanza attento a salvaguardare la finzione dialogica: i vari *supra diximus* e *superius posui*, dizioni poco adatte ad una conversazione³, sono per lo più collocati in un contesto che non ignora la persona dell'interlocutore. Alla stessa conclusione inducono gli accenni ad un ipotetico lettore, che sembrano esulare dalle convenzioni di una cornice drammatica; in realtà si devono intendere in relazione non già con l'esposizione, ma con i poemi citati: in V, 7, 4 *lector inveniet*, V, 13, 27 *lectori aestimandum relinquo*, V, 14, 7 *diligens lector agnoscit*, VI, 6, 20 *lector diligens adnotabit*, per quanto tradiscano l'origine libresca, sono sempre riferiti al lettore di Omero e di Virgilio⁴. Insomma, se si pone mente alla congerie delle citazioni, al numero degli interventi diversi, e soprattutto all'intreccio delle varie fonti utilizzate, è doveroso ammettere che le imperfezioni nel lavoro di Macrobio non sono davvero più numerose che in alcune sue edizioni moderne.

Gli argomenti risentono, come è ovvio, della cultura del tempo sia nell'impostazione che nella trattazione; ma la smania di informare esaurientemente su ogni questione, non disgiunta da qualche punta di pedantesca saccenteria, sembra peculiare del nostro autore. Fin da principio egli dichiara che la sua opera « non si propone di fare sfoggio di eloquenza, ma di offrire una raccolta di nozioni »⁵. Ha l'ambizione di ordinare in modo chiaro e conveniente la materia, e quasi sempre vi riesce. Però quando reca ad esempio le api che dai vari pollini producono il miele o il processo della digestione che trasforma i diversi cibi in nutrimento o l'arte del profumiere che da essenze differenti ottiene un unico odore gradevole o il concerto di molte voci che formano un coro⁶, si tratta di espedienti speciosi: il nostro scrittore non sospetta neppure che in tutti quei casi il risultato è qualcosa di nuovo rispetto agli elementi originari, mentre il suo lavoro ha semplicemente ordinato un vasto materiale senza conferirgli una validità intrinseca.

Si è messo in rilievo che Macrobio si erge contro la sciatteria dei grammatici e intende sollevare a maggior dignità l'insegnamento scolastico⁷; egli infatti protesta perché i commentatori di Virgilio « posero alla scienza confini rigidi, quasi una cinta consacrata... », ma noi che sdegniamo questa Minerva grossolana non dobbiamo sop-

3. Cfr. P. WESSNER, *RE*, XIV, 182, 39 segg.

4. Cfr. casi analoghi in *Sat.*, V, 4, 4; V, 7, 6; V, 11, 1; VI, 2, 30.

5. *Sat.*, *prol.*, § 4.

6. Cfr. *Sat.*, *prol.*, §§ 3-9.

7. Cfr. E. TÖRN, *REL.*, pp. 348 seg.

portare che ci restino nascosti i penetrali del poema sacro⁸. Si è voluto persino contrapporlo a Ello Donato e a Servio fantasticando di allusioni poco benevole al primo e di disprezzo per il secondo, relegato ad interventi secondari per di più desunti da Gellio; Macrobio invece, si sostiene, avrebbe capito la profondità di Virgilio, ne avrebbe scoperto il carattere sacro ed arcano facendone un pontefice massimo, la più alta carica sacerdotale che da Augusto fino alla rinuncia di Graziano nel 382 era stata prerogativa dell'imperatore: « questa idea di Virgilio pontefice massimo ... è del tutto nuova e indipendente dalla tradizione secolare dei grammatici latini », quindi « vedendo nel celebre poeta il simbolo del paganesimo e nella poesia virgiliana un *sacrum poema*, una specie di sacra Scrittura, Macrobio ha inteso controbilanciare le idee nuove, sfavorevoli ai pagani; e così « Virgilio diventava pure, se si vuole, una macchina da guerra contro la politica ufficiale della corte⁹. D'altra parte Macrobio sarebbe stato uno specialista di diritto pontificale, perché Evangelo in III, 10, 2 esclama: « anche noi a scuola abbiamo avuto nozioni di diritto pontificale¹⁰ ».

In realtà l'atteggiamento di Macrobio nei confronti dei grammatici rivela soltanto il distacco dello studioso che è estraneo alla professione; eventualmente riecheggia una secolare tendenza arcaizzante¹¹ in contrasto con la tradizione scolastica. Il suo interesse per l'aspetto sacro ed arcano della poesia virgiliana, che peraltro non è predominante nell'economia dell'opera, non ha radici religiose, non sottintende oscuri moventi di politica anticristiana, non si propone « una specie di Rinascimento del paganesimo mediante un ritorno alle sue fonti letterarie classiche¹² » né sembra attestare « quel grande fermento della società pagana che si era concluso nella battaglia del Frigido¹³ », ma è l'espressione delle tendenze mistiche che andavano prevalendo, e soprattutto in un neoplatonico trovano piena giustificazione. Egli non ha idee innovatrici nel campo della cultura, i suoi ideali restano limitati, di un uomo che non brilla certo per molti lumi d'ingegno: « il vantaggio prodotto dalla lettura sta appunto nel cercare di uguagliare ciò che si approva in altri e volgere opportunamente a proprio uso ciò che soprattutto suscita ammirazione nell'opera letteraria

8. *Sat.*, I, 24, 12-13.

9. E. TÜRCK, *REL.*, pp. 337-338; 348.

10. E. TÜRCK, *Lat.*, pp. 387 e 400; cfr. anche *supra*, p. 46.

11. Cfr. *supra*, p. 12.

12. E. TÜRCK, *REL.*, p. 388.

13. E. TÜRCK, *Lat.*, p. 406.

degli altri¹⁴. Ma non bisogna neppure esagerare in senso opposto. Fra un Macrobio inetto e negligente che si atteggia a « scimmia di Gellio¹⁵ » e commette furti da ogni parte senza avere il coraggio di confessarli, e un Macrobio profondo conoscitore delle antichità greche e romane, commentatore originale di Virgilio che oscura la fama dei più illustri grammatici, specialista in diritto pontificale, esperto di anatomia, mente versatile ed enciclopedica, c'è posto per la figura di un onesto studioso, di un compilatore erudito, che ha notevole cultura di greco e di latino, che ha saputo scrivere pagine interessanti; e non solo per lo storico e il filologo a cui fornisce notizie preziose e conserva documenti che sarebbero andati irrimediabilmente perduti: la sua opera è pure un saggio suggestivo di umanità, che nella rosea descrizione di una società colta ormai al di fuori del mondo, in contrasto con la realtà di quei tempi di ferro, rende anche simpatica la persona dell'autore.

L'ambiente dei *Saturnali* appare come un'oasi di serenità, una specie di isola dei beati in cui vivono personaggi altamente idealizzati, simboli della grande tradizione classica. L'aristocrazia romana della fine del IV secolo, al dire di Ammiano Marcellino¹⁶, andava trionfando dei suoi titoli, sempre seguita da un codazzo rumoroso di schiavi, era prepotente, lussuosa, avida, degenerata, dedita ai giochi d'azzardo, ostentatrice di un lusso esorbitante, amante dei banchetti sfarzosi e dei ricevimenti mondani, ignorante fino a « detestare gli studi come se fossero veleni », spietata verso gli schiavi al punto che « se un servo porta in ritardo l'acqua calda, lo fanno battere con trecento colpi di frusta¹⁷ »: la corruzione generale era tale che nessuno « sarebbe stato in grado di purificare Roma; una sì grave sozzura di insanabili turpitudini aveva oppresso la maggior parte del popolo ». Macrobio tace di tutto ciò: i suoi personaggi sono esempi di integerrima virtù, scrupolosi nell'osservanza delle buone norme sociali, gelosi custodi delle antiche usanze religiose e familiari, commensali frugali che si intrattengono in dotte conversazioni e van ripetendo che la loro generazione è più sobria e moderata che il periodo repubblicano¹⁸. Il mondo esterno è assente dalla loro vita, e quando vi fa capolino è subito respinto come una realtà spiacevole: si noti l'accento alla giornata festiva « che la maggior parte della

14. *Sat.*, VI, 1, 2.

15. Così lo definì E. MEURS, *ediz. cit.*, commento a *Sat.*, I, 8.

16. *Storia*, 28, 4, 6-27, citate nella traduzione di A. SELLM, in questa collezione, Torino, 1965.

17. Cfr. *Sat.*, III, 13, 16 e 17, 12.

gente passa giocando a dama o agli scacchi»¹⁸, o l'intervento di Evangelo ostile agli schiavi accolto con orrore da tutti i presenti; e quando Pretestato gli ribatte, il nostro candido Macrobio non trova di meglio che le argomentazioni di Seneca e gli aneddoti dei tempi antichi¹⁹. Bisogna però ammettere che il punto di vista di uno storico come Ammiano doveva essere diverso, e la sua attenzione era rivolta ad altri settori della società del tempo; d'altra parte egli stesso menziona Pretestato e Flaviano elogiando del primo l'onestà e la rettitudine, del secondo l'equità e la giusta autorità²⁰. Ma il contrasto con il quadro idillico di Macrobio è forte, ed è tanto più comprensibile se i *Saturnali* furono scritti oltre quarant'anni dopo, come una commossa rievocazione, quindi in deliberata ignoranza di una situazione del tutto estranea al proposito, e forse anche in opposizione alle fosche tinte dello storico²¹.

Per un lettore moderno questo clima di colta raffinatezza, questa ambientazione di sapore nostalgico costituisce l'aspetto più vivo e suggestivo dei *Saturnali*; mentre la trattazione erudita risulta, per il nostro gusto, improntata a superficialità. Quando parla delle 'istituzioni' romane, siano esse la festa dei Saturnali o il calendario o addirittura la religione, Macrobio rivela un interesse puramente antiquario: l'elemento storico è ridotto ad aneddoto, le nozioni astronomiche ad una esposizione facile ma priva di problematica, e persino la teologia ad una mera ricerca erudita: non vibra alcun entusiasmo interiore. Analogamente la 'scienza', trattata in forma di problemi conviviali, è declassata a curiosità erudita, e gli intermezzi di argomento leggero, quando non sono aride esposizioni, assumono sovente il carattere di pettegolezzi. Anche il tema principale, Virgilio, non va esente da questa impostazione: la sua dottrina è esaltata dal punto di vista antiquario, la sua poetica è vivisezionata secondo i canoni della retorica, della mimesi e delle elucubrazioni ermeneutiche. L'ammirazione per il poeta è alimentata da una cultura che si polarizza intorno a due linee di pensiero, il binomio Omero-Virgilio per la letteratura e il binomio Platone-Cicerone per la filosofia²². Come per il pensiero filosofico la personalità di Cicerone, ormai sfocata dalle nebbie del tempo, dà l'occasione di riprendere la dottrina di Platone, filtrata fino all'estreme conseguenze attraverso la

18. *Sat.*, I, 5, 11.

19. *Cfr. Sat.*, I, 11, 1-45; anche l'accenno a punizioni esagerate o ingiustificate al § 24 è desunto da Seneca, *Epist.*, 47, 3.

20. *Cfr. Ammiano Marcellino*, 27, 9, 8; 28, 6, 28.

21. Per il confronto con Ammiano *cfr. A. Cameron, JRS*, p. 38.

22. *Cfr. K. Mraz, op. cit.*, p. 285.

H

scuola neoplatonica ed esposta con innegabile chiarezza nel *Commento al Sogno di Scipione*, così per la letteratura la poesia di Virgilio, esaminata all'ombra di Omero, rappresenta la sintesi di ogni conoscenza: Virgilio è il sapiente «esperto in ogni disciplina»²³, la sua gloria è tale «che non può crescere per alcuna lode né diminuire per alcuna critica»²⁴, il suo stile abbraccia ed esaurisce in sé tutti i generi di eloquenza superando lo stesso Cicerone²⁵. Nel *Commento al Sogno di Scipione*, evitando le astruse oscurità di Plotino, Macrobio rivelò doti di ottimo volgarizzatore e aprì la via ad una filosofia 'facile' staccandosi dalla metafisica astratta riservata a pochi iniziati²⁶; altrettanto si deve dire dei *Saturnali*, in quanto contengono il più ampio e ordinato commento a Virgilio che l'antichità ci abbia tramandato. Talune deformazioni interpretative, che sembrano preannunciare il Medioevo, sono caratteristiche del clima virgiliano che ormai da secoli aveva permeato la cultura pagana: Silio Italico commemorava il genetliaco del poeta visitando in religioso pellegrinaggio il suo sepolcro²⁷, Marziale lo celebrava come una festa sacra²⁸, e fin dal II secolo la superstizione popolare interrogava la sorte aprendo a caso il libro di Virgilio²⁹. Tali aberrazioni ebbero ulteriore incremento nelle età successive quando misticismo e magia avevano invaso ogni strato sociale e l'interpretazione allegorica era penetrata appunto in Virgilio per opera della scuola di Elio Donato. Ne furono assertori soprattutto i seguaci del neoplatonismo, ma neppure l'ambiente cristiano vi rimase estraneo: sant'Agostino vedeva una profezia messianica nel *puer* della IV ecloga³⁰. Va quindi riconosciuto a Macrobio il merito di essersi astenuto da ogni esagerazione.

Il mito di Virgilio era onnipotente: per i pagani rappresentava il simbolo della grande tradizione imperiale che nella loro infatuazione si illudevano ancora di mantenere in vita, per i cristiani riassumeva ogni aspetto positivo della romanità come germoglio fecondo su cui innestare le nuove idee. Ma ancora una volta Macrobio denuncia l'aridità della sua indagine erudita: la sua esaltazione del cantore

23. *Sat.*, I, 16, 12.

24. *Sat.*, I, 24, 8.

25. *Cfr. Sat.*, V, 1, 7.

26. *Cfr. Th. Whittaker, op. cit.*, pp. 88 segg.

27. *Cfr. Plinio, Epist.*, 3, 7, 8.

28. *Cfr. Marziale, Epigr.*, 12, 67.

29. Per queste ed altre manifestazioni della fortuna di Virgilio *cfr. D. Compagnot, op. cit.*, capitoli 1-6.

30. *Cfr. Agostino, Epistolae ad Romanos inchoata expositio*, 3 (15, 2089 Migne). Ma tale interpretazione è messa in ridicolo da Gerolamo, *Epist.*, 53, 7; *cfr. Ph. Levene, op. cit.*, p. 223.

di Enea resta estranea allo spirito del poema, non si traduce mai in fervore di passione, in intima commozione per la grande poesia. Più eloquente di ogni altra considerazione riuscirà un semplice confronto. All'incirca in quello stesso periodo sant'Agostino, uno spirito di ben altra levatura, al leggere di Didone che si uccide per amore era commosso fino alle lacrime: « piangevo Didone " morta, che con il ferro aveva posto fine ai suoi giorni " »³¹. Macrobio invece si limita ad esprimere ammirato stupore per l'enorme successo riscosso dalla leggenda « che la piacevole fantasia del poeta fece penetrare nel cuore degli uomini »³².

Ma è appunto lo sconfinato amore per la tradizione classica, il culto dell'antico, che conferisce validità anche alla trattazione erudita di Macrobio. Egli si preoccupò di conservare la *memoria veterum*, che già cominciava ad essere oggetto non solo di incuria ma di derisione³³, facendone la ragione d'essere della sua opera: *vetustas quidem nobis semper, si sapiamus, adoranda est*³⁴.

31. AGOSTINO, *Confessioni*, I, 13, 21.

32. *Sat.*, V, 17, 6; cfr. anche T. R. GIOVIA, *op. cit.*, pp. 184-185.

33. Cfr. *Sat.*, VI, 1, 5, ed anche I, 4, 17.

34. *Sat.*, III, 14, 2.

NOTA BIOGRAFICA

Nessuna notizia dà rilievo alla personalità di Macrobio, il cui nome diacritico fu quasi certamente Teodosio. Da sue esplicite dichiarazioni sappiamo soltanto che non fu romano di nascita, che ebbe un figlio a cui dedicò i *Saturnali* e il *Commento al Sogno di Scipione*, e che fu in relazione di amicizia con un Simmaco a cui indirizzò il trattato *De differentiis et societatibus Graeci Latiniq. verbi*.

Secondo ogni verosimiglianza Macrobio Teodosio non fu neppure greco: la sua patria resta ignota, e che fosse nativo dell'Africa è una semplice ipotesi, per quanto allettante. Il figlio, di nome Eustatio (tramandato però con la variante Eustachio), è forse da identificare con Plotino Eustatio, prefetto di Roma nel 462. Il Simmaco cui è destinato il trattato grammaticale riesce difficile da individuare fra i molti personaggi di quell'illustre famiglia: sembra plausibile riconoscerlo il nipote dell'oratore, console e prefetto di Roma nel 446. L'amicizia con i Simmaci è confermata da una notazione contenuta in alcuni codici del *Commento al Sogno di Scipione*, ove si menziona il pronipote dell'oratore, console nel 485, insieme con Macrobio Plotino Eudossio, probabilmente figlio di Plotino Eustatio e quindi nipote del nostro autore. Altre relazioni con contemporanei non è possibile stabilire. Fra gli scrittori né Simmaco né Servio, che pur sono interlocutori nei *Saturnali*, fanno menzione di Macrobio Teodosio; però quasi certamente a lui sono dedicate le *Favole* di Aviano, e al principio del secolo VI lo troviamo citato da Boezio come autore del *Commento al Sogno di Scipione*.

Queste considerazioni e alcune illazioni fondate sulle opere inducono a collocare fra il 384 e il 485 l'attività del nostro scrittore. La qualifica di *vir clarissimus et illustris*, di cui è insignito nei codici delle due opere principali, indica con assoluta evidenza che egli fu un senatore romano investito di altissime cariche. Fra i personaggi menzionati nel *Codice Teodosiano* a cui compete tale titolo appare soltanto un Macrobio *praepositus sacri cubiculi* nel 422 e un Teo-

dosio *praefectus praetorio Italiae* nel 430. Ma la prima carica risulta connessa con l'imperatore d'oriente, di norma destinata ad un eunuco e in quel periodo riservata ovviamente ad un cristiano, mentre il nostro autore si dimostra molto ben inserito nell'ambiente occidentale, si dichiara padre affettuoso e rivela una fede senza dubbio pagana. Sembra pertanto da accettare la seconda identificazione. Ne deriva una cronologia molto più 'bassa' di quella finora comunemente ammessa; per cui Macrobio Teodosio sarebbe nato verso il 390, e non verso il 360, e avrebbe scritto i *Saturnali* fra il 430 e il 440, anziché fra il 384 e il 395.

Per la trattazione del complesso problema biografico si rimanda all'*Introduzione*, e in particolare al cap. II, pp. 14-27.

APPENDICE CRITICA

Come era logico aspettarsi per un'opera di carattere enciclopedico, largamente utilizzata nel Medioevo, la tradizione manoscritta dei *Saturnali* è fondata su numerosi codici. Ludwig von Jan nella sua pregevole edizione commentata, che compendia e supera tutte le precedenti per serietà di metodo e ampiezza di informazione, usufruì di parecchi codici; ma non ne diede una valutazione né tentò di tracciarne la genealogia. La successiva edizione teubneriana di Franz Eyssenhardt, limitata a due soli codici, riuscì sotto molti aspetti insufficiente, come già faceva notare il Wissowa¹, richiamando l'attenzione sull'importanza dei manoscritti napoletani, che furono poi collazionati diligentemente da Ugo Lepore².

Sì deve ad Antonio La Penna uno studio sistematico della tradizione, che permise di avere una chiara classificazione dei codici. L'indagine costituisce un contributo essenziale alla critica del testo macrobiano: egli distinse un gruppo di codici, che denominò P, da altre due famiglie, una detta B limitata ai primi tre libri dell'opera, l'altra detta V contenente tutti e sette i libri; stabilì l'esistenza di tre subarchetipi, derivanti da un archetipo già lacunoso databile intorno all'800, che probabilmente si trovava nella Francia settentrionale³.

James A. Willis nel lavoro preparatorio per la sua edizione critica teubneriana⁴, partendo dalle basi gettate dal La Penna, giunse

1. G. WISSOWA, *recensione*, pp. 681 segg., di cui cfr. in particolare il giudizio complessivo a p. 689: « cine von Anfang bis zu Ende nachlässige und unbrauchbare Arbeit ».

2. U. LEPORE, *op. cit.*, pp. 75-91.

3. A. LA PENNA, *Studi*, p. 334.

4. J. A. WILLIS, *De codicibus*, pp. 125 segg.

a precisare che le due famiglie P e V sono in realtà due sottogruppi della stessa famiglia. Pertanto tutti i nostri manoscritti fanno capo a due subarchetipi: da uno deriva quella che potremmo chiamare "tradizione α" (= gruppo P del La Penna), dall'altro una "tradizione β" che attraverso due codici perduti produsse due sottogruppi (= gruppi B e V del La Penna).

I codici fondamentali, indicati con le sigle adottate dal Willis, sono i seguenti:

— per la tradizione α:

Neapolitanus V. B. 10 (sigla N), sec. IX-X
contenente I-VII, 3, 2;

Bodleianus Auct. T II 27 (sigla D), sec. IX-X
contenente I-III, 4, 9;

Parisinus 6371 (sigla P), sec. XI
contenente I-VII fine;

Argentoratensis 14 (non in Willis), sec. XI
contenente I-VII fine;

Matritensis Escorial. Q. 1, 1 (sigla T), sec. XV
contenente I-VII fine;

— per la tradizione β:

Montepessulanus 225 (sigla M), sec. IX
contenente I, 12, 21-III fine;

Bambergensis M. L. V. 5 n. 9 (sigla B), sec. IX
contenente I-III, 19, 5;

Vaticanus Reginensis 1650 (sigla V), sec. IX
contenente I-III fine;

Londinensis Bibl. Cotton., Vitellius C. III (non in Willis), sec. X
contenente I-III fine;

Matritensis Escorial. E. III 18 (sigla Z), sec. XII
utilizzato fino a I, 17, 6 (ma contenente I-VII fine);

— per la tradizione β:

Vaticanus Reginensis 2043 (sigla R), sec. X
contenente I-VII, 14, 11;

Harleianus 3859 (non in Willis), sec. XII
contenente I, 2, 15-V, 20, 10;

Laurentianus 90 sup. 25 (sigla F), sec. XII-XIII
contenente I-VII fine;

Contabrigiensis Bibl. Univ. 260 (sigla A), sec. XIII
contenente I-VII fine.

Il testo stabilito dal Willis, per quanto segni un netto progresso rispetto alle edizioni del Jan e dell'Eysenhardt, suscita non poche perplessità. Accanto a congetture acute e a pregevoli correzioni si riscontrano indicazioni poco perspicue nell'apparato critico, varie incongruenze nel trattamento dei passi degli autori da Macrobio citati o tacitamente trascritti e talune scelte di lezioni che, anche senza una verifica dei codici, sembrano ingiustificate. Pertanto il testo riveduto per la presente edizione si scosta dal Willis nei punti qui di seguito elencati.

praef. § 1 Eustathi filii N D P V F : Eustathi filii T B Z R A, Jan, Eysenhardt, Willis.

La facile confusione fra *e* e *t* si riscontra non solo qui, ove ricorre l'unica citazione del nome del figlio, ma in tutta l'opera per l'omonimia interloquente; cfr. I, 6, 4 e la nota del Willis in apparato. Non c'è dunque ragione per respingere qui la lezione del più antichi mss., che trova conferma anche nel cod. *Parisinus 6370* (sec. IX) in *Somnium Scipionis*, I, 1, 1, e accettarla altrove allo scopo di evitare l'omonimia delle due persone, che forse appunto è anche una causa della confusione. L'osservazione del JAN, *proleg.*, p. II, nota 10 «sic hoc nomen scribendum est ex omnium fere codicum auctoritate, non, ut vulgo legitur, Eustathius, quam quidem nominis formam recepit Planudes» non ha più oggi alcuna rilevanza. Infine *Eustathius* è nome molto più comune di *Eustachius*; cfr. anche A. CAMERON, *JRS*, p. 37.

I, 2, 16 *Rufum Albinum* *codd.* : *Furium Albinum* *edd.*

La correzione contro l'autorità di tutti i mss. è giustificata dal fatto che, dopo I, 4, 1 ove la lezione *Rufus* è ancora concorde (ad eccezione di Z che dà *Furio*), in tutti gli altri undici passi questo personaggio è sempre chiamato *Furius*. Ciò peraltro contrasta con l'identificazione prosopografica, che lo riconosce con certezza in *Rufio Albino*; cfr. O. SACK, *RE*, III, 1864, 61 segg.; A. CHASTAGNOL, *Les Fautes de la préfecture de Rome au Bas-Empire*, Paris, 1962, pp. 233 segg.; A. CAMERON, *CQ*, nota 20. Ma si può dare una spiegazione probabile dell'errore dei mss. esaminando la successione delle menzioni. Al *Rufus* iniziale si sostituisce *Furius* a partire da I, 24, 19 perché in I, 13, 21 sono menzionati *L. Pinaris et Furio comitibus*: lo scrivano dell'archetipo fece confusione con *Rufio Albino* e di conseguenza ne scambiò il nome per tutto il seguito dell'opera; il caso isolato di Z in I, 4, 1 è dovuto allo zelo di un amanuense che fece retrocedere la nuova lezione.

I, 4, 12 *cum vectigal* *cod. Salisburgensis 38, Jan in apparato* : *quod vectigal Willis* (*quod hoc loco displicet: requiritur fere quamvis*).

Probabilmente *quod* ebbe origine da una falsa lettura di *quum*; cfr. S. TIMPANARO, *recensione*, p. 790.

I, 4, 22 *ex Atellania* *codd. di Macrobio e di Gellio, Jan, Eysenhardt* : *ex Atellana Willis*.

La forma, oltre che nel passo parallelo di GELLIO, 10, 24, 5, è spesso attestata altrove: non c'è dunque motivo per modificarla; cfr. S. TIMPANARO, *recensione*, p. 787; A. LA PENNA, *recensione*, pp. 436-457.

I, 4, 24 Cn. Matius α (tranne T) β¹, Jan : Cn. Matius β¹ (e T), Eysenhardt, Willis.

Non si vede motivo per preferire la lezione di β¹; tanto più che Matius è concordemente attestato in III, 20, 5.

I, 5, 16 C. Acilio : Caesio codd. di Macrobio, edd., Caelio o Cecilio codd. di Gellio, 6, 14, 9. Γάιος Ἀελίου Plutarco, Cato maior 22.

La svista del mss. è facilmente comprensibile e la correzione viene giustificata, oltre che dal confronto con Gellio e Plutarco, da analoghe sviste, come II, 6, 1 Caesius o Caelius per Caelius, III, 14, 9 Caelius per Caelius. Del resto in VI, 8, 16 già si corregge Caelius del codd. in C. Aelius confrontando le lezioni Caelius o Caelius di GELLIO, 16, 5, 3.

I, 7, 1 Dysario N D P V F : Dissario T, Disario Jan, Eysenhardt, Willis.

La lezione è attestata dai più autorevoli mss., ed anche la variante Dissario suggerisce un'originaria grafia con y, corroborata inoltre dalla nazionalità greca della persona. La stessa situazione si ripete per tutta l'opera, nei cinquantanove punti in cui il personaggio è menzionato, e già il JAN, *proleg.*, p. xxx, nota 28, debilitava che fosse preferibile Dysario. Infine le varianti di SIMMACO, *Epist.*, 9, 44 Dissarius e 3, 57 Dysarus o Lysarus (per cui nell'edizione del Seeck compare Dysarius su suggerimento del Mommsen) possono costituire un argomento a favore della grafia con y; cfr. A. CAMERON, *CQ.*, nota 44.

I, 7, 18 ex [meri] veri fonte : ex meri veri fonte codd., Jan, Eysenhardt, ex veri fonte Willis (corranit Meurs.).

L'accostamento dei due aggettivi è abbastanza frequente; cfr. ORAZIO, *Epist.*, 1, 13, 8 *libertas... vera veragis virtus*; PLINIO, *Epist.*, 8, 24, 2 *illam ueram et miram Graciam*. Rara invece è l'unione di un qualificante all'aggettivo sostantivato; cfr. PRASIO, *Sat.*, 1, 107 *mordaci radere vero*. A maggior ragione in questo caso la lezione dei codd., difesa dal JAN, ad A. I. e da S. TIMPANARO, *recensione*, p. 791, appare sospetta per la successione dei due genitivi in omeoteleuto; il che suggerisce la soppressione di *meri*, come già osservò il MEURS, commento ad A. I., « ut natum ex voce sequenti ».

I, 9, 16 Patulcium α F : Patultium β¹, Jan, Eysenhardt, Willis, Pacultium A.

La lezione di α, già accettata *supra* § 13, deve essere anche qui accolta nel testo; altrimenti bisognava scrivere in entrambi i casi Patulium, come già il JAN e l'Eysenhardt. Del resto la forma è confermata da OVIDIO, *Fast.*, 1, 129, oltre che da SERVIO, ad *Aen.*, 7, 610.

I, 11, 7 quos ius tuum vocas codd., edd.

Sembra necessario indicare un guasto del testo, giacché « servos nemo ius domini vocavit », come già osservò il MADVIG, *op. cit.*, p. 250; il quale propose di scrivere quos ius tuos vocat. Il passo parallelo di SENECA, *Epist.*, 47, 10 ha *istum quem servus tuum vocat*. Si potrebbe forse supporre quos iure tuos vocas.

I, 11, 21 comes deinde Madvig : cum isdem de N D P, cum is deinde T F, cum his deinde V Z, Cumis deinde edd.

La lieve correzione, proposta dal MADVIG, *op. cit.*, p. 250, permette di dare l'opportuna reggenza al genitivo *manigianis*; che in dipendenza da *manifragio* costituisce un pleonismo inaudito, come già notò il JAN, ad A. I., per rimandando ad analoghe locuzioni in I, 11, 14 *licere permittunt* e I, 14, 3 *essidium... infirmitas*. D'altra parte il contesto non richiede la menzione specifica di Cuma.

I, 11, 43 Theophrasti codd. di Gellio 2, 18, 8, Meurs : Philostrati codd. di Macrobio, Jan, Eysenhardt, Willis (potuit Macrobius dormitare).

La somiglianza dei due nomi, per cui la difficoltà di scrittura poteva indurre a confusione tra THEOPHRASTO e PHILOSTRATO, rende più plausibile una svista dell'archetipo anziché un errore di Macrobio nella trascrizione da Gellio per un personaggio così famoso. Analogamente si restituirebbe *Persius* in luogo di *Perius*; cfr. GELLIO, I, *cit.*, e *infra*, commento ad A. I.

I, 14, 13 et [error] huc usque Eysenhardt : et error huc usque Jan, Willis (error delere voluit Eyss., fort. recte).

Poiché la frase, nonostante i disperati tentativi del JAN, ad A. I., non dà alcun senso soddisfacente, è molto probabile riconoscere in *error* una errata anticipazione dell'*errorum* seguente, dovuta ad un facile trascorso dell'occhio dell'amanuense. Infatti è lecito immaginare tre linee terminanti in ... et | ... potuissit | ... errorum, o analoga disposizione iniziale di Enia: di qui l'origine della svista; cfr. anche *infra*, ad I, 17, 16.

I, 15, 10 e II calo : καλὸ codd., edd.

Si deve intendere il verbo latino *calare*, ricorrente più volte nel contesto, anziché il corrispondente greco, giacché Macrobio non vuole certo osservare che καλὸ è greco, sibbene che calo equivale al greco καλὸ: l'abbaglio del mss. è facilmente comprensibile. L'osservazione mi è stata gentilmente segnalata dal prof. S. Timpanaro.

I, 16, 28 Titius Gronov, Zeune, ed. Bipontina : Titus codd., Jan, Eysenhardt, Willis.

La lieve correzione permette di identificare un autore noto a Macrobio, che lo cita in III, 2, 11, in luogo di un *praenomen* isolato; cfr. anche G. FURNACE, *GRF.*, p. 556.

I, 17, 6 virtus — fructibus teffectus — praestit : [virtus — praestit] Willis.

La frase, conservata dal JAN (che ne tenta pure un'interpretazione) e dall'Eysenhardt, non sembra da espungere interamente, ma piuttosto irrimediabilmente guasta nella seconda parte, forse per omissione di una riga nell'archetipo.

I, 17, 7 Chrysippus & Jan : Chrysippus Apollinem & Eysenhardt, Willis.

Il confronto con il contesto impone l'espunzione; cfr. JAN, ad A. I.; S. TIMPANARO, *recensione*, p. 790.

I, 17, 12 <unde Homerus> ed. Veneta del 1513.

L'integrazione, già segnalata dal JAN, ad h. l., appare indispensabile; cfr. S. TIMPANARO, *recensione*, p. 790.

I, 17, 16 ab immittendo: ab immittendo [βέλος ἐπεκευκὲς ἐπιείκ] Willis (haec verba βέλος — ἐπιείκ delenda censeo: sunt enim a superioribus temere repetita), Jan ed Eysenhardt conservano il testo tridito.

L'emistichio omerico già si legge al precedente § 12: evidentemente corrispondeva all'estensione di circa una linea di ms. (20 segni greci) e, poiché la distanza fra i due luoghi è di circa 1180 segni (equivalenti a 56 + 57 linee di ms.), doveva essere scritto al termine o all'inizio di una pagina di 28 + 29 linee; quindi facilmente ripetuto per errore nel passare a copiare il foglio seguente.

I, 17, 21 Macandrius (Mean-) *codd.*, Jan, Eysenhardt: Leandrius Willis (Leandrius Meursius, Macandrius Keil. *viud. onom.* p. 9).

Non c'è ragione per alterare la lezione concorde dei mss., accettata anche da F. JACOBY, *FGHHist.*, 491, come distinta da *Leandrius* (*ivi*, 492); cfr. anche *infra*, p. 79.

I, 17, 59 πυριγενής — δχημα Nanch: πυριγενής δὲ δράκων | ἔδδν ἡγεῖται ταῖς τετραμέτρους | ὥρπισι ζευγὺς ἀρμονία | πλοῦτος πολυκαρπὸν δχημα Jan, Eysenhardt, Willis.

Si è preferito il testo di A. NAUCK, *TGF*, p. 664, disposto su due versi, soprattutto per l'espansione di πλοῦτος che trova fondamento in ΠΑΟΥΚΑΡ-ΠΟΝ di A. La lezione ΠΑΟΥΚΑΡΠΟΝ di V sembra piuttosto una delle congetture arbitrarie solite in quel ms.

I, 17, 67 aquilae propter ↑ exprimunt: aquilae propter exprimunt Jan (*nisi forte propter errore huc translatus est a § 69*), Eysenhardt, Willis (*propter mihi suspectum*).

L'interpretazione di *propter* avverbio, da unire ad *aquilae* come già osservò il JAN, ad h. l. (anziché a *exprimunt* come diceva il Gronov), e di *instar* come oggetto, dà un senso soddisfacente. Non sembra quindi necessaria l'espansione di *propter*, proposta da S. TIMPANARO, *recensione*, p. 789: siamo ancora alla descrizione della statua, di cui poi al § 69 viene esposto il significato simbolico. Piuttosto ci si aspetterebbe una più precisa collocazione delle aquile, in modo corrispondente agli altri particolari elencati. Si ritiene perciò opportuno segnalare un guasto del testo, forse causato da omissione di una frase o da qualche confusione, per cui non è certo privo di significato il richiamo del Jan ad *aquilae propter* del § 69, che si trova alla distanza di circa 650 segni, corrispondenti proprio ad una pagina di ms.; cfr. *supra*, ad I, 17, 16.

I, 18, 1 Aristocles: Aristoteles *codd.*, *edd.*

La svista risale evidentemente ai mss., dovuta alla facile confusione fra *c* e *t* e influenzata dalla maggior fama del nome. Se ne ha conferma da altri autori, ove compare lo stesso scambio di nome; cfr. commento ad A. I, e P. WESSNER, *RE*, XIV, 195, 66 segg.

I, 18, 11 Sebadium *codd.*, Jan, Eysenhardt: Sabazium Willis (Meursius).

Non c'è ragione per correggere la forma, accettata anche da F. JACOBY, *FGHHist.*, 273, *loc. cit.*; cfr. anche S. TIMPANARO, *recensione*, p. 791.

I, 18, 12 v. 8 πρὸς ἐκαστον Vollgraff: πρὸς ἑκαστον *codd.*, *edd.*

Oltre che nella soppressione della virgola dopo *εἰς*, per cui si ottiene la naturale reggenza degli accusativi seguenti, si è seguito W. VOLLGRAFF, *op. cit.*, p. 288, nel semplice emendamento che illumina il senso senza peraltro ricorrere alle più complesse congetture suggerite dal LOBECK, *Aglaophamus*, I, p. 498 (citato dal WILLIS, in apparato ad A. I.). Anche al v. 2 *ἐπὶ* è alquanto sospetto accanto a *ἐν*; ma il contesto di Macrobio non permette di stabilire che egli abbia letto diversamente la sua fonte, anche se le correzioni proposte, *θεοῖς* 'Ὀπρὸν del GESSNER (citato dal JAN, commento ad A. I.) o *θεοῖς* 'Ὀπρὸν del VOLLGRAFF (*loc. cit.*), possono apparire giustificate per la restituzione del testo orfico.

I, 18, 16 Laevius Scaligero: Nevius *codd.*, Naevius Jan, Eysenhardt, Willis.

Al poeta Levio sono attribuite tre citazioni, però sempre con la forma del nome errata; cfr. III, 8, 3 *Laevius*, VI, 5, 10 *Livius*. Si potrebbe anche supporre che Macrobio, ignorando l'esistenza di Levio, abbia trascritto sbadatamente dalle sue fonti; ma in tal caso bisogna immaginare che tre autori diversi abbiano presentato grafie errate in tre forme differenti. Sarebbe infatti estremamente improbabile che Macrobio, copiando il medesimo nome, gli attribuisse di volta in volta forme diverse. Sembra pertanto più naturale pensare ad un errore dell'archetipo, che trasformò un originario *Laevius* in nomi più familiari.

I, 21, 20 Buchin: Bacin α M V F R, *edd.*, Baon B V, Bachin A, BACIN B^{corr.}.

L'incomprensione del nome si rivela evidente nella tradizione ms. Sembra senz'altro da accettare la lezione proposta da W. SPIEGELBERG, *op. cit.*, pp. 339-342, come da un originario *BUCIN* per *Buchin*, accusativo del greco Βούχιν. E tanto più giustificata appare la correzione, quando poche righe sopra è già stato introdotto nel testo *Maeis* in luogo di *Neuton* o *Euton* del ms.; cfr. WILLIS, apparato ad A. I.

II, 1, 9 verba iacientis ↑ ad pudorem — imitata ↑: verba iacientis ad pudorem — imitata Jan, Eysenhardt, Willis.

La frase risale incomprensibile: donde la correzione *at pudorem* di B^{corr.}; cfr. S. TIMPANARO, *recensione*, pp. 791-792. Si tratta probabilmente di una glossa a *praetextata verba*; per cui forse sarebbe meglio conservare la lezione *praetexta verba* di tutti i *codd.*, tenendo presente il *praetextus sermo* di PISTO, p. 282, 30 Lindsay.

II, 2, 13 Voltacilius Pitholau: Votacilius Pytholau *codd.* (tranne Octacilius T, Pitholau R A), Otacilius Pitholau Pontanus, Jan, Eysenhardt, Willis.

La correzione si fonda su argomenti speciosi: il nome *Voltacilius* inusitato di fronte alla nota *gens Otacilia*, di cui il greco *Pitolao* poteva essere liber-

to; il testo di SVETONIO, *De rhetoribus*, 3 L. Otacilius (Otacilius, Octacilius) Pilius (corretto in Piliolus da M. HERTZ, « Rheinisches Museum », XLIII, 1888, pp. 312 segg.). Ma, a parte la differenza nel prenome (qui Marco) che già infirma l'identificazione, l'index di Svetonio attesta inequivocabilmente Vulfacilius, confermato da GEROLAMO, *Chron.*, 151A, p. 41 Helm Vulfacilius Plotus, che è la forma risalente alla più antica tradizione ms. del testo svetoniano; cfr. L. VOSSEN, *De Suetonio Hieronymi auctore*, Bonn, 1912, pp. 28 segg. e R. HELM, *Hieronymus' Zusätze zu Eusebii's Chronik*, « Philologus », XXI (suppl. 2), Leipzig, 1920, p. 41. Sembra quindi più metodico conservare la lezione pressoché concorde dei mss. di Macrobio.

- II, 2, 17, v. 5 anima (mea) *codd.* di Macrobio e di Gellio, con integrazione dello Hertz: animula Willis, congettura del Carrion;
v. 10 vi transilire congettura dello Havet: ut transilire Willis, ut transire *codd.* di Macrobio, ut transiliret *codd.* di Gellio;
v. 17 puerum (ut) *codd.* di Macrobio e di Gellio, con integrazione dello Scaligero: puerulum Willis (Gronovius).

In sostanza si è preferito il testo degli *edd.* di GELLIO, 19, 11, 4 alla confusione del WILLIS (che attribuisce a Gellio le sue lezioni dei vv. 5 e 10) o si è accolta l'allettante congettura di L. HAVET, *Manuel de critique verbale appliquée aux textes latins*, Paris, 1911, p. 140; cfr. S. TIMPANARO, *recensione*, p. 738. Inoltre è da notare che al v. 15 *forat* è entrato nel testo come congettura plausibile in *edd.* di Macrobio (Colonia, 1321) e di Gellio (Colonia, 1326) in luogo di *forat* dei *codd.* di Macrobio e *moneret* o *moneret* dei *codd.* di Gellio.

- II, 4, 12 mel gentium *codd.* (meligentium V), Jan: mi ebenum Jahn, Eyssenhardt, Willis;
melcule D P T: meculle N $\beta^1 \beta^2$, Jan, Medullae Turnèbe, Casanbon, Jahn, Eyssenhardt, Willis;
figulorum *codd.* (ficulorum M), Jan: Iguvinorum Jahn, Eyssenhardt, Willis;
habeas *codd.*, Jan: Hadriae Jahn, Eyssenhardt, Willis.

Le correzioni di O. JAHN, *op. cit.*, pp. 247-248, che mirano a reintegrare ad ogni costo una determinazione geografica per ciascun epiteto, sembrano forzare le intenzioni stesse dell'autore, attribuendo al testo una perfetta corrispondenza di espressioni che probabilmente gli era estranea. Si è quindi seguita la tradizione ms., già conservata dal JAN, ancora difesa da R. GELSONINO, *op. cit.*, pp. 147-152, e accettata da H. MALCOVATI, *Augusti fr. cit.*, p. 20. Resta incomprensibile *melculis* (o *meulle*), che in quanto vocativo presuppone un maschile **melculus* (invece è attestato solo il neutro *melculum*, diminutivo di *mel*; cfr. PLAUTO, *Curculio*, 837 e *Curculio*, 11): E Gelsonino pensò ad un diminutivo di *μυλον* "papavero" come "infuso di papavero", oppure al gentilizio etrusco *Mecominus*. Quanto a *carbunculum*, pare strattato come neutro perché contemporaneamente poteva essere considerato accusativo retto dal seguente *habeas*. Cfr. anche commento, ad A. I.

- II, 4, 24 Licinus: Licinius *codd.*, *edd.*

La lieve correzione è alquanto probabile, giacché si tratta del cognomen di un liberto della gens Julia, che non poteva portare il nome della gens

Licinia; ma la confusione era frequente, come dimostrano i mss. di DIONE CASSIO, 54, 21, e di SVETONIO, *Augustus*, 67. Però Licinus è la forma sicuramente attestata in poesia; cfr. *Parsio*, 2, 36; *Giovennale*, 1, 109 e 14, 305; *Manzale*, 8, 3, 6.

- II, 4, 24 centies: centum *codd.*, *edd.*

La correzione sembra necessaria, oltre che per l'ammontare della somma (cfr. commento, ad A. I.), per il confronto con il seguente *priori alierum centies... laesi*, ove non è possibile intendere *centies* equivalente a *centum* come suggerisce il JAN, ad A. I. Piuttosto è da ritenere che la prima volta ricorresse l'indicazione della somma in cifre: mal compresa, fu trascritta con *centies*. Nel seguito invece il contesto richiede la scrittura per esteso: di qui l'origine del divario nella tradizione ms. Per la possibilità di confusione tra l'avverbio numerale e il cardinale in tali casi cfr. SVETONIO, *Galba*, 5 *quingentes* e *quingenta* (= 50.000.000 e 50.000).

- III, 1, 4 Thybridis N D V F: Tibridis P B, Jan, Eyssenhardt, Willis, Tybridis T, Thybridis M, Thibridis R A.

La situazione dei mss., il confronto con I, 16, 37 ove si accoglie *Thybrim* di D (di fronte a *Thybris* N, *Tibris* P R V, *Tybris* T, *Thibris* $\beta^1 \beta^2$), il testo di *Aem.*, 7, 303 cui si fa qui riferimento, le lezioni adottate in VI, 1, 12 *Thyri* per *Aem.*, 8, 72 e in VI, 4, 4 *Thyris* per *Aem.*, 2, 782 rendono del tutto plausibile la forma *Thybridis*.

- III, 2, 15 unde hoc esse animadvertimus — expressimus: unde hoc esse animadvertimus? quod ait Vergilius, « cum faciam vitula pro frugibus, ipse venito; ut 'vitula' dixerit pro vitulatione, quod nonnisi esse sacrificii ob laetitiam facti superius expressimus? Eyssenhardt, Willis (vitulam M B T V).

Anzitutto, come già aveva notato il JAN, ad A. I., la lezione *vitulam* è l'unica che permetta di comprendere la contrapposizione del seguente § 16; cfr. S. TIMPANARO, *recensione*, p. 790. Inoltre le due interrogazioni, che il JAN introdusse per proprio scrupolo, al fine di attenuare dubitativamente l'asserzione ma non per necessità di interpretazione (cfr. commento ad A. I.), oscurano irrimediabilmente il senso nell'Eyssenhardt e nel Willis. È piuttosto da riconoscere qui un procedimento analogo a quello seguito in III, 6, 15: all'interpretazione *faciam vitulam* = *faciam vitulationem* si contrappone al § 16 con *minimimus iamen* ecc. la giusta lettura del testo virgiliano *facies vitula* = *vitulam sacrificaveris*; così come là a *cutes* = *ministra* si contrappone *cusor* = *prohibitor*, concludendo *hic atque* ecc.

- III, 6, 4 tauro mox immolat α V F A: taurum mox immolat M B R, Jan, Eyssenhardt, Willis.

Sembra senz'altro da preferire la *lectio difficilior*, che del resto trova riscontro in III, 10, 5; cfr. S. TIMPANARO, *recensione*, p. 791.

- III, 6, 11 memorialium P, memorialium N: memorabilium T $\beta^1 \beta^2$, Jan, Eyssenhardt, Willis.

Non c'è motivo per respingere la lezione di due ottimi mss., confermata da GELLIO, 4, 20, 11; 5, 6, 13; 7, 7, 8.

III, 7, 6 *zanac* *codd.*, Jan, Eysenhardt: *ζανας* L. Ricchieri (*Lodovicius Caelius Rhodiginus*), Willis, *ζανας* o *ζανας* antichi *edd.*, *ζανας* Liebrecht, *ζανας* Bernays.

La lezione *ζανας* è invenzione umanistica destituita di ogni fondamento. Celio Rodigino, *Antiquarium lectionum* 12, 11, vol. II, Leiden, 1560, pp. 115-118, non la propose né la discusse, ma la citò come certa desumendo probabilmente da *ζανας* delle edizioni venete e della Giuntina del 1515, giacché la sua opera fu pubblicata per la prima volta a Milano nel 1516. Appunto sul passo di Macrobio egli fondò la notizia sacrali homines = « *ζανας*, accettando un impossibile vocabolo greco che confuse e identifica con *ζανος* "statua di legno" nel tentativo di darne spiegazione: di qui lo scambio *ζανος/ζανας*, mai attestato, che è menzionato nel *Theaetetus* dello Stefano s. v. *ζανος*. Le congetture moderne per restituire il termine greco che evidentemente si nasconde sotto il latino dei mss. lasciano perplessi. Il JAN, commento ad h. l., propone dubitativamente *quos dicitur Graeci vocari*, per cui, attraverso una scrittura abbreviata, « si duplicata littera scriptum erat quos ZANAC », facile inde oriri poterat *quos ZANAC*; ma il procedimento è troppo complicato per essere plausibile. F. LIEBRECHT, op. cit., pp. 709-711, suggerì *ζανας* fondandosi su BEROSO, fr. 2 Jacoby, *FGH*, 680 (citato da ATENEO, 14, 639c), ove si legge che a Babilonia durante le feste Sacre i padroni sono comandati dagli schiavi: « uno di essi dirige la casa indossando un manto simile a quello regale: egli è chiamato *ζανας* (v. l. *ζανος*) »; e mettendo in relazione questa notizia con DIONE CRISOSTOMO, *Orat.* 4, 1, p. 76 Dindorf, che accenna all'usanza persiana di far sedere sul trono, vestito del manto regale, lo schiavo condannato a morte, dedusse che Macrobio intendeva riferirsi a quella parola persiana, però considerata greca (in quanto rinvenuta presso un autore greco) e trascritta con grafia errata. Ma nulla induce a riconoscere nello "schiavo-re" detto *ζανας* il sacrali homo cui si accenna in questo passo. J. BERNAYS, op. cit., pp. 127-128, difendendo la lezione tradita, ne rintracciò l'origine nella denominazione delle statue sacre a Zeus inalate ad Olimpia con il provento delle multe inflitte agli atleti che avevano violato le norme della gara, come inferiori PAUSANIA, 5, 21, 2: « dalla gente del luogo sono chiamate *ζανας* », cioè « i Giovi »; e supponendo che gli atleti spergiuri fossero considerati homines sacrali a Zeus *επνοας*, dato che il loro patrimonio era impiegato per l'erezione degli *ζανας*, intese la frase di Macrobio come un errore causato da fretta nella compilazione, per cui egli avrebbe confuso le persone con le statue consacrate al dio. Ma la spiegazione è fondata su un'ipotesi che non trova conferma altrove. Nella ricerca di una giustificazione per la lezione mss. si può forse anche pensare ad un errore di trascrizione dal greco: un originario *ΖΑΝΟΙ* o *ΖΑΝΕΑΙ* poté entrare nell'archetipo come *ZANAC* per incompiutezza dei caratteri greci; quindi *animas vero sacralorum hominum quos ζανας Graeci vocant* oppure *quas ζανας Graeci vocant*. L'aggettivo *ζανος* "molto divino, consacrato alla divinità, sacro" viene per lo più riferito a luoghi e a cose, in età tarda anche a persone. Ma pure in questo caso non si trova conferma per una tale accezione, e neppure l'indagine sui sacrifici di vittime umane consacrate agli dei offre elementi idonei ad illuminare il passo di Macrobio; cfr. F. SCHWENK, *Die Menschenopfer bei den Griechen und Römern*, « Religionsgesch. Versuche und Vorarbeiten », XV, 1915, 3, e *RE*, XV, 943-956. Sembra pertanto più prudente conservare la lezione dei mss., come fecero il Jan e l'Eysenhardt, « mit dem ominösen Kreuz », che il Bernays voleva eliminare.

III, 8, 2 Haterianus: Aetherianus α β¹ B V, Aetherianum M, Actherianus B¹⁰⁰, Aterianus Jan, Eysenhardt, Willis.

Sembra assai naturale l'identificazione con il commentatore di Virgilio Haterianus citato negli *SCHOLIA VERGILIANA*, ad *Aen.*, 7, 337; 9, 362 e 397; 10, 243. L'incertezza dei *codd.* può essere dovuta a confusione con *Iulius Atherianus* menzionato da TERRELLIO POLLIONE (*Historia Augusta*, XXX *tyrann.*, 6, 5), che con questo ha in comune soltanto la somiglianza del nome. In ogni caso la congettura Aterianus, proposta dal JAN, ad h. l. « ne nimis discederem a librorum mss. vestigiis », non ha alcun fondamento.

III, 8, 2 *barbatum*, corpore et veste muliebri: *barbatum* corpore, sed veste muliebri *codd.*, *edd.*

Il confronto con *SCHOLIA DANIELIS*, ad *Aen.*, 2, 632 rende alquanto probabile la Beve correzione, proposta da S. TIMPANARO, *recensione*, p. 788.

III, 8, 3 Laevius Scaligero, Eysenhardt: Laevinus *codd.* (seimus M, gaeninus B¹⁰⁰), Jan, Willis.

Cfr. *supra*, ad I, 18, 16.

III, 8, 9 Sextus Festus: Iulius Festus *codd.*, *edd.*

Sesto Pompeo Festo è citato rettamente come *Pompeius Festus* in III, 3, 10 e 5. 7. Poiché sembra improbabile una svista di Macrobio, non resta che accettare l'ingegnosa (forse fin troppo) supposizione del JAN, ad h. l.: « fortasse Macrobius posuerat praenomen *Sextus*, idque scriptum VI.TVS mutatum est in IVLIVS ».

III, 9, 4 Luam Wilamowitz: Lunam *codd.*, *edd.*

La Beve correzione proposta da U. VON WILAMOWITZ, « *Hermes* » cit., p. 302, che richiama SERVIO, ad *Aen.*, 3, 139, introduce opportunamente la menzione di una divinità italica pressoché ignota, il cui nome poté facilmente essere frainteso nella scrittura.

III, 9, 8 civitatieque Servio, ad *Aen.*, 2, 244: civitati *codd.*, *edd.*; propititque Husccke: prodititque *codd.*, *edd.*; propitit Husccke: praepositi *codd.*, *edd.*; si (haec) ita feceritis ut sciamus intellegamusque Fraenkel: ut sciamus intellegamusque si ita feceritis *codd.*, *edd.*

Si è preferito seguire il testo di E. HUSCKE, op. cit., p. 15 (ignorato dal Willis) e l'emendamento palmare proposto da E. FRAENKEL, *Horace*, Oxford, 1957, p. 237, confermato anche dal seguente § 11: *si haec ita feceritis ut ego sciam sentiam intellegamusque*; cfr. S. TIMPANARO, *recensione*, p. 790.

III, 9, 11 (te), Tellus mater Husccke: Tellus mater *codd.*, Jan, Eysenhardt, Willis; (an forte te, Tellus ?) senza menzionare lo Husccke.

L'integrazione, semplice e ovvia, è suffragata dal seguente *teque, Iuppiter*.

III, 9, 13 *Thurios Hirschke in apparato (nam ordinem geographicum sequi videtur)*: †Stonios† *codd.* (tonios P), *add.*

La congettura sembra alquanto probabile, in quanto *Thurii* fu conquistata da Annibale, e nell'elencazione si osserva l'ordine geografico.

III, 11, 5 *Titius Hertz*: *Tertius codd.* (terentius Voss), *add.*

Ancora un *praenomen* isolato che viene identificato con il *Titius* già citato; cfr. *supra*, ad I, 16, 28 e G. FURIAZZI, *GRF*, p. 556. Si dichiara contrario il WILLIS, *index*, p. 178 «nihil periculosius hoc emendandi genere».

III, 13, 11 C. Caesar rex sacrorum P. Scaevola *codd.*, Jan: C. Caesar *** rex sacrorum P. Scaevola *Eyssenhardt, Willis* (inter Caesar et rex lacunam statuit Eyss.).

Mentre i convitati dovevano essere in totale dodici (cfr. JAN, ad h. l. e *infra*, commento ad h. l.), nel testo sono elencate soltanto nove persone. Ma vi si devono aggiungere anzitutto il *flamine neo-eletto*, ovviamente sottinteso, e quindi anche il *pontefice massimo*; giacché, sia che il banchetto si svolgesse in casa sua sia in casa del nuovo eletto, sarebbe oltremodo strano che il capo del collegio non vi partecipasse, dato che era presente a Roma e iscrisse il fatto nel suo quarto *index* (cfr. *infra*, III, 13, nota 5). Resta pertanto da cercare la menzione del dodicesimo convitato, per cui balza subito evidente il *praenomen Sextus* isolato: ivi, e soltanto ivi, è opportuno supporre una lacuna con l'Eyssenhardt e il Willis. In quel periodo il collegio era composto di quindici pontefici, a cui si aggiungevano il *rex sacrorum*, i due *flamini* Marziale e Quirinale (il *flamen Dialis* non venne eletto fra l'87 e l'11 a. C.), e almeno tre pontefici minori. Dall'esame dell'elenco più completo per il 57 a. C., quale risulta da CICERONE, *De haruspicio responsis*, § 12, riesce possibile identificare le cariche delle persone menzionate in Macrobio (tranne P. Scaevola che ci è in ogni modo sconosciuto). In quanto in entrambe le liste è stato seguito l'ordine ora indicato sopra; cfr. L. R. TAYLOR, *Caesar's colleagues in the pontifical college*, «American Journal of Philology», LXIII, 1942, pp. 385-412. È quindi molto probabile riconoscere nel *Sextus* di Macrobio *Sext. Julius Caesar*, il *flamen Quirinalis* del 57 a. C. che compare nella lista di Cicero. Resta invece problematica la lezione C. Caesar rex sacrorum P. Scaevola; infatti, dato che non è possibile supporre l'omissione del nome del *rex* perché porterebbe a tredici il numero dei convitati, tale qualifica non sembra appropriata a Cesare, eletto pontefice nel 73 e divenuto massimo nel 63 a. C., e neppure all'ignoto Scaevola, non tanto perché, contro ogni consuetudine, sarebbe anteposta al nome, quanto piuttosto perché era titolo riservato ai patrizi e la famiglia *Mucia* era plebea. In attesa di una soluzione del problema è lecito supporre la seguente lista dei convitati:

1. Q. Metellus Pius pontifex maximus (sottinteso)
2. Q. Lutatius Catulus
3. M. (o Mam.) Aemilius Lepidus } pontifices
4. D. Iunius Silanus
5. C. Julius Caesar
6. P. Mucius Scaevola (rex sacrorum?)
7. L. Cornelius Lentulus flamen Martialis (sottinteso)
8. S. (Julius Caesar) flamen Quirinalis
9. Q. Cornelius
10. P. Volumentius } pontifices minores
11. P. Albinovanus
12. L. Julius Caesar augur (estraneo al collegio).

Se siamo nel 69 a. C. (cfr. *infra*, III, 13, nota 7), quando si stava affermando la potenza di Cesare, che proprio allora ottenne la pretura per l'anno seguente, non deve riuscire strana la presenza di Sesto, suo cugino primo, nel collegio, e tanto meno l'invito a Lucio, console nel 64 a. C., suo lontano parente. Per tutta la questione cfr. L. R. TAYLOR, *op. cit.*, le cui conclusioni in merito all'elenco di Macrobio non sembrano però accettabili.

III, 16, 5 *rarus inventu codd. di Plinio, Nat. hist.* 9, 60: *parvus inventu codd. di Macrobio* (pavus B), *perrarus inventu Jan, Eyssenhardt, Willis*.

Il confronto con Plinio e la lezione dei *codd.* di Macrobio suggeriscono piuttosto *rarus*; cfr. S. TIMPANARO, *recensione*, p. 788.

III, 18, 10 *quae sit N 3^a 3^a, Jan*: *quid sit P T, Eyssenhardt, Willis*.

Non c'è motivo per preferire la lezione di due soli *codd.*; cfr. S. TIMPANARO, *recensione*, p. 791.

IV, 5, 2 (itque reditque viam totiens) — (et mi genus ab Iove summo) [Antenor — Achivis]: itque reditque viam totiens — [Antenor — Achivis] Willis (itque — totiens ex Vergilio supplevi, cf. *infra* 23r, 12 [§ 4 ove è citato l'emistichio], *om. codd.*; Antenor — Achivis *versiculum* *sed. Jan.*).

Se si integra il verso nel primo caso osservando giustamente che è citato nel seguito, altrettanto si deve fare per l'altro verso, che è pure citato nel seguito al § 4: altrimenti si lasciano entrambi incompleti, come fecero il Jan e l'Eyssenhardt. Inoltre il JAN, ad h. l., proponendo l'espansione di *Aen.*, 1, 242 come glossa marginale, ne giustifica probabilmente la sostituzione con l'emistichio mancante di *Aen.*, 6, 123. Evidentemente in questo punto l'archetipo presentava un testo confuso, guastato dall'omissione di qualche parte o da falsa trasposizione di versi, di cui è fatica disperata tentare una ricostruzione. Sia tuttavia lecito notare che al seguente § 5 l'emistichio di *Aen.*, 1, 40 *Argivum... potuit* (in cui *potuit* è aggiunto dal solo P) si trova alla distanza di una pagina di ms. da *Antenor potuit* sono circa 615 segni, e bisogna tener conto dei numerosi versi citati; cfr. *supra*, ad I, 17, 67. Ma sarebbe forse pretesa eccessiva supporre l'errata anticipazione al § 2 di *Argivum... potuit* in luogo di *et mi genus ab Iove summo*, che formava una linea ma; quindi la correzione in *Antenor potuit...* per dare un senso, infine il completamento sul margine: donde il nuovo verso intero sarebbe entrato nell'archetipo.

IV, 6, 24 *et absit *** add.*

La lacuna fu indicata da Arnoldo Vesalinas nell'edizione di Colonia del 1521. In realtà l'argomento non sembra richiedere ulteriori sviluppi: in IV, 6, dopo aver trattato del *pathos a minore* e *a maiore*, l'esposizione si esaurisce in rapidi accenni a figure retoriche di minor rilievo. In *a* è lasciata libera una parte della riga, che in *3^a* è riempita dal sottotitolo *de stile Virgilii* riferito a V, 1 (3^a manca per questa parte); poi in tutti i *codd.* ha immediatamente inizio il libro V senza alcuna numerazione. Pertanto il capitolo che segue non è che il finale della relazione di Eusebio, cui dà occasione l'osservazione di Avieno; cfr. III, 10-12 per l'analogo procedimento in merito alle obiezioni di Evangelo a Pretestato. A conferma si noti l'indicazione posta da N T e 3^a al termine di V, 1: *de rhetoricis observationibus*

Virgili finit; ciò evidentemente si riferisce a tutta la trattazione dell'arte oratoria (cfr. I, 24, 14), di cui V, 1 è la conclusione, non già l'inizio del nuovo argomento.

V, 2, 13 et Venus: ut Venus *codd.*, *edd.*

L'evidente correlazione con il precedente *et tempestat* rende sicura la lieve correzione; cfr. S. TIMPANARO, *recensione*, p. 792.

V, 2, 15 iuvenis *codd.* (tranne T): iuvenes *P^oer. T, Jan, Eyssenhardt, Willis.*

La lezione virgiliana offerta dalla grande maggioranza dei *codd.* è del tutto accettabile; cfr. S. TIMPANARO, *recensione*, p. 789.

V, 9, 3 qui scindere *codd.* (tranne A): quis scindere A, Jan, Eyssenhardt, Willis.

La lezione è attestata pure dai *codd.* di Virgilio e da Tiberio Claudio Donato; cfr. S. TIMPANARO, *recensione*, p. 788.

V, II, 20 ol δ'δς τ' ἐν Ν Ρ: ol δ'δς ἐν *edd.*

Sembra senz'altro da preferire la lezione dei *ms.* (gli unici due con il testo greco per questa parte dell'opera), confermata dal *cod.* dell'*Odissia*, 13, 81, che però hanno δ'δς τ' ἐν.

V, 12, 1 rapida ungula *codd.* di Virgilio: rara ungula *codd.* di Macrobio, Jan (che nota l'errore), Eyssenhardt e Willis (senza commenti).

Si tratta ovviamente di una svista dell'*amanuense*, causata dal seguente verso; cfr. S. TIMPANARO, *recensione*, p. 789.

V, 15, 9 Astur Jan (dal *cod.* Salisburgensis 38): Antio *codd.*, Eyssenhardt, Willis;

Cygni: Cynni N β¹, Cigni P T, Cygni *edd.*;

Alaesus: Elesus N, Alesus P T β¹, *edd.*

Tutte e tre le lezioni sembrano plausibili in un contesto ove già sono state accolte altre correzioni di nomi propri rispetto alla tradizione *ms.* *Astur* è congettura fondata su *Aen.*, 10, 180 (cfr. anche S. TIMPANARO, *recensione*, p. 790); del resto la situazione è uguale in V, 15, 12 per *rurum*, che il Willis accetta dal Jan come correzione di *Nisus*. *Cyni* viene restituito per coerenza con V, 14, 16 e V, 16, 4 *Cygnus* (*Cygn-*, *Cign-*, *Cyn-*, *Cim-*); altrimenti bisognerebbe scrivere ovunque *Cygn-* come già il Jan e l'Eyssenhardt. *Alaesus* (per *Halaesus*, ma con il dittongo) è forma attestata dal *cod.* virgiliano Palatinus Vaticanus e Mediceus Laurentianus (entrambi pressoché contemporanei a Macrobio) per *Aen.*, 7, 724 e 10, 411; cfr. pure *Sat.*, III, 7, 3 *Halaesus* N B F, *Halesus* P T, *Alesus* M V.

V, 15, 12 Nisus Hyrtacides: Nisus Hyrtacides [Corinaeum sternit Asilas] Willis (Nisus Jan., rursus *codd.*; *uncis inclusi: irrepsit enim ex superioribus. pro Vergiliano Ianus reposuit comitem Aeneae quem miserat Ida. diiudicabit lector*).

È facile decidere che si tratta di una ripetizione dal precedente § 10, a distanza di circa venti righe (sono 420 segni, però le citazioni di versi ab-

bondano), e quindi di una pagina o di una colonna di *ms.* (cf. *supra*, ad I, 17, 16 e 67; IV, 3, 2): il testo scorre benissimo senza alcuna citazione.

V, 16, 6 ἀρρην δ' ἐς κ' ἐθδλη *codd.* di Esiodo: ἀρρην δ' ἐς κ' ἐθδλη *codd.* di Macrobio (però θ'δς: εοο N, τοο P), *edd.*

A parte ἀρρην rimasto inespugnabilmente immutato dalle più antiche edizioni, il confronto con Esiodo, *Opera*, 210 (ignoto dal Willis), un passo espunto da Aristarco, rende alquanto plausibile non solo la lezione δ' ἐς, ma, data la facile confusione ΕΘΑΗ, -ΕΙ, -ΟΙ, anche il congiuntivo con *xx*, che è usuale in frasi di questo tipo.

V, 17, 12 nubem — fumantem *codd.* di Gellio: nubem turbine piceo et favilla fumante *codd.* di Macrobio, *edd.*

La correzione è ovvia, in quanto dà rispondenza precisa con il testo di *Aen.*, 3, 573 citato al precedente § 10 ed è confermata da GELLIO, 17, 10, 14: la stessa espressione è ripetuta *infra*, § 13 *nubem atram fumantem*. Del resto qualche riga sopra sono già stati accolti *Græcus* e *angues* di Gellio in luogo di *Græcos* e *amnes* di Macrobio; e probabilmente anche al precedente § 11 in luogo di *in principio* era bene accettare *iam principio* da Gellio, come osserva S. TIMPANARO, *recensione*, p. 788.

V, 17, 19 o cives, Diomede Jan da antichi *edd.*: o cives, Diomedem α R, Eyssenhardt, Willis, Diomedem F A;

in -η desinens: in e desinens Jan, in en desinens P, Eyssenhardt, Willis, in em desinens N T β¹;

Latine dixisse Diomedem N T, Jan: Latine dixisse Diomedem P β¹, Eyssenhardt, Willis.

Delle tre forme di accusativo *Diomedem*, *Diomedem*, *Diomede*, la sola che non può entrare nell'esametro citato è quella in -em, perché non permette sinalefe. Bisogna quindi accettare il testo proposto dal Jan, dato che non è ammissibile al grossolana ignoranza di metrica in Macrobio, e d'altra parte l'esame della tradizione offre la possibilità di giungere ad un chiarimento. Oltre ad una grafia *Diomede* fraintesa o inserita a torto e quindi estesa ai tre passi, come già osservò il Jan, soprattutto la frase *Latine dixisse* è responsabile della confusione nei *ms.*, come mi è stato segnalato dal prof. B. Gentili: essa fu interpretata "usò la forma latina", anziché "usò in latino", donde l'equivoco di una contrapposizione fra latino -em e greco -en, mentre Macrobio intendeva riferirsi alla forma *Diomedem*, usata nella declinazione latina dei nomi greci (basti ricordare *Aeneas*), tenendola distinta da quella prettamente greca *Diomede*. Cfr. per questo verso dell'*Esiodo* l'analogo errore di alcuni *codd.* virgiliani e di Tiberio Claudio Donato con la chiara spiegazione di Servio.

V, 18, 6 οὐ — ὕλιον (< ὕλῃ) τοῦ Ἀχελῷου Jacoby: [οὐ — ὕλιον] τοῦ Ἀχελῷου Jan, Eyssenhardt, Willis (*exulare iubet Marx*).

Sembra preferibile l'integrazione di F. JACOBY, *FGHist.*, 70, fr. 20.

V, 18, 7 αἰνιωτάτων *codd.*, Jan, Eyssenhardt: αἰνιωτέων Willis.

La correzione non sembra indispensabile, perché il superlativo, per quanto raro con β, può essere dovuto all'influsso di οὐδὲν; cfr. anche F. JACOBY, *FGHist.*, 70, fr. 20.

V, 18, 10 Ἀκουσῶς Schneidewin, Eyssenhardt: Ἀγῶς cod. (Ἀγῶς N). Jan, Willis (potius credo Macrobius errasse).

La confusione fra i due nomi è troppo frequente nella tradizione ms. greca per riconoscerli un errore di Macrobio.

V, 19, 13 Carminii (viri): carmini cod., Carmini Jan, †Carmini Eyssenhardt (Granli conf. Meursius), Granli (viri) Willis.

Un Carminius, grammatico studioso di antichità e forse anche commentatore di Virgilio, è ben attestato in Saxio, ad Aen., 5, 233; 6, 638; 6, 861; 8, 406. Non c'è dunque ragione per correggere la lezione ms., evidentemente causata da confusione con il dativo carmini. D'altra parte il Meursius si era limitato a notare: «sorte Graeci; nobilissimus antea Granus Licinianus Placcus». Identificando Liciniano e Placco. Placibile invece viri che integra ottimamente la frase; l'omissione è spiegabile anche nell'incontro CARMINIVIRI.

V, 19, 14 Carminii Jan: carmini cod. (carminium T), †Carmini Eyssenhardt, Granli Willis.

Cfr. supra, ad V, 19, 13.

V, 20, 12 Βοηδοῦς Fabricius: Μόδοις cod., edd.

Piuttosto che un errore di Macrobio, come ritiene, sia per riluttante, il Willis in apparato, sembra probabile ammettere una svista dell'archetipo, che confuse le iniziali greche trascrivendo una parola più comune in luogo del titolo esatto; per cui cfr. T. Kock, CAF, I, p. 690.

V, 21, 7 in nostro sermone cod., Jan, Eyssenhardt: in vestro sermone Willis (Zeunius).

Se si accetta qui la correzione perché sta parlando un Greco, bisogna per coerenza seguire lo Zeune anche al seguente § 9 scrivendo ses invece di nos, come già osservò il Jan, ad A. I. Ma la svista risale a Macrobio stesso, dato che al § 18 insiste con nos... dicemus in un contesto che non ammette dubbi.

V, 21, 7 Phasmate T: fantamate N, fantasmate PFA, Phantasmate R, Jan, Eyssenhardt, Willis.

Data l'incertezza della tradizione ms., che denuncia difficoltà nella trascrizione dal greco non certo attribuibile a Macrobio, sembra più probabile accogliere la retta forma del titolo; per cui cfr. T. Kock, CAF, II, p. 302. Però secondo ogni verosimiglianza Macrobio diede il titolo in greco scrivendo ΦΑΣΜΑΤΙ (dove è forse spiegabile FANTAMATE), così come al precedente § 6 Τυφά e al seguente § 8 Ἀγῶς.

V, 22, 3 ipsiusse cod., Jan: ipsius deae Eyssenhardt, Willis (Eyss. non male; fortasse legendum ipsius esse).

Ma in realtà ipsius esse è la lezione del cod. B di Abraham Groskov (cfr. Jan, prol., p. LXXIII, 10), ed è ottima congettura. Comunque la forma ipsiusse non sembra da respingere, anche se attestata in questo solo passo; cfr. S. TIMPANARO, recensione, p. 791.

VI, 1, 16 †stant et† — hastis ansatis: stant et spargere sese hastis: ansatis Jan, Eyssenhardt, Willis.

Occorre segnalare il guasto del testo; cfr. S. TIMPANARO, recensione, p. 790. Inoltre, per coerenza con il confronto virgiliano istituito da Macrobio, sembra opportuno riferire ansatis a hastis anziché a telis; cfr. Colonna citato dal Vahlen nell'edizione di Ennio.

VI, 1, 28 ciebat N^{cor.} T R F, Jan, cod. di Virgilio: ciebat P^{cor.}, Eyssenhardt, Willis, ciebat N, ciebat P, vehibat A.

Non si trova giustificazione per preferire la correzione ciebat per -bant di P a ciebat per -bat di N, dal momento che ciebat è pure confermato da altri tre mss. e da tutta la tradizione virgiliana come lezione che non ammette varianti nel contesto dell'Enide. D'altra parte sembra alquanto improbabile una svista di Macrobio, che avrebbe fatto confusione con il finale di Aen. 6, 829 stragemus ciebat; ma anche in tal caso la lezione da accogliere sarebbe ciebat, e non già ciebat.

VI, 2, 18 quid ita *** cum tuo: quid te ita cum tuo Eyssenhardt, Willis (te ita contuo Vossius, ita cum tuo N P R F A, approbante Vahlen [anche Jan], ita cumque tuo T).

Sembra necessario segnalare una lacuna; cfr. O. RIBBECK, TRF³, p. 23, fr. 8 v. 37, che integra quid ita (iacentem te tuor). Però il te inserito dall'Eyssenhardt, seguito dal Willis, senza correggere ulteriormente il testo, non trova giustificazione alcuna; cfr. anche S. TIMPANARO, recensione, p. 790.

VI, 4, 2 male sit cod. di Macrobio, edd. di Lucilio: male sic edd. di Macrobio.

Non c'è ragione per alterare la lezione concorde dei mss.; cfr. anche J. N. MADVIG, op. cit., p. 233, nota.

VI, 4, 8 sed ut et Theophrasti cod. di Cicerone: sed ut et Theophrasti cod. di Macrobio, edd.

Ovvia correzione desunta da Cicerone, Brutus, 9, 37.

VI, 4, 13 in Atellania cod., Jan, Eyssenhardt: in Atellana Willis.

Cfr. supra, ad I, 4, 22.

VI, 4, 16 pineam, nuceam, (hanc atque aliam materiem omnem) cum effodis dai cod. di Catone e di Plinio: pineam nuceam cum effodis Jan, Eyssenhardt, Willis (nuceam vulg. ex Cat., nucem cod.).

Ottimo l'emendamento nucem del Jan, ma dal confronto con CATONE, De agri cultura, 31, 2 (citato anche da Plinio, Nat. Hist., 16, 193) sembra pure necessario supportare la caduta di una linea ms., giacché pinea, nucem (sc. arbor o materia) sono incomprensibili in questo contesto. Dove appunto la lezione pineam nucem "pigna" dei cod. di Macrobio, come unico tentativo possibile di intendere il testo mutilo. Altrimenti bisognerebbe pensare ad un errore risalente a Macrobio; ma sarebbe svista troppo grossolana per chi stava commentando Georg., I, 236 citato subito prima.

VI, 4, 18 *lychnosque ut diximus Eyssenhardt*, *edd. di Lucilio*: *lychnosque (fine verso) diximus Jan, Willis (ante diximus legitur ut in N P T, et in R F A)*.

Non c'è motivo per ritornare al testo e alla divisione dei versi del Jan, scostandosi dalla lezione dei codd.; cfr. S. TIMPANARO, *recensione*, p. 791.

VI, 5, 5 in libro Saturarum quarto *Eyssenhardt* (Satirarum): in libro Sabinarum quarto *codd., Jan, Willis*.

Sembra opportuno adottare l'antica correzione del Colonna citata dal Pontanus; cfr. S. TIMPANARO, *recensione*, p. 790. La confusione fra i due titoli di Ennio può anche essere casuale in seguito ad un comprensibile scambio *Satir-/Sabin-*.

VI, 5, 10 *Laevius Ribbeck, Eyssenhardt*: *Livius codd., Jan, Willis*.

Cfr. *supra*, ad I, 18, 16 e anche *infra*, p. 79 per i nomi propri.

VI, 6, 7 *oculisque aut pectore codd. di Macrobio, Jan, Eyssenhardt*: *oculive aut pectore codd. di Virgilio, Willis*.

Il confronto con *Aen.* 4, 530 non autorizza a correggere i mss. per una divergenza simile a molte altre dovute a sviste di Macrobio o piuttosto ad una diversa tradizione virgiliana da lui seguita; cfr. S. TIMPANARO, *recensione*, p. 789. Casi analoghi, neppure segnalati dal Willis, sono tutt'altro che infrequenti: basti notare in questo stesso capitolo al § 12 *Aen.* 9, 252 e al § 13 *Aen.* 6, 405 segg.; cfr. anche l'*Indice speciale*, pp. 896 segg.

VI, 7, 13 in re atque omni tempore *codd. di Macrobio e di Gallo, Jan, Eyssenhardt*: in re atque omni in tempore *Willis (scripti)*.

Il confronto con GELLIO, 2, 6, 10 fornisce indicazione in senso opposto; cfr. S. TIMPANARO, *recensione*, p. 791.

VII, 3, 3 vel alias *codd., Jan*: vel alius *cod. Salisburgensis 38, (Eyssenhardt), Willis*.

Non si vede ragione per adottare questa lezione isolata di un ms. del sec. XV (neppure menzionato dal Willis). Ma forse si tratta di un errore di stampa derivato dall'Eyssenhardt, che però lo aveva segnalato nella sua seconda edizione, *praef.*, p. vi.

VII, 3, 15 T. Quietus (bis) *dei codd. di Plutarco*: L. Quintus *codd. di Macrobio, edd.*

Il confronto con PLUTARCO, *Quaest. conv.*, 632a, ove si legge Κῡρτος τοῦ ἡερῖπου, rende plausibile la correzione, già sostenuta da G. WINOWA, *recensione*, p. 686, e lo scambio delle lettere nel prenome è facilmente imputabile alla tradizione mss. anziché a Macrobio; cfr. S. TIMPANARO, *recensione*, p. 792.

VII, 5, 1 Graia lingua: Graeca lingua R A, *edd., gratia lingua α (N P T)*.

La lezione di α sembra piuttosto suggerire un originario GRAIA; cfr. S. TIMPANARO, *recensione*, p. 792.

Meritano ancora un accenno le grafie errate dei nomi propri, per cui spesso è ardua impresa stabilire se l'errore è dovuto alla tradizione mss. oppure risale a Macrobio o alla sua fonte. Fra il prudente criterio conservativo del Jan e le scelte alquanto personali del Willis si è preferita la norma di restituire la forma ritenuta esatta, anziché accusare continuamente di ignoranza, per lo più senza fondamento, il nostro autore; naturalmente è sempre segnalata in nota la lezione mss. Il problema richiederebbe un'indagine sistematica.

Sono già stati discussi sopra i casi di discordanza dal Willis, che giunge a conservare in VI, 5, 10 *Livius* per *Laevius* (e notare in apparato e non reperio!) e invece accetta dal Meurs correzioni come I, 17, 21 *Leandrius* per *Meandrius* (e in *index*, p. 175 registra poi *Meandrius* dichiarando di seguire il Kell), V, 19, 13 *Gravii* per *Carminii* (conservando in *index*, p. 172 « sine dubio legendum »). Minor rilievo comporta la restituzione del dittongo in IV, 4, 3 *Calaeus* e V, 15, 9 *Alaeus* (per *Halaeus*; cfr. commento ad h. l.). Restano infine da segnalare le altre correzioni, accettate dal Willis e qui pure accolte, come II, 4, 2 *L. Varius* del Pontanus per *Gravii*, II, 6, 1 *Cassilius* dello Stefano per *Cas(cil)ius*, III, 14, 9 *Caelium* del Meurs per *Cacilius*. Per tutti questi casi si rimanda all'*Indice speciale*, pp. 930 segg.

In un'opera come questa, frutto di compilazione, assume particolare importanza la distinzione delle innumerevoli citazioni. Si è cercato quindi di ottenere maggior chiarezza usando le virgolette anziché il corsivo, e precisamente « » per le citazioni testuali, " " per le frasi estratte dal loro contesto, e ' ' per le parole isolate o in particolari accezioni. Invece il corsivo è riservato ai titoli delle opere; mentre per le battute di dialogo e gli incisi si è ricorso al trattino.

Dall'uso del corsivo per le citazioni, non sempre applicato con coerenza, sono derivate nel Willis parecchie incertezze ed alcuni casi di confusione; ad es. per le citazioni da Trebazio in III, 8, 2 e 3, nonché in I, 3, 9 *legi* che è un'integrazione, e così pure l'incongruenza nella grafia delle forme discusse in I, 4, 5 segg. I titoli delle opere sono saltuariamente segnalati mediante l'iniziale maiuscola, ma per lo più irriconoscibili: si veda I, 4, 15 *Fastorum*, I, 12, 12 *De fastis*, I, 12, 16 *in fastis*, I, 12, 30 *is commentario fastorum*; I, 7, 12 ' *Nescis quid noster vobis* » e II, 8, 2 lo stesso senza virgolette; I, 9, 13 *De die*, III, 2, 13 *de die*, e viceversa III, 4, 6 *De die Penitibus* che non è titolo di un'opera; III, 3, 2 *de religiosibus*, III, 3, 5 *Religionum*, III, 3, 1 *de Religionibus*; VI, 1, 39 e 40 *De morte*, VI, 2, 19 e 20 *de morte*; e l'elenco potrebbe continuare a lungo per innumerevoli casi. Ugualmente incertezze si riscontrano nei titoli greci: basti citare I, 9, 3 *Italicum* di fronte a III, 6, 16 *Ἑλληνιστικόν* entrambi in caratteri latini nei codd. Per l'uso delle virgolette si notino le confusioni in I, 1-2, e in particolare I, 2, ove il discorso di Eusebio non cessa al § 12 ma prosegue fino al termine del § 13.

I versi citati sono posti in maggior risalto mediante una più evidente diversità di carattere tipografico, e la loro individuazione e disposizione è stata curata con maggior diligenza.

Valgano ad esempio alcuni confronti con l'edizione del Willis. In I, 18, 23 *vestro* fa parte del verso citato, IV, 3, 14 *esse irakobatur* è nel verso precedente

a quello di a *templo*, e così pure VI, 6, 6 *ter secum* rispetto a *arrato* ecc.; IV, 3, 10 il secondo *Ilacos* è nel testo di Macrobio, non in Virgilio; viceversa V, 15, 7 *maius iuvenum* è citazione virgiliana, come pure V, 22, 9 *in nemora alta vocans*, ed anche III, 13, 13 per Ennio; analogamente in molti altri luoghi per l'ordinamento delle citazioni poetiche. In particolare in III, 8, 3 per il testo di Livio si è preferita la disposizione su tre versi secondo il Morel, in V, 22, 9 per Pindaro la divisione dei versi dello Snell. Inoltre è sembrato opportuno conferire maggior uniformità al sistema di mettere in evidenza i versi; infatti non è logico per es. in V, 15, 8 e 13 lasciare entro il testo alcune citazioni e subito dopo ai §§ 14 e 15 metterle in rilievo altre analoghe. Nel caso di citazioni ripetute nel corso del commento di un passo già citato per esteso si è seguita la norma di lasciare entro il testo le frasi o gli emistichi ripresi dalla citazione di base; invece nel Willis appaiono metodi contrastanti, come per es. IV, 5, 3-4 e VI, 9, 12 ove sono messe in evidenza ripetizioni parziali di un passo che invece in V, 13, 11, 16, 19, 21 con una situazione identica sono lasciate entro il testo.

L'ortografia e la divisione delle parole, in particolare per il greco, è stata riveduta in modo coerente adeguandola a criteri più moderni. Naturalmente sono state corrette anche le sviste e gli errori di stampa.

Oltre alle oscillazioni nella scrittura del latino, per cui si è curata una più coerente divisione delle parole, sono state rivedute specialmente le forme poetiche greche adottando la grafia delle edizioni moderne, come ad es. nella separazione delle particelle e nelle forme peculiari del dialetto omerico. Si noti in particolare l'incongruenza del Willis nella scrittura di *ὄς* "così": *ὄς* in V, 4, 12, 5, 1, 5, 11, 5, 12, 8, 12, 10, 8, 10, 9, 11, 3, 11, 23, 11, 30, 13, 15, 13, 25 di fronte a *ὄς* in V, 4, 10, 11, 27, 13, 13, e nello stesso paragrafo V, 10, 6 *ὄς* e *ὄς*, e persino *ὄς* *ἐπ'α'* in V, 6, 12 di fronte a *ὄς* *ἐπ'α'* in V, 7, 8 e *ὄς* *ἐπ'α'* in V, 10, 12, e infine *ὄς* in VII, 5, 18. In I, 7, 20 si è scritto *ἄλλ' ἢ* anziché *ἄλλ' ἢ* per restituire la forma epica propria del testo citato; similmente *ἄλλ' ἢ* anziché *ἄλλ' ἢ* in V, 7, 15, *ἀλλ' ἢ* per *ἀλλ' ἢ* in VI, 7, 14, e altri casi analoghi. Si segnalano infine alcuni degli errori di stampa corretti, come I, 7, 14 *sicui* per *sicut*, II, 3, 10 *exprobat* per *exprobra*, V, 2, 6 *mutavit* per *mutavit*, VII, 5, 22 *et per ut* (*tridamus*), VII, 16, 10 *factum* per *factum*; molto più numerosi nel greco, come V, 5, 10 *μετὰ* per *μετὰ*, V, 6, 6 *ἔλγαν* per *ἔλγαν*, V, 8, 9 *ἐ'* per *ἐ'*, V, 18, 20 *ἐλπίδων* per *ἐλπίδων*; spesso nell'identificazione di nomi propri, come V, 11, 10 *ἀρετον* e *ἀμαζαν* per *Ἀρετον* e *Ἀμαζαν*, V, 21, 15 *θεόδοτος* per *Θεόδοτος*, e perfino per lo stesso verso V, 6, 15 *Ἡδός* di fronte a V, 9, 11 *Ἡδός*; e soprattutto nell'accentazione, che talora rispecchia antiquate grafie ormai desuete, talora denuncia sviste palesi: I, 17, 42 *Παρθένον* per *Παρθένον*, I, 17, 43 *Ἐμμελίον* per *Ἐμμελίον*, I, 20, 3 *τά τ' ἐόντα* per *τά τ' ἐόντα*, I, 21, 19 *κρίας* per *κρίας*, I, 23, 22 *ἐκατόντα* per *ἐκατόντα*, II, 7, 18 *ἀμαζόν τ'* per *ἀμαζόν τ'*, V, 5, 4 *ἰσάν* per *ἰσάν*, V, 5, 13 *ἀφίστατον* per *ἀφίστατον*, V, 6, 5 *ἔρι* per *ἔρι*, V, 8, 7 *ολος* per *ολος*, V, 8, 9 *κορυβαίος* per *κορυβαίος*, V, 14, 6 *ἡιδός τε* per *ἡιδός τε*, V, 15, 14 *καλὴν* per *καλὴν*, V, 16, 6 *ἀρρὸν* per *ἀρρὸν*, V, 19, 10 *καλόντα* per *καλόντα*, V, 21, 8 *τόρον* per *τόρον*, V, 22, 5 *ἰδός* per *ἰδός*, VII, 5, 9 *ἀνθεμίων* per *ἀνθεμίων*, e l'elenco potrebbe continuare ancora a lungo.

Infine anche la punteggiatura ha subito modifiche, sia per giungere a maggior uniformità sia per agevolare la comprensione del testo.

Nel Willis l'uso indiscriminato del punto di interrogazione, sia nella forma diretta che indiretta (particolarmente difficili da distinguere in Macrobio, che spesso usa l'indicativo anche nelle interrogative indirette), potrebbe essere giustificato se trovasse applicazione uniforme; si scorra invece VII, 1 segg., e si resterà sorpresi dalla difformità di impiego. Ancora più sconcertante riesce in alcuni luoghi la comparsa dell'interrogativo invece dell'esclamativo, come ad es. VI, 6, 8 *quam bene usus est ...?* e viceversa altrove l'assenza dell'esclamativo, come VI, 6, 7 *quam pulchra sunt*, VI, 6, 16 *quam poetica indignatio*, per cui non ci sarebbe nulla da eccepire se fosse seguita una norma costante. Infine, in funzione interpretativa, si confronti I, 11, 8 *libero animo servus est. hoc illi* con l'interpunzione qui adottata desumendo dagli edd. di Seneca; VII, 14, 18 *videre oculorum est, iudicare rationis*, per cui si rimanda alla nota ad A. I.; VII, 16, 11, ove la punteggiatura poteva segnalare la forma stillogistica dell'esposizione *in illis... natura vera... et...*, così come nel seguente § 13. Con la revisione di questi e molti altri casi analoghi si spera di aver reso un servizio utile al lettore; a cui si chiede venia per altre mende che saranno certo sfuggite anche in questa edizione.

NOTA BIBLIOGRAFICA

Edizioni e traduzioni.

- Venezia, 1472 (*editio princeps*): opera et impensa Nicolai Ienson Gallici.
- Brescia, 1483. 1485. 1490: per Boninum de Boninis de Ragusia.
- Venezia, 1492: s. n. (uguale alla seguente).
- Venezia, 1500: a Philippo Pincio Mantuano.
- Brescia, 1501: Angelus Britannicus.
- Venezia, 1513: Ioannes Rivius per Augustinum de Zannis de Portesio ad instantiam Do. Lucam Antonium [sic] de Giunta.
- Firenze, 1515: Nicolaus Angelius opera et sumptu Philippi Iuntae.
- Parigi, 1515. 1516. 1519. 1524: Ioannes Rivius apud Iodocum Badii Ascensium.
- Venezia, 1521: Nicolaus Angelius in aedibus Ioannis Tacuini de Tridino.
- Colonia, 1521. 1526: Arnoldus Vesaliensis apud Eucharium Cervicorum.
- Colonia, 1527: opera et impensa Ioannis Soteris.
- Venezia, 1528: in aedibus Aldi et Andreae Asulani soceri.
- Lione, 1532. 1538. 1542. 1548: apud Sebastianum Gryphium (dall'edizione di Arnoldus Vesaliensis).
- Basilea, 1535: Joachim Kammermeister (Camerarius) ex officina Ioannis Hervagii.
- Lione, 1550. 1556. 1560: apud Sebastianum Gryphium (dall'edizione precedente).
- Lione, 1560: apud Theod. Paganum.
- Venezia, 1565. 1574: apud Ioannem Gryphium.
- Venezia, 1570: apud Hieronymum Scotum.

- Lione, 1585: apud Antonium Gryphium.
 Parigi, 1585: in aedibus H. Stephani (Henri Estienne), a cura di L. Carrion.
 s. l., 1597. 1607: apud Iacobum Stoer.
 Leida, 1597: J. Isaak Pontanus, Jan van Meurs (Meursius) ex officina Plantiniana apud Franciscum Raphelinquin.
 Leida, 1628: J. Isaak Pontanus, Jan van Meurs ex officina Ioannis Maire.
 Leida, 1670: J. Isaak Pontanus, Jan van Meurs, Jacob Gronov (Gronovius) ex officina Arn. Doude.
 Londra, 1694: J. Isaak Pontanus, Jan van Meurs, Jacob Gronov impensis T. Dring et C. Harper.
 Padova, 1736: apud Iosephum Cominum, a cura di Gerolamo Volpi.
 Lipsia, 1774: J. Carl Zeune (Zeunius) impensis G. C. Georgii.
 Zweibrücken, 1788: ex typographia societatis Bipontinae.
 Parigi, 1827: collez. F. Didot, con traduzione francese di Charles de Rosoy.
 Parigi, 1845: collez. J. J. Dubochet sotto la direzione di D. Nisard, con traduzione francese di Alphonse J. Mahul.
 Parigi, 1845-1847: collez. C. L. F. Panckoucke, con traduzione francese di A. Ubicini Martelli (Sat. I-IV) e Henri Descamps (Sat. V-VII).
 Quedlinburg e Lipsia, 1848-1852: ed. G. Basse, con apparato critico, commento e indici a cura di Ludwig von Jan (Janus).
 Lipsia, 1868. 1893: collez. Teubner, con apparato critico e indici a cura di Franz Eyssenhardt.
 Parigi, 1937: collez. Garnier, con traduzione francese, note e indice di Henri Bornecque (Sat. I-III) e François Richard (Sat. IV-VII).
 Bucarest, 1963: ed. Accademia di Romania, in traduzione rumena, con introduzione e note di G. Tohăneanu.
 Lipsia, 1963: collez. Teubner, con apparato critico e indici a cura di James A. Willis.

N.B. — Non esistono traduzioni inglesi e tedesche, e questa è la prima traduzione italiana dei *Saturnali*.

Studi particolari
 (con speciale riguardo ai *Saturnali*).

- T. W. ALLEN, *Macrobius I*, 7, 10, «Classical Quarterly», XXVI, 1932, p. 87.
 F. ALTHEIM, *Porphyrus und Konstantin der Grosse* [per Sat., I, 17, 13 segg.], «Atti dell'VIII Congresso di studi bizantini», I, Palermo, 1951, p. 312.
 G. ASTE, *Autore e tempo della lex Licinia de sumptu minuendo* [per Sat., III, 17, 7], «Aevum», XV, 1941, pp. 581-588.
 V. BASANOFF, *Nonae Caprotinae* [per Sat., I, 11, 35-40], «Latomus», VIII, 1949, pp. 209-216.
 S. E. BASSETT, *Macrobius on Dido* [per Sat., V, 17, 5-6], «Classical Journal», XXI, 1926, pp. 45-46.
 A. BEHR, *Fragmente einer Handschrift der Macrobius- und Plinius-Excerpte*, «Jahrbücher für klassische Philologie», CXLVII, 1893, pp. 139-143.
 A. S. BENJAMIN, *An historical commentary on the second book of Macrobius' Saturnalia* (diss.), University of Pennsylvania, 1955 (microfilm).
 TH. BERGK, *Macrobius, Sat., III, 9, 8 und 13*, «Philologus», XXXII, 1873, p. 567 (= «Kleine philologische Schriften», II, Halle, 1886, p. 760).
 J. BERNAYS, *Zanas* [per Sat., III, 7, 6-8], «Hermes», IX, 1875, pp. 127-128 (= «Gesammelte Abhandlungen», II, Berlin, 1885, pp. 321-322).
 F. BITSCH, *De Platoniorum quaestionibus quibusdam Vergilianis* (diss.), Berlin, 1911.
 R. BITSCHOFFSKY, *Zur Kritik und Erklärung des Macrobius*, «Zeitschrift für die österreichischen Gymnasien», XXIX, 1878, pp. 88-96; 259-262; 335-336.
 C. BIUSO, *Varroniana nonnulla ex Antiquitatibus derivantia quae in Macrobius Saturnaliorum libris inveniuntur*, Firenze, 1882.
 M. BROYE, *La compilation dans les Saturnales de Macrobe*, epitome in «Revue des études latines», XXVI, 1949, pp. 68-69.
 A. CAMERON, *The date and identity of Macrobius*, «The Journal of Roman Studies», LVI, 1966, pp. 25-38 [abbr. JRS].
 ID., *Macrobius, Avianus and Avianus*, «Classical Quarterly», n. s. XVII, 1967 [abbr. CQ].
 ID., *The treatise de verbo ascribed to Macrobius*, «Bulletin of the Institute of Classic Studies», XIV, 1967.

- C. G. COBBET, *Macrobius* [per Sat. I, 10], « Mnemosyne », VII, 1879, p. 48.
- P. COURCELLE, *Nouveaux aspects du Platonisme chez saint Ambroise* (III Ambroise lecteur de Macrobe), « Revue des études latines », XXXIV, 1956, pp. 232-239 [abbr. REL, 1956].
- Id., *La postérité chrétienne du Songe de Scipion* (II saint Jérôme et le commentaire de Macrobe), « Revue des études latines », XXXVI, 1958, pp. 214-215 [abbr. REL, 1958].
- V. D'AGOSTINO, *Sui Saturnalia di Macrobio*, « Rivista di studi classici », VIII, 1960, pp. 159-170.
- D. DAUBE, *Ne quis fecisse velit* [per Sat., II, 6, 1], « Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte », LXXXVIII, 1961, pp. 390-391.
- A. ENGELBRECHT, *Zwei alte Gebetsformeln bei Macrobio* [per Sat., III, 9, 7-11], « Wiener Studien », XXIV, 1902, pp. 478-484.
- C. C. VAN ESSEN, *Modern?* [per Sat., II, 2, 3-4], « Hermeneus », XXXV, 1963, pp. 52-63.
- P. FREZZA, *Ordalia e legis actio sacramento* [per Sat., V, 19, 26 segg.], « Archivio giuridico », CXLII, 1952, pp. 83-89.
- C. FRIES, *Zu Macrobio, Sat. I, 17-23*, « Philologische Vochenschrift », XLVII, 1929, pp. 1342-1344.
- M. FUHRMANN, *Macrobio und Ambrosius*, « Philologus », CVII, 1963, pp. 301-308.
- R. GELSOMINO, *Augusti epistula ad Maecenasem: Macrobio, Sat. II, 4, 12*, « Rheinisches Museum », CI, 1958, pp. 147-152.
- H. GEORGH, *Zur Bestimmung der Zeit des Servius*, « Philologus », LXXI, 1912, pp. 518-526.
- G. GÖTZ, *Commentationum Macrobiana (progr.)*, Jena, 1890.
- P. GRENADE, *Analyse d'un texte des Saturnales de Macrobe* [per Sat. II, 5, 2-5], epitome in « Revue des études latines », XXXII, 1954, pp. 42-44.
- W. H. GROSS, *Clipeata imago und εἰκὼν ἐνὶ κλῆρος* [per Sat., II, 3, 4], « Convivium: Festschrift für K. Ziegler », Stuttgart, 1954, pp. 66-84.
- M. HAUPT, *Ad Gellii noctes Atticas* [per Sat., VII, 12], Berlin, 1857 (= Opuscula, II, 1876, p. 125).
- Id., *Coniectanea* [per Sat., I, 7, 29; II, 3, 6 e 7, 9], « Hermes », VIII, 1874, pp. 248-249 (= Opuscula, III, 2, 1876, pp. 632-633).
- L. HAVET, *Ennius apud Macrobium VI, 2, 25*, « Revue de philologie », XI, 1887, p. 74.

- L. HERRMANN, *La satira de M. Seius* [per Sat., VI, 1, 37 e 5, 15], « L'antiquité classique », XV, 1946, pp. 257-261.
- M. HERTZ, *Miscellen* [per Sat., I, 11, 41 segg.], « Jahrbücher für klassische Philologie », XCV, 1867, pp. 317-318.
- Id., *Miscellen* [per Sat., I, 3, 2 segg.], « Jahrbücher für klassische Philologie », XCVII, 1868, pp. 572-573.
- O. HIRSCHFELD, *Macrobius, Sat., I, 15, 21*, « Wiener Studien », III, 1881, p. III.
- K. HUBERT, *Zur indirekten Überlieferung der Tischgespräche Plutarchs*, « Hermes », LXXIII, 1938, pp. 307-328.
- O. JAHN, *Satura* [per Sat., II, 4, 12], « Hermes », II, 1867, pp. 247-248.
- I. VON JAN, *Polemio bei Macrobio, Sat., V, 19*, « Philologus », V, 1850, pp. 381-382.
- H. D. JOCELYN, *Ancient scholarship and Virgil's use of republican Latin poetry*, « Classical Quarterly », n. s. XIV, 1964, pp. 280-295; XV, 1965, pp. 126-144.
- V. L. JOHNSON, *The superstition about the nundinae* [per Sat., I, 13, 16-19], « American Journal of Philology », LXXX, 1959, pp. 133-149.
- W. KAHN, *Cornelius Labo (de Macrobio Labonis compilatore)*, « Philologus », V (Supplement 5), 1889, pp. 726-728.
- G. KETTNER, *Die Benutzung des Verrius Flaccus in den Kalenderbruchstücken des Macrobio*, « Scholae Misniensi... congratulantur... scholae Portensis rector et praeceptores », Numburgii, 1879, pp. 9-31.
- A. KLOTZ, *Disciplina disciplinarum* [per Sat., I, 24, 21 e VII, 15, 14], « Archiv für lateinische Lexicographie und Grammatik », XIII, 1908, p. 98.
- R. KLOTZ, *Zu Macrobio*, « Jahns Archiv », XII, 1846, pp. 158-159.
- A. LA PENNA, *Studi sulla tradizione dei Saturnali di Macrobio*, « Annali della Scuola Normale Superiore di Pisa » (lett. stor. e filos.), s. II, XXII, 1953, pp. 225-250 [abbr. Studi].
- Id., *recensione all'edizione macrobiana di J. A. Willis*, « Rivista di filologia e di istruzione classica », XCII, 1964, pp. 452-461 [abbr. recensione].
- U. LEPORE, *I codici napoletani dei Saturnali di Macrobio*, « Biblioth », I, 1946-1947, pp. 75-91.
- F. LIEBRECHT, *Zu Macrobio und Photius* [per Sat., III, 7, 6-8], « Philologus », XXII, 1865, pp. 709-711.
- H. LINKE, *Quaestiones de Macrobii Saturnaliorum fontibus (diss.)*, Breslau, 1880.

- G. LÖDGBERG, *In Macrobi Saturnalia adnotationes* (diss.), Uppsala, 1936.
- L. A. MACKAY, *In defence of Ennius* [per Sat., VI, 4, 6], « Classical Review », XIII, 1963, pp. 264-265.
- J. N. MADVIG, *Adversariorum criticorum* III, 2, 6 [per Sat., I, 11, 7 e 21; I, 16, 20; II, 2, 2], Copenhagen, 1884, pp. 250-251.
- A. J. MAHUL, *Dissertation historique, littéraire et bibliographique sur la vie et les ouvrages de Macrobe*, « Annales Encyclopédiques », V, Paris, 1817, pp. 21-76 (= « Classical Journal », XX, pp. 105 segg.; XXI, pp. 81 segg.; XXII, pp. 51 segg. = introduzione alla citata edizione macrobiana del Nisard, Paris, 1845).
- N. MARINONE, *Elio Donato, Macrobio e Servio, commentatori di Vergilio*, Vercelli, 1946.
- J. MASSON, *The slaughter of the children in Bethlehem as an historical fact vindicated and the suspected christianity of Macrobius disproved* [per Sat., II, 4, 11], London, 1728.
- J. E. B. MAYOR, *Macrobius, Sat. VII, 4, 7*, « Classical Review », I, 1887, p. 243.
- S. MAZZARINO, *La politica religiosa di Stilicone*, « Rendiconti dell'Istituto Lombardo di Scienze e Lettere » (lettere), LXXI, 1938, pp. 235 segg. (in particolare pp. 255-258).
- R. DU MESNIL DU BUISSON, *De Shadrâf, dieu de Palmyre, à Ba'al Shamim, dieu de Hatra, aux II et III siècles après J. C.* [per Sat., I, 17, 66-70], « Mélanges de l'Université St. Joseph », XXXVIII, Beirut, 1962, pp. 141-160.
- A. MONIGLIANO, *Tre figure mitiche: Tanaguida, Gaia Cecilia, Acca Larenzia* [per Sat., I, 10, 12-15], « Pubblicazioni della Facoltà di Lettere e Filosofia », Università di Torino, 1938, pp. 1-28.
- Id., *Ambarvales hostiae* [per Sat., III, 5, 7], « Maia », XV, 1963, pp. 47-48 (= « Terzo Contributo alla storia degli studi classici », Roma, 1966, pp. 657-659).
- K. MRAS, *Macrobius' Kommentar zu Ciceros Somnium*, « Sitzungsberichte der preussischen Akademie der Wissenschaften », Berlin, 1933.
- L. MÜLLER, *Kein neuer Saturnus* [per Sat., VI, 1, 38], « Rheinisches Museum », n. s. XXIII, 1868, pp. 215-216.
- R. MÜNZEL, *De Apollodori nepi θεῶν libri: II de Macrobio* (diss.), Bonn, 1883.
- H. L. W. NELSON, *Saturnalia van Macrobius: beschouwingen over de klassieke dichtkunst naar aanleiding van tafelgesprekken uit de late oudheid*, Leiden, 1958.

- M. NEUBURGER, *La medicina in Macrobio e Teodoro* [per Sat., VII, 4 segg.], « Rivista storico-critica delle scienze mediche e naturali », XIV, v, 1923, pp. 241-257.
- J. PAOLI, *Marsyas et le ius italicum*, « Mélanges d'archéologie et d'histoire de l'École Française de Rome », Paris, 1938, pp. 96-130.
- R. PETTAZZONI, *Il Cerbero di Sarapide* [per Sat., I, 20, 13], « Mélanges Picard », Paris, 1949, pp. 803-809.
- R. PFEIFFER, *The image of the Delian Apollo* [per Sat., I, 17, 13], « Journal of the Warburg and Courtauld Institute », XV, 1952, pp. 20-32.
- B. PHADÈS, *Ἀνάλεκτα φιλολογικά* [per Sat., III, 20, 7 βοῦμασθος], « Ἀθήνα », LIII, 1949, pp. 270-296.
- J. G. PRÉAUX, *Ars ludica* [per Sat., III, 14, 9], « L'antiquité classique », XXXII, 1963, pp. 63-77.
- CH. S. RAYMENT, *Fish* [per Sat., III, 16, 10], « Classical Weekly », XXXVI, 1943-1944, pp. 32-33.
- Id., *A curious sidelight on Roman history* [per Sat., VII, 16, 22], « Classical Journal », XL, 1944-1945, pp. 292-295.
- G. REGEL, *De Vergilio postarum imitatore testimonia* (diss.), Göttingen, 1907.
- A. RIESE, *Ein neuer saturnischer Vers* [per Sat., VI, 1, 38], « Rheinisches Museum », n. s. XIX, 1864, p. 310.
- R. RÜHRMUND, *Macrobius im Verdacht als Lobredner des Vergil und als Tadler des Cicero*, « Jahrbücher für Philologie und Pädagogik », LXXVI, 1857, pp. 349-357.
- A. SANTORO, *Esegesi virgiliana antichi: Donato, Macrobio, Servio*, Bari, 1946.
- S. SAUNERON, *Macrobi, Sat. VII, 13, 9*, « Bulletin de l'Institut Français d'Archéologie Orientale », LVIII, 1959, pp. 29-32.
- H. SAUPE, *Die Pollen bei Macrobius* [per Sat., V, 19, 13-31], « Rheinisches Museum », n. s. IV, 1846, pp. 152-154.
- E. SAVIO, *Intorno alle leggi suntuarie romane* [per Sat., III, 17], « Aevum », XIV, 1940, pp. 174-194.
- P. M. SCHEDLER, *Die Philosophie des Macrobius und ihr Einfluss auf die Wissenschaft des christlichen Mittelalters*, « Beiträge zur Geschichte der Philosophie des Mittelalters », XIII, 1, Münster in W., 1916.
- G. SCHERPS, *Zu Macrobius-Plinius*, « Blätter für das Gymnasial-Schulwesen », XXXII, 1896, pp. 404-408.
- F. W. SCHNEIDEWIN, *Beiträge zur Herstellung der Grasca in Macrobius Saturnalia*, « Zeitschrift für die Alterthumswissenschaft », 1843, nn. 59-60.

- Id., *Aeschylus Aetna und die Paliken* [per Sat., V, 19, 15-31], « Rheinisches Museum », n. s. III, 1845, pp. 70-83.
- Id., *Aristophanes Kohalos* [per Sat., V, 18, 5], « Rheinisches Museum », n. s. III, 1845, pp. 141-144.
- G. F. C. SCHÖMANN, *Commentatio Macrobianae* (diss.), Greifswald, 1871.
- A. SCHÖNE, *Coniectanea critica*, II [per Sat., III, 8, 2] (prog.), Kiel, 1894.
- J. SCHWARTZ, *Sur quelques anecdotes concernant César et Cicéron*, « Revue des études anciennes », I, 1948, pp. 264-271.
- K. SCHWENK, *Macrobius, Sat. I, 18*, « Zeitschrift für die Alterthums-wissenschaft », 1840, p. 1080.
- V. SCIALOJA, *Il testamento di Acca Larentia* [per Sat., I, 10, 12-15], « Studi senesi », XXII, 1905, pp. 1 segg.
- W. SPIEGELBERG, *Buchis: der heilige Stier von Hermonthis* [per Sat., I, 21, 20], « Archiv für Papyrusforschung », I, 1900-1902, pp. 339-342.
- A. STACHELSCHIED, *Bentleys Emendationen von Macrobius*, « Rheinisches Museum », XXXVI, 1881, pp. 324-326.
- W. H. STAHL, *Astronomy and geography in Macrobius*, « Transactions and Proceedings of the American Philological Association », LXXIII, 1942, pp. 232-258.
- L. STERNBACH, *Das Ohr und das Gehör in der griechischen, lateinischen und polnischen Phraseologie* [per Sat., VII, 3, 7], epitome in « Bulletin de l'Académie Polonaise de Cracovie », Krakow, 1936, pp. 44-45.
- S. TIMPANARO, *recensione all'edizione macrobiana di J. A. Willis*, « Gnomon », XXXVI, 1964, pp. 784-792.
- G. B. TOWNEND, *Changing views of Vergil's greatness*, « Classical Journal », LVI, 1960, pp. 67-77.
- L. TRAUBE, *Varia libamenta critica* [per Sat., I, 17-23] (diss.), München, 1883.
- J. TREMBLEY, *Examen d'un passage de Macrobie* [per Sat., V, 17], « Mémoires de Berlin », 1796 (Belles Lettres), Berlin, 1799, pp. 148-168.
- E. TÜRK, *Macrobius und die Quellen seiner Saturnalien* (diss.), Freiburg in Bresg., 1962.
- Id., *Les Saturnales de Macrobie source de Servius Danielis*, « Revue des études latines », XLI, 1963, pp. 327-349 [abbr. REL].
- Id., *Macrobie et les Nuits Attiques*, « Latomus », XXIV, 1965, pp. 381-406 [abbr. Lat.].

- W. VOLLGRAFF, *Ad Macrobi Sat., I, 18, 12*, « Mnemosyne », LX, 1932, p. 436 = n. s. I, 1933-1934, p. 288.
- C. C. WEBB, *On some fragments of the Saturnalia*, « Classical Review », XI, 1897, p. 441.
- P. WESSNER, *Macrobius*, « Real-Enzyklopädie der Altertumswissenschaft », XIV, 1928, col. 170-198 [abbr. RE].
- B. J. WHITING, *An analogue to the Mah story* [per Sat., I, 6, 30], « Speculum », VII, 1932, p. 552.
- TH. WHITTAKER, *Macrobius, or philosophy, science and letters in the year 400*, Cambridge, 1923.
- U. VON WILAMOWITZ-MÖLLENDORF, *Varro Calo apud Macrobius III, 6, 5: conjectanea*, Göttingen, 1884.
- Id., *Macrobius III, 9, 4*, « Hermes », LXI, 1926, p. 302.
- J. A. WILLIS, *De Macrobi codice Montepessulano*, « Rheinisches Museum », XCVII, 1954, p. 287.
- Id., *De codicibus aliquot manuscriptis Macrobi Saturnalia continetibus*, « Rheinisches Museum », C, 1957, pp. 152-164.
- G. WISSOWA, *De Macrobi Saturnaliorum fontibus capita tria* (diss.), Breslau, 1880 [abbr. diss.].
- Id., *Analecta Macrobianae*, « Hermes », XVI, 1881, pp. 499-505 [abbr. Anal.].
- Id., *recensione all'edizione macrobiana di F. Eyssenhart*, « Wochenschrift für klassische Philologie », XII, 1895, pp. 681 segg. [abbr. recensione].
- Id., *Athenaeus und Macrobius*, « Gelehrte Nachrichten von der Gesellschaft der Wissenschaften » (phil.-hist. Klasse), Göttingen, 1913, pp. 325-337 [abbr. Ath.].

Alcune opere generali.

- H. BLOCH, *The Pagan Revival in the West at the end of the fourth century*, in A. MOMIGLIANO, *The Conflict...* cit., pp. 193-218.
- G. BOISSIER, *La fin du paganisme*, Paris, 1907.
- D. COMPARETTI, *Virgilio nel Medioevo*, vol. I a cura di G. Pasquali, Firenze, 1937.
- P. COURCELLE, *Les lettres grecques en Occident de Macrobie à Cassiodore*, Paris, 1948.
- Id., *Anti-Christian Arguments and Christian Platonism: from Arnobius to St. Ambrose*, in A. MOMIGLIANO, *The Conflict...* cit., p. 151-192.

- E. R. CURTIUS, *Europäische Literatur und lateinische Mittelalter*, Bern, 1954.
 S. DILL, *Roman Society in the last century of the Western Empire*, London, 1925.
 J. GEFFCKEN, *Der Ausgang des griechisch-römischen Heidentums*, Heidelberg, 1929.
 E. GIBBON, *The Decline and Fall of the Roman Empire*, a cura di J. Bury, London, 1896-1900 (traduzione italiana, Torino, 1926-1927).
 T. R. GLOVER, *Life and Letters in the fourth century*, Cambridge, 1901.
 H. GRISAR, *Roma alla fine del mondo antico*, Roma, 1908.
 P. HENRY, *Plotin et l'Occident*, Louvain, 1934.
 PH. LEVINE, *The Continuity and Preservation of the Latin Tradition*, in L. WHITE, *op. cit.*, pp. 206-231.
 F. LOT, *La fin du monde antique et le début du Moyen-Age*, Paris, 1929.
 A. MOMIGLIANO, *Cassiodorus and Italian Culture in his time*, « Secondo Contributo alla storia degli studi classici », Roma, 1960, pp. 191-230.
 ID., *The Conflict between Paganism and Christianity in the fourth century* (studi di vari autori), Oxford, 1963.
 ID., *Christianity and the Decline of the Roman Empire*, in *The Conflict...* cit., pp. 1-26 (= « Terzo Contributo alla storia degli studi classici », Roma, 1966, pp. 68-96).
 ID., *Pagan and Christian Historiography in the fourth century*, in *The Conflict...* cit., pp. 79-99.
 P. MONCEAUX, *Les Africains: étude sur la littérature latine d'Afrique*, Paris, 1894.
 R. PARIBENI, *Da Diocleziano alla caduta dell'impero d'occidente*, « Storia di Roma », VIII, Bologna, 1941.
 M. PAVAN, *La crisi della scuola nel IV secolo d. C.*, Bari, 1952.
 O. SERCK, *Geschichte des Untergang der antiken Welt*, Berlin, 1901-1920.
 A. SOLARI, *La crisi dell'impero romano*, Milano-Roma, 1933-1936.
 E. STEIN, *Geschichte des spätromischen Reiches*, vol. I vom römischen zum byzantinischen Staate (284-476), Wien, 1928 (traduzione francese di J. R. Palanque, Paris, 1959).
 L. WHITE, *The Transformation of the Roman World* (studi di vari autori), Los Angeles, 1966.
 J. WYTTES, *Der Streit um den Altar der Viktoria*, Amsterdam, 1936.

Autori antichi.

- ALESSANDRO DI AFRODISIA: *Alexandri Aphrodisiensis problemata*, ed. I. L. Ideler, « Physici et medici Graeci minores », I, pp. 1-80, Berlin, 1841-1842 [Amsterdam, 1963].
 APOLLONIO RODIO: *Apollonii Rhodii Argonautica*, ed. H. Fränkel, Oxford, 1961.
 ARATO: *Arati phaenomena*, ed. J. Martin, Firenze, 1956.
 ARCHILOCO: *Archiloeus, fragments*, ed. F. Lasserre, Paris, 1958.
 ARISTOFANE: *Aristophanis comoediae*, ed. R. C. Cantarella, Milano, 1949-1964.
 ARISTOTELE: *Aristotelis opera*, ed. I. Bekker, Berlin, 1831-1870; *Aristotelis fragmenta*, ed. V. Rose, Leipzig, 1886; *Aristoteles pseudopigraphus*, ed. V. Rose, Leipzig, 1863.
 ATEIO CAPITONE: *C. Atei Capitonis fragmenta*, ed. W. Strzelecki, Leipzig, 1967.
 AUGUSTO: *Imperatoris Caesaris Augusti operum fragmenta*, ed. H. Malcovati, Torino, 1962.
 CALLIMACO: *Callimachus*, ed. R. Pfeiffer, Oxford, 1949-1953.
 CATONE: *M. Porcii Catonis de agri cultura*, ed. A. Mazzarino, Leipzig, 1962; *origines*, cfr. *infra* Peter, HRR; *orationes*, cfr. *infra* Malcovati, ORF.
 CATULLO: *C. Valerii Catulli carmina*, ed. M. Schuster e W. Eisenhut, Leipzig, 1958.
 CESARE: *C. Iulii Caesaris operum fragmenta*, ed. A. Klotz, Leipzig, 1927.
 CICERONE: *M. Tullii Ciceronis opera*, vari edd., Leipzig, 1876-1966; *fragmenta*, ed. C. F. W. Müller, Leipzig, 1879.
 CORNUTO: R. Reppe, *De L. Annæo Cornuto (diss.)*, Leipzig, 1906; cfr. anche *infra* Mazzarino, GRF.
 DEMOSTENE: *Demosthenis orationes*, ed. S. H. Butcher e W. Rennie, Oxford, 1903-1931.
 DIDIMO: *Didymi Chalcenteri fragmenta*, ed. M. Schmidt, Leipzig, 1854 [Amsterdam, 1964].
 ENNIO: *Ennii Enniæ pœsis reliquiae*, ed. J. Vahlen, Leipzig, 1903² [1963]; *fragmenta scaenica*, cfr. *infra* Ribbeck, TRF.
 EPICURO: *Opere*, ed. G. Arrighetti, Torino, 1960.
 ERASISTRATO: R. Fuchs, *De Erasistrato capita selecta*, « Hermes », XXIX, 1894, pp. 171 segg.

- ESCHILO: *Die Fragmente der Tragödien des Aischylos*, ed. H. J. Mette, Berlin, 1959.
- ESIODO: *Hesiodi carmina*, ed. A. Rzach, Leipzig, 1958.
- EURIPIDE: *Euripidis fabulae*, ed. G. G. A. Murray, Oxford, 1903-1931; *fragmenta*, cfr. *infra*, Nauck, TGF.
- FAVORINO: *Opere*, ed. A. Barigazzi, Firenze, 1966.
- FESTO: *Sex. Pompeius Festus*, ed. W. M. Lindsay, Leipzig, 1913.
- GAIVIO BASSO: L. Lersch, *Gaius Bassus und Caius Bassus*, «*Philologus*», I, 1846, pp. 615-622.
- GELLIO: *Auli Gellii noctes Atticae*, ed. C. Hosius, Leipzig, 1903.
- GIOVENALE: *D. Iunii Iuvenalis satirae*, ed. U. Knoche, München, 1950.
- IGINO: Ch. B. Bunte, *De C. Iulii Hygini vita et scriptis (diss.)*, Marburg, 1846.
- IPPOCRATE: *Hippocratis opera*, ed. C. G. Kühn, Leipzig, 1825-1827.
- LABEONE: J. Mülleneisen, *De Cornelii Labeonis fragmentis, studiis, adsectoribus (diss.)*, Marburg, 1889.
- LUCILIO: C. Lucilii satirarum reliquiae, ed. F. Marx, Leipzig 1904-1905; ed. N. Terzaghi, Firenze, 1966¹.
- LUCREZIO: T. Lucreti Cari de rerum natura, ed. J. Martin, Leipzig, 1963¹.
- MENANDRO: *Menandri quae supersunt*, ed. A. Körte e A. Thierfelder, Leipzig, 1957-1959.
- MUSONIO: C. Musonii Rufi reliquiae, ed. O. Hense, Leipzig, 1905.
- NEVIO: Cn. Naevii belli Punici carminis quae supersunt, ed. W. Strzelecki, Leipzig, 1964; S. Mariotti, *Il bellum Poenicum e l'arte di Nevio*, Roma, 1955; cfr. *infra*, Morel, FPL, e per i fragmenta scaenica Ribbeck, TRF e CFR.
- NIGIDIO: P. Nigidii Figuli operum reliquiae, ed. A. Swoboda, Wien, 1889 [Amsterdam, 1964].
- OMERO: *Homeri opera*, ed. D. B. Monro e T. W. Allen, Oxford, 1912-1920; *Iliade*, ed. P. Mazon, Paris, 1937 [1955-1957]; *Odissea*, ed. V. Bérard, Paris, 1955-1956¹.
- ORAZIO: Q. Horatii Flacci opera, ed. F. Klingner, Leipzig, 1959¹.
- PINDARO: *Pindari carmina*, ed. B. Snell, Leipzig, 1959-1964¹.
- PLATONE: *Platonis opera*, ed. J. Burnet, Oxford, 1903-1910.
- PLAUTO: T. Maccius Plautus, ed. W. Lindsay, Oxford, 1904; *fragmenta*, ed. G. Götz e F. Schöhl, vol. VII, Leipzig, 1895 [1907].

- PLINIO: C. Plinii Secundi naturalis historia, ed. L. Jan e K. Mayhoff, Leipzig, 1892-1933 [1967].
- PLOTINO: Plotin, *Ennéades*, ed. É. Bréhier, Paris, 1954.
- PLUTARCO: *Plutarchi vitae parallelae*, ed. C. Lindskog e K. Ziegler, Leipzig, 1915-1959; *moralia*, vari edd., Leipzig, 1925-1966.
- PUBLILIO: *Publii Syri sententiae*, ed. W. Meyer, Leipzig, 1880 [1967]; ed. O. Ribbeck, CFR² (cfr. *infra*).
- SALLUSTIO: C. Sallustius Crispus, ed. A. Kurfess, Leipzig, 1964¹; *fragmenta*, ed. B. Maurenbrecher, Leipzig, 1893 [1967].
- SENECA: L. Annaei Senecae epistulae morales, ed. A. Beltrami, Roma, 1937¹.
- SERVIO e SCHOLIA DANIELIS: *Servii grammatici qui feruntur in Vergilii carmina commentarii*, ed. G. Thilo e H. Hagen, Leipzig, 1880-1902; *ad Aen.*, I-II, editio Harvardiana, Lancaster, 1946.
- SOPHOCLE: *The fragments of Sophocles*, ed. A. C. Pearson, Cambridge, 1917; cfr. *infra* Nauck, TGF.
- SPEUSIPPO: P. Lang, *De Speusippi Academici scriptis; accedunt fragmenta*, Bonn, 1911 [Hildesheim, 1965].
- TEOPRASTO: *Theophrastus, historia plantarum*, ed. A. Hort, London e Cambridge (Mass.), 1916.
- TUCIDIDE: *Thucydides*, vol. I, ed. O. Luschkat, Leipzig, 1960¹.
- VARRONE: M. Terentii Varronis de re rustica, ed. G. Götz, Leipzig, 1929; *satirae Menippeae*, ed. F. Bücheler e W. Heraeus, «*Petronii satirae*», Leipzig, 1922¹ [1958]; ed. E. Bolisani, Padova, 1936; *logistoricon libri*, ed. E. Bolisani, Padova, 1937.
- VIRGILIO: P. Vergilii Maronis opera, ed. O. Ribbeck, Leipzig, 1894-1895; ed. R. Sabbadini, Roma, 1937¹.

Raccolte di frammenti.

- v. Arnim, SVF = H. VON ARNIM, *Stoicorum veterum fragmenta*, Leipzig, 1905-1924 [1964].
- Bernhardy = BERNHARDY, *Eratosthenica*, Berlin, 1822.
- Bremer = F. P. BREMER, *Iurisprudentiae Antehadrianae quae supersunt*, Leipzig, 1896-1901.
- Bruns = K. G. BRUNS, TH. MOMMSEN e O. GRADENWITZ, *Fontes iuris Romani*, Tübingen, 1909¹ [Aalen, 1958].
- Diehl, ALG = E. DIEHL, *Anthologia lyrica Graeca*, Leipzig, 1941-1964.
- Diels, FdV = H. DIELS e W. KRANZ, *Die Fragmente der Vorsokratiker*, Berlin, 1960¹.

- Schöll = R. SCHÖLL, *Legis XII tabularum reliquias*, Leipzig, 1866.
Thulin = C. THULIN, *Scripturum disciplinae Etruscae fragmenta*,
Berlín, 1906.

AVVERTENZA

Per agevolare la consultazione dell'opera le note, oltre al commento, contengono i rimandi agli autori citati e ai passi paralleli nonché l'indicazione dei riferimenti interni. Nello stesso intento, oltre al consueto indice dei nomi ed argomenti notevoli, è stato compilato un indice speciale concernente i passi paralleli con indicazione dell'eventuale corrispondenza letterale, gli autori citati con segnalazione dei passi omerici e virgiliani che presentano varianti di rilievo rispetto al nostro *textus receptus* (per gli altri autori è fatto cenno nelle note), i nomi propri con distinzione fra quelli ricorrenti nel testo di Macrobio e nelle citazioni ed elenco dei casi notevoli per lezione controversa o corretta.

Mi è particolarmente gradito ringraziare il direttore della collezione prof. Italo Lana, alla cui competenza e cortesia molto deve il presente lavoro; i professori Alan Cameron, Silvio Cuspi, Bruno Gentili, Sebastiano Timpanaro, Alfonso Traina, che mi fornirono contributi inediti e suggerimenti utili alla soluzione di alcuni problemi particolari; il dottor Paolo Zenone per la diligente revisione degli indici.

ACTA JURIDICA

1977

ESSAYS IN HONOUR OF BEN BEINART
Jura Legesque Antiquiores necnon Recentiores
VOLUME II

Editorial Board
Professor Wouter de Vos
Professor W H B Dean
Professor I Leeman
C F Forsyth (Secretary)
Editorial Assistants
T W Bennett, R Nairn,
J E Schiller, J L Taitz

Published under the auspices of the
FACULTY OF LAW, UNIVERSITY OF CAPE TOWN



JUTA & COMPANY LTD
CAPE TOWN WETTON JOHANNESBURG

1979
Senato della Repubblica - Archivio Storico

It is a delight to be enabled to join in a tribute to Professor Ben Beinart and, in so doing, to attempt to solve a riddle in Roman law, a riddle which very appropriately to his other interests has a strong jurisprudential flavour. The riddle is a simple one. Various texts in effect tell us that *si iudex litem suam fecerit*, he shall be liable to a penalty. There were some things that at some stage in Roman legal history a judge could do wrong, thereby rendering himself liable to an action by a dissatisfied litigant. But what things? At what time? What does *litem suam facere* mean? And why was the judge's liability categorized among *obligationes quae quasi ex maleficio nascuntur*?

These questions define the riddle. No satisfactory answer has yet been given. This paper sets out a new and, it is submitted, a satisfactory solution. In outline it is as follows:

- (1) The action in question originated in, and was particularly appropriate to, the formulary system of litigation which had died out by the late third century AD.
- (2) The grounds of judicial liability certainly included 'patent errors', i.e. some *ex facie* obvious failure by the judge to decide a case according to the express terms of the praetor's *formula*.
- (3) The grounds may also have included wilful (*dolo malo*) misjudgment motivated by favour to or spite against one of the parties, or bribery, provided such could be proved by clear evidence extrinsic to the judgment itself.
- (4) The action probably became a dead letter with the development of a system of appeals within the Imperial system of adjudication (the so-called *cognitiones extraordinariae*).
- (5) *Litem suam facere* means 'to make one's own *lis*' either in the technical legal sense of '*lis*' or in the popular sense of 'a dispute' (or perhaps both senses were embraced).
- (6) The *obligatio*, at least in the case of 'patent errors', was established without proof of any dolose or culpable act on the part of the judge; but his conduct manifested a failing in the virtue proper to his role. Similar criteria apply to the other cases of *obligationes quae quasi ex maleficio nascuntur*.

I shall attempt to establish these points in that order.

1 THE FORMULARY SYSTEM

The outlines of the formulary system of actions are well known. Aulus, having a grievance against Numerius, summons him to proceedings '*in iure*' before the praetor (*in ius vocatio*). On the basis of averments by each of the parties, the praetor grants a *formula* defining all the issues at stake between the parties, naming a judge, and instructing the judge to grant *adjudicatio* or *condemnatio* in favour of Aulus, or to absolve Numerius, according as he is satisfied by the evidence one way or the other. The *adjudicatio* or *condem-*

ratio clause might give the judge a relatively wide or a relatively limited discretion.

If either party made some error in his pleadings he could petition the praetor for amendment of the *formula*, and at least in some circumstances amendment could be allowed, but only by the praetor, and not after the commencement of the trial *apud iudicem* (when, presumably, Aulus or Numerius would have shown his hand in matters of evidence, rendering further amendment unfair).

The praetor granted the *formula* in virtue of his *imperium* as a magistrate. Plainly it would have been a flagration of that *imperium* if anyone purported to amend the *formula* on his own account without reference to the praetor.

The proceedings *in iure* were concluded by the solemn act of *litis contestatio*; the 'witnessing together' by Aulus and Numerius of the *lis* (action at law; *litis nomen omnem actionem significat sive in rem sive in personam sit*, D 50.16.36). This was a formal act of great significance for it was deemed to extinguish whatever right or cause of action Aulus previously held against Numerius in relation to the subject-matter of the action. From then on he had only the remedial right defined in the *lis*, subject to proof of his averments and rebuttal of any defence by Numerius. See Gaius 3.180.

Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum. Nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione.

This statement refers only to *obligationes* and to *iudicia legitima*. But for other grounds and modes of action, similar provisions held.

This was a strict, even a harsh, rule. But it was obviously a fundamentally important one for the system. A primary aim of organized systems of adjudication is to provide a final decision one way or the other in relation to those disputes which are brought into the system. Judicial decisions must be authoritative, binding on the parties and – above all – final. Otherwise they have no point.

Hence, no doubt, the firmness of the rule about *litis contestatio* above quoted. That extinguished the prior cause of action and defined the liability of the defendant and the claim of the plaintiff. From now on the *lis* as encapsulated in the *formula* authoritatively defined their dispute at law. And that had to be settled by proceedings before the appointed judge, proceedings *apud iudicem*. This *iudex* (like the praetor himself) was not a professional lawyer, but a citizen of senatorial (or also, in a later period, equestrian) rank. The parties themselves, it appears, could effectively choose their own judge if they could agree on one. But it was the praetor's appointment in the exercise of magisterial *imperium* which constituted him *iudex* for that case.

Necessarily, given all the above, after *litis contestatio* everything so far as concerned Aulus's and Numerius's *lis* turned on the judge's decision. Whatever he decided was final as between them. And if he failed to reach any decision at all, Aulus was still done for. His original cause of action was 'dissolved', so he could not go back for a new *formula* and a new judge

(though it may have been possible for the judge himself to decline jurisdiction and apply for the appointment of a substitute if, for example, one of the parties instituted him heir, thereby giving him an interest in the outcome of the action. See D 5.1.17). Aulus's case stood or fell by the decision, or even non-decision, of the appointed *iudex*.

Not merely was the judge's decision final; it was not, within the formulary system, subject to any kind of appeal, not till the twilight period of the system's working.

In all legal systems, there is a strong and genuine necessity that disputes be capable of being brought to an absolutely final decision. *Interest rei publicae ut sit finis litium* as the brocard has it. But there is also a necessity for some public confidence that the system can and does normally secure justice between parties, at least 'justice according to law'. To this end, there has to be some means of correcting judicial aberrations. To the modern mind, conditioned by modern systems, the obvious answer is the institution of appeals through a hierarchical court system – and even then, for the highest court, there is no real answer to the question *quis iudicabit iudices ipsos?*

But appellate courts presuppose in some degree a professionalized and hierarchical system of administration of justice. That did not exist in the Roman Republic which invented the formulary system. It came into existence only in the Empire – and so did appellate jurisdictions.

Thus the formulary system had a built-in problem. Finality of judgment was firmly secured. But what about the risk of judicial aberrations, even gross and obvious ones? The more secure finality of judgments was made, the more acute that risk. It cannot but have been the case that sometimes an Aulus or a Numerius thought the judge had decided wrongly. That's life, and that's litigation – an institution which systematically dissatisfies half its customers. But on the merits of the argument on facts or (in the case of *formulae in ius conceptae*) on law, the judge necessarily had the last word, however little Aulus or, as it might have been, Numerius liked his word.

To have allowed any reopening of a case on the pure merits of the matter would have been to destroy the system. We can be clear about that. To have done so would necessarily have been to pave the road to infinite rearguing of effectively the same point before a series of different judges. Only within an appellate structure can cases be reconsidered at a higher level on the merits. And a hierarchical differentiation of levels of court is essential.

But errors, or alleged errors, on the merits are not the only possibility. It is also possible that a judge might plainly fail to act within the competence granted to him by the praetor. To tolerate that would be to endanger the system in another way.

As we saw, the whole structure hinges on the *imperium* of the praetor, and therefore on public respect for that *imperium*. But if judges can openly ignore the terms of a praetorian *formula* and either judge as they think fit or neglect to judge at all, the system will be unhinged and public confidence in it will ebb away, or even collapse.

So it appears in terms of abstract principle. Is there concrete evidence that

the Romans saw it that way, and acted to counter the risk identified by the abstract argument? There is; and it is the subject-matter of my next section.

II. PATENT ERRORS

The first section identified a particular problem intrinsic to the formulary system of actions. Judgments were final, and there was no appeal. So what could be done about it if a judge flouted the praetor's express instructions, which alone clothed him with competence as a judge between Aulus and Numerius in their *lis*?

My answer is already implicit, and is obvious enough. If anything was done, it must have been by the praetor, to whose own *imperium* the challenge or affront was made. What I think the praetor did was to issue an edict warning against such misconduct by judges. The great authority of Lenel⁴ supports the view that surviving texts on *litem suam facere* evidence a praetorian provision in the *Edictum Perpetuum*: 'SI IUDEX LITEM SUAM FECERIT . . .'

Lenel's support enables us to state with confidence that since this was a praetorian provision the original reference to *iudex* in the edict was to a person acting as *iudex* within the formulary system.

That does not prove anything about the function of the edictal provision. But there is (as I promised) evidence that it provided a means of handling the very problem which has been identified. In a doubtful matter we must start from the surest texts. There is one sure text, of unimpeachable classical authenticity. It is Gaius 4.52:

Debet autem iudex attendere ut, cum certae pecuniae condemnatio posita sit, neque maioris neque minoris summa posita condemnet; alioquin litem suam faciat.

Gaius warns that *iudex* must pay careful attention to the *condemnatio* clause of the formula. If it sets a fixed money sum ('Condemn Numerius to pay 100 sesterii; otherwise absolve him') then the judge must be sure not to condemn Numerius either for more or for less. Otherwise, he says, 'it will be a case of *litem suam facere* by the judge'.

Let us for the moment leave *l.s.f.* untranslated. What exactly it means has been controversial, so we should study first its reference (denotation) before we proceed to elucidate its sense (connotation).

The case which Gaius poses is clear. If the *formula*, or at least its *condemnatio* clause, specifies a particular competence of the judge's, he must be careful to go neither above it nor below it. If he does either, it is a case of *l.s.f.* And in a case of *l.s.f.* (as we know from elsewhere, e.g. D. 50.13.6), the aggrieved party can sue the judge for such penalty as the judge in that second action thinks equitable to grant.

It has been remarked⁵ that it is in a sense odd that a *condemnatio* outside the judge's competence should have been binding on Numerius, as the text necessarily implies. In such a case of *excess de pouvoir* should the *condemnatio* in this case not have been null and void?

From Aulus's point of view, that would have been intolerable. The *litis contestatio* rule would then have precluded him from raising a fresh action in the hope of getting a valid judgment, for the *l.c.* had dissolved his original cause of action. With respect to the stability of the system also, it would have been a dangerous solution. For if ever a judge's decision can be ignored as *ipso iure* null and void, then any recalcitrant judgment debtor can resist execution on the claim that his *condemnatio* was null and void, so the whole matter will have to be looked into again, and the precious aim of finality in litigation is prejudiced.

(It is perhaps an interesting comparison to mention the case of the English county courts to which H. L. A. Hart has drawn attention:⁶ these courts have a restricted jurisdiction and in actions for damages there is a maximum allowed sum for awards of damages. But it is expressly provided that a judgment for damages above that sum is deemed to be a valid judgment binding on the parties unless and until it is set aside or reduced on an appeal properly made within the statutory time limit. A county court judge, like a Roman *iudex*, has power to exceed his powers – or, rather, he has power to do that which he has no right to do, and which he can be corrected for doing. Such is the importance of securing authority and finality even for the *ex facie* wrong decisions of duly constituted courts.)

So despite superficial appearances it is not at all odd that the unauthorized *condemnatio* was nevertheless valid and binding, as the Gaius text by necessary implication tells us it was. No other solution would have been acceptable. But it would not have been at all surprising that Aulus (in case the judicial condemnation was too low) or Numerius (in case it was too high) or perhaps both of them would have gone back to the praetor, *formula* and judgment in hand, and either complained or asked what to do, or suggested the voidness of the original judgment and demanded a new trial. The praetor at least, if not the parties also, would have had good reason to demand the attendance of the judge (Maevius, say) to see how he would account for himself. All this at least on the first occasion of such an imbroglio.

But that is speculation about how it happened. What happened is not a matter of speculation but of knowledge. The praetor at some stage granted an action to the aggrieved party against Maevius the judge, and the original improper judgment stood binding and final. Gaius tells us so.⁷ The action so granted was adopted into the system as a standing provision of the *Edictum Perpetuum* if Lenel is right. Instead of the aberrant judgment being set aside as a nullity, the party damaged thereby could sue the judge, while the other party to the original action slipped off the stage altogether.

I call this kind of judicial aberration a 'patent error' for an obvious reason. It is not an alleged or arguable mistake on merits in fact or law. It is apparent 'on the face of the record', because the *formula* authorizes and requires the judge either to condemn Numerius in 100 or to absolve him. But the express terms of the judgment are a condemnation for 50 or 150 as the case may be. Thus the error is 'patent'.

Such an error is capable of remedy without courting the risk of infinite

regress of litigation or repeated arguing of the same point, to which the formulary system would have been subject had the action for *l.s.f.* been usable as a method of challenging Maevius's decision on its merits. Such an error is also one which eloquently demands a remedy on the 'justice to individuals' argument, on the 'public confidence' argument and (not least in practical force in the context) on the 'sanctity of the praetor's *imperium*' argument. The rule that after *litis contestatio* the *lis* and it alone is a ground for liability of the defendant is essential to the structure of the system; but a grave inroad is made in it if the defendant can have some other or different liability thrust on him by the judge. A remedy must be given. It was.

It cannot be said that liability to a remedy for such errors imposes a difficult or unfair burden on non-professional judges. All they have to do is read the formula with care and stick to its terms.

Even from the one clear example in Gaius 4.52 it is safe, safe because of the strength of the argument of principle just made, to infer that any error which is in this sense patent must have been remediable under '*Si iudex litem suam fecerit* . . .'. That is, in any case in which there is an evident discrepancy between the judgment given and the formula authorizing judgment, the remedy must have applied.

There is strong supporting evidence for this in Justinian *Iust* 4.17, *de officio iudicis* where there is stress on the need for care in framing a condemnation:

Superest ut de officio iudicis dispiciamus. Et quidem in primis illud observare debet iudex, ne aliter iudicet quam quod legibus aut constitutionibus aut moribus proditum est. I. Ideo si noxali iudicio adductus est, observare debet ut, si condemnandus videbitur dominus, ita debeat condemnare: 'Publium Maevium Lucio Titio decem aureis condemno aut noxam dedere.

The point is not that Justinian makes this a case of *l.s.f.* liability, but that he does stress the need for care and punctiliousness in pronouncing judgment. If we take his example back into the context of the formulary system as described by Gaius, we can see the problem if a judge simply condemns Publius Maevius to pay Lucius Titius the sum of money, and forgets to add '*aut noxam dedere*'. P M has, and will surely make, a fair complaint if the offending slave or animal is worth less than that sum. But, evidently, he must pay. We cannot however believe Gaius 4.52 and not believe that in this case also the judge is liable on the *l.s.f.* action.

What about the other possibility of patent error mentioned in section 1: error by omission to judge at all, rather than by commission in condemning wrongly?

On this too we have evidence, and it is favourable. Consider the Antinoopolis Papyrus 1.22:

Item Pomp[onius] scri[psit], si falso s[utore] a[uctore] male fuerit diffis[sus] dies, ed[ic]tum quidem cessare, et iudicem, q[ui] n[on] neq[ue] diffidit neq[ue] s[ententiam] dixit, litem suam fecisse videri. . . .

In an action in which a *falsus tutor* is *auctor*, if the judge orders an invalid adjournment, the edict as against the *falsus tutor* is inoperative, and the judge is deemed to have committed *litem suam facere* since he has neither adjourned nor given sentence for or against either party. Obviously, this implies that, for some reason, after an incompetent adjournment (*male diffusus dies*), a case could not be resumed. Thus the failure of the action is imputable rather to the judge than to the *falsus tutor*, and it is he who is to be held liable.

This is reinforced by a passage from Macrobius (*Sat* 3.16.15):

Ubi horae decem sunt, iubent patrum vocari ut comitium eat percontatum quid in foro gestum sit, qui ausierint, qui dissuaserint, quot tribus iusserint, quot veterint. Inde ad comitium vadunt, ne litem suam faciant.

This late text purports to give a part of the speech by C. Titius on the *lex Fannia* of 161 BC. The people who send 'the boy' to the forum to report on what is going on have been appointed as iudices, but have devoted themselves to having a high old time till the last moment. Then they dash off to the comitium lest they *litem suam facere*.

The inference must again be that if the hearing *apud iudicem* did not take place as appointed, then, just as in case of a bad adjournment, it could not be resumed. The defendant was off scot free – and here again the remedy for the disappointed plaintiff was against the defaulting judge, not against the original defendant against whom the primary right was gone by virtue of *litis contestatio*, and against whom the remedial right promised in the *lis* had gone as well.

A highly suspect text which occurs twice in the Digest (D 44.7.5.4 and D 50.13.6) where it is ascribed to Gaius, *res cottidianae*, and once in Justinian *Iust* 4.5 says of the judge who shall have committed *litem suam facere* that

peccasse aliquid intellegitur licet per imprudentiam.

These and other words Lenel credibly dismisses as interpolated. But before we finish this section, it is worth observing that *imprudentia* would certainly be one source of patent error. Indeed if a judge were out to do wilful injustice he would surely stick to his formulated powers and misuse them rather than miscarry by the stupidity of a patent error implicating himself in liability. The text is plainly bad as it stands. But what it says is true of patent errors, both by commission and by omission. They result from inattention rather than ill-will, we may be sure. Against them the judge '*debet attendere*' and if he does not, he is for it.

To conclude this section: not merely are there strong reasons why within the formulary system patent errors should have been remedied; there is strong, indeed unequivocal, evidence both that they were and that the means of remedy was '*Si iudex litem suam fecerit* . . .'.

III. WILFUL MISJUDGMENT

It is clear that *litem suam facere* denoted cases of patent error. But did it denote anything else? On this point we must consider the dubious testimony

of D 5.1.15.1, ascribed to Ulpian 21 *ad ed.*:

Index tunc litem suam facere intellegitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit (dolo malo autem videtur hoc facere si evidens arguatur eius vel gratia vel inimicitia vel etiam sordes), ut veram aestimationem litis praestare cogatur.

Lenel regards everything after '*dixerit*' as an interpolation,⁷ and surely the evil quality of the Latin supports his view. He also, like Kübler,⁸ suggests that '*in fraudem legis*' refers to a specific statute. If this be correct, then there is no evidence in the classical period for any general *litem suam facere* liability of a dolose judge.

But could the text, however corrupt, be read as stating a possible ground of liability at any period, given the need to guard against the infinity of litigation? On this point '*si evidens arguatur eius vel gratia vel inimicitia vel etiam sordes*' is surely vital.

Consider the difference between the following two possibilities:

- (1) A party may sue a judge for an allegedly wrong decision, simply by offering to prove the wrongness of the decision on the merits as evidence of *dolus malus* on the judge's part.
- (2) A party may sue a judge for an allegedly wrong decision, offering to prove *dolus malus* on the judge's part by the adduction of clear evidence extrinsic to the decision itself of *gratia vel inimicitia vel etiam sordes* on the judge's part.

The first of these must be ruled out on the already stated ground that it is simply impossible that the edict could have been permitted to be used as a means of reopening the argument on the merits of any case by a suit against the judge at the instance of a dissatisfied party.

The second does not have to be ruled out on such a ground. It would plainly be possible, and even desirable, to allow a party to sue a judge in these circumstances if he had such extrinsic evidence to offer. *Si index litem suam fecerit* could have been used to control latent errors if, but only if, there were some such requirement of clear extrinsic evidence of judicial partiality or corruption.

Apart from doubt as to the purity of the text, however, it is worth remarking that this would have been less appropriate under the formulary system, where the parties effectively chose their own *index*, than under the imperial *cognitiones extraordinariae*, with the reliance on official or at least appointed judges. In the former case, since the parties had agreed to Maevius being judge, if either of them afterwards said that Maevius were biased for or against him, or corrupted by his opponent, such a complainant might fairly have been told that he should have chosen better. Surely it is in the latter situation, where the case comes up before Titius without any choice by the parties, that the appropriateness of allowing such a complaint is more evident.

So we can admit the possibility that even under the formulary system the edict *si index litem suam fecerit* may have been applicable in the case covered by D 5.1.15.1, though not with conviction as to its necessity in these circumstances. A remedy for such cases would have been more appropriate to later times. *E converso* the type of 'patent error' earlier reviewed belongs particularly to the formulary system, where it was the only, and surely a necessary, safeguard against the judge simply ignoring the terms of the formula, or wholly failing to decide a case as instructed.

IV THE POST-CLASSICAL PERIOD

The development of the system of *cognitiones extraordinariae* with an appellate system would effectively have superseded the need for that safeguard. And presumably, even in cases of *dolus malus*, it would have been more reliable, and safer, to have had errors corrected on appeal than to have sued the judge for a penalty.

These reflections increase the general plausibility of the argument. For, as others have noted,⁹ there are remarkably few references in the *Corpus Iuris Civilis* to *litem suam facere*, which suggests that it had become almost a dead letter, a point mainly of antiquarian interest. So it would have been even for Galus – and in the *Institutes* he mentions it only in his rather antiquarian discussion of the formulary system, to which it would have been so uniquely appropriate.

Be that as it may, the total evidence of such texts as give clues to the reference of *litem suam facere* indicate the possibility that the phrase referred to

- (1) patent errors by judges, implying either evidence on the face of the judgment that the judge had diverged from the express instructions given him in the formula, or total failure by the *index* to judge at all;
- (2) latent errors by judges, but in cases only where clear extrinsic proof could be offered as to the favour, spite, or corruption of the judge.

There is room to doubt the validity of (2) for the classical period or, *a fortiori*, the earlier period of the formulary system. But it could have been genuine without wrecking the system, and the compilers presumably had some ground relative to some period for letting the '*evidens arguatur*' passage stand in the text of D 5.1.15.1.

V. THE SENSE OF LITEM SUAM FACERE

Hitherto I have concentrated on clarifying the reference of *litem suam facere*. This seems the wisest course to adopt in relation to so difficult a phrase. We cannot be certain what its sense is or how properly to translate this technical term. Certainly, reflection on its possible sense as a means of understanding its reference as disclosed by surviving texts seems a curious inversion of the proper order. We have some knowledge about cases to which it referred, which may give us a clue to its sense. We have no means of understanding its sense other than either speculation as to possible transla-

tions or a study of its known reference. Yet many scholars have started by speculating on the sense of the phrase and only subsequently turned to squaring the references against their speculation about the sense. This approach can be levelled at, for example, Stojecwicz,¹⁰ Kelly,¹¹ and Pugsley.¹²

In that light, let us see whether *litem suam facere* could reasonably bear a meaning which squares with the reference summarized above. As to patent errors of the kind particularly indicated by Gaius 4.52, it seems clear that patent departure from the formula amounted to *l.s.f.* The judge in that case 'makes his own *lis*' or 'makes the *lis* his own'. Now certainly he is ignoring the *lis contestatio* of the parties, on which his judicial function depended. He is *iudex* because they have solemnly witnessed together a *lis* enshrined in a formula issued by the praetor (the significance and finality of that act having been recognized above). The crucial nature of the proceedings *in iure* before the praetor, the hard legal argument relevant to that context, respect for the praetor's *imperium*, all these point to the peculiar sanctity of the formula embodying the parties' *lis*.

For this context the most obvious sense of *litem suam facere* is that the judge 'makes his own *lis*' – instead of judging the *lis* brought to him on the praetor's authority by the parties for judgment one way or the other.

This involves a departure, but a highly credible departure, from the well-established tradition¹³ of treating the phrase as meaning that the judge 'makes the *lis* his own' '*fait le proces sien*'. *Facere aliquid suum* in legal Latin has the technical meaning of 'making something one's own [property]' as in Gaius 3.90: '*Unde enim mutum appellatum est, quod tibi a me datum est, ex meo tuum fit.*' But it is impossible in law to make someone else's *lis* one's own [property] in law. What is possible is to make one's own '*lis*', (*faire son propre procès*) instead of judging the *lis* established by the praetor and the parties.

It is but a short extension of that technical meaning to proceed from the case of the error of commission, giving a decision in other than the authorized terms, to the error of omission, failing to decide at all.

Moreover, as well as having a technical meaning, *lis* has a popular meaning, namely 'a dispute'. To 'make one's own *lis*' within this wider meaning is then 'to make one's own dispute' – 'to pick one's own fight' as we might say. This sense is, I believe, attested by Cicero *De Oratore* 2.75.308.

Quid, si quom pro altero dicas, litem tuam facias aut laesus efferrare iracunda, causam relinuas, nihilne nocuas?

I would render that as meaning: 'What? Will you do no harm if, when speaking on another's behalf you pick your own fight (make your own dispute) or are stung into being carried away with fury and abandon the case?'

Kelly,¹⁴ on the other hand argues thus: 'the sense is that of behaving as though one of the parties to the case [for he reads '*litem tuam facias*' as meaning 'you make the *lis* your own'], i.e. failing to preserve some detachment vis-à-vis one's client's case'. This seems pretty implausible, since

Cicero appears to be warning against total detachment from or abandonment of the case (*causam relinquere*) rather than against too close involvement with it. The warning surely is to 'keep your cool' however much the other side gets at you, and to avoid picking your own fights when you are supposed to be representing somebody else.

This wider meaning of 'making one's own dispute' or 'picking one's own fight' would plainly be suitable to the case of deliberate misjudgment through *gratia inimicitia* or *sordes*. And, in general, it conveys the idea of a failing in impartiality. Judges, even more than advocates, must not make their own disputes with one or other party, but must take a neutral, unbiased view of matters.

Read in this sense, the phrase could cover the cases of patent error by omission or commission on the ground that a judge who tampers with the pleadings or fails to decide, in effect enters the dispute against the interest of the party thereby prejudiced.

What seems abundantly clear is that in order to square with its known reference, the sense of *litem suam facere* must be that the judge who so acts 'makes his own *lis*'. If dolose misjudgment on evident proof of *gratia, inimicitia, sordes* were an original ground of liability, then from the start the meaning must have been 'makes his own dispute', using the colloquial sense of *lis*; nor is that unapt to the cases of patent error. If the inclusion of dolose misjudgments were a later development, then perhaps the original sense of '*lis*' for this purpose was, as one might well suppose, the technical legal sense of an action at law, though it need not have been. In that case, the ambiguity as between legal *lis* and colloquial *lis* was there to be exploited for rhetorical effect as in the Ciceronian passage quoted above.

We are left with at least these ambiguities in the phrase, and they are multiplied if we admit, wrongly as I would argue, the various possible senses which other scholars have suggested for 'making the *lis* one's own'. No strong argument can be made from the meaning of a phrase so open to varied interpretations. Rather argument must be made from an appreciation of the known reference of the phrase to adoption of some clear and acceptable sense. The evidence in this light takes us no nearer than to 'making one's own (legal) *lis*' or 'making one's own dispute'. The latter has only the highly suspect D 5.1.15.1 in its favour, together with the Cicero passage. For the classical period it is a possibility but not a certainty. So is the former. And it is even credible that the edict itself could have been intended to comprehend and understood as comprehending the two senses.

The one thing which is wholly impossible is that the phrase had a sense such as to render it incapable of referring to the type of error arising from lack of attention which in 4.52 Gaius warns that a judge must be attentive to avoid: *alioquin litem suam faciat*.

VI. OBLIGATIONES QUAE QUASI EX MALEFICIO NASCUNTUR

That inadvertence (or perhaps even an honest effort to do substantial justice between the parties despite the provisions of the formula) led to

liability has been established. Nothing could make it more understandable that the *obligatio*¹² incumbent on a *iudex qui litem suam fecit* should have been classified not as arising *ex maleficio* but only *quasi ex maleficio*, whoever was responsible for that classification.

A side-light is cast on this by Inst 5 pr (derived from Paul, *libro singulari de iniuriis*):

Generaliter iniuria dicitur omne quod non iure fit: specialiter alias contumelia, quae a contemnendo dicta est, quam Graeci ὕβρις appellant, alia culpa, quam Graeci ἀδικησία eliciunt, sicut in lege Aquilia damnum iniuria accipitur, alias iniquitas et iniustitia quam Graeci ἀδικίαν vocant, cum enim praetor vel iudex non iure contra quem pronuntiat, iniuriam accepisse dicitur.

'*Iniuria iudicis*' is a frequently occurring phrase, but as Paul points out (and compare Ulpian 56 *ad ed* D 47.10.1 pr, where there is no recourse to Greek) such *iniuria* has to be distinguished from the sense operative in the *actio iniuriarum* and in Aquilian *damnum iniuria datum* (if an unclassical abbreviation may be permitted). The distinction cannot have been insignificant since the former generated *obligationes ex maleficio* but not the latter. So what does Paul tell us?

The key point is the distinction between ἀδικησία – Aquilian *iniuria*; and ἀδικία – *iniuria iudicis*. These are two of the three Greek words for 'injustice': τὸ ἀδίκον, the concept of that which is unjust; ἀδικημα, an act of injustice, or an unlawful act; and ἀδίκη, the human weakness of injustice, as distinct from the human virtue of δικαιοσύνη, justice (Justinian's *constans et perpetua voluntas ius suum cuique Tribuendi*, Inst 1.1.1 pr).

Thus *iniuria iudicis*, *iniquitas*, *iniustitia*, as equivalents of ἀδικία, signify the lack of a just disposition, the absence of the prime virtue of a judge, or some falling short from that virtue of δικαιοσύνη or *iustitia*. Such lack of virtue is distinct from the commission of some concrete unlawful act, ἀδικημα, which was of the essence of Aquilian liability, or that particular unlawful act of *contumelia* which the *actio iniuriarum* remedied.

Wherever a judge (or praetor, says Paul) makes an order *non iure*, we have a case of *iniuria* in this sense; we have a failing in judicial virtue or a case of judicial vice.

This certainly squares with the general view of *litem suam facere* already expounded, and it particularly fits those cases of patent error which however innocent of any proven evil motive or *culpa* in the Aquilian sense gave rise to liability (and dolose misjudgments, at whatever point in time included within *l.s.f.* are evidences of judicial ἀδικία in a strong sense).

The particular point would be that in the case of patent errors no specific wrongful act had to be proved in itself: it would have been enough to prove the discrepancy between *formula* and outcome. Then, without regard to *dolus* or *culpa*, liability ensued. There has been a manifestation of ἀδικία with or without any proven ἀδικημα. Equally, in cases of *gratula* or *iniunctio*,

if not *sordes*, what had to be proved was a wrong disposition, not a wrong act.

It is in this light that we should consider the earlier mentioned text ascribed to Gaius 3 *res cottidianae* which appears as D 50.13.6 and (with excision of the last sixteen words) D 44.7.5.4, and which is restated with tiny alterations in Justinian Inst 4.5 pr:

Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur: sed quia neque ex contractu obligatus est: et utique peccasse aliquid illegitur licet per imprudentiam: ideo videtur quasi ex maleficio teneri in factum actione, et in quantum de ea re aequum religioni indicantis visum fuerit poenam sustinebit.

Lenel (*Edictum Perpetuum* p 169) dismisses the whole passage from *non proprie* to *actione*, et as interpolation, and the Latin certainly encourages such suspicions. But the whole tenor of the preceding analysis gives good reason for accepting the substance of what the text says as correct for the time of Gaius or earlier. There are at least some cases (and perhaps there were no other) of *litem suam facere* which can occur by simple *imprudentia*, and there is strong reason for not classifying liability in these cases as arising *ex maleficio*.

All this would be suggestive of a rationale for quasi-delictal obligations in general, namely that they turn on dispositional failings, failings in specific virtues proper to special roles, rather than on specifically proven unlawful acts. This suggestion has been advanced by P B H Birks¹⁷ and deserves to be adopted. The evidence fits well, for in the other cases of quasi-delictal obligation all that needs be proved is that certain damage has occurred and that the defendant had a particular relevant role such that he *could* have prevented the damage, by exercising his role properly. But no act or culpable omission of the defendant need be proved in order to establish liability. The element of *culpa* is missing.

Let us confirm this by briefly reviewing the relevant cases:

(i) the *actio de effusis vel deiectis*. By this action, the *habitor*, that is occupier, of a house or flat was made liable to compensate for damage done by anything thrown or poured from the window of his house into the street below. Compensation was either twice the value of damage to property, or full pecuniary reparation for injuries to free men '*quantum aequum . . . iudici videbitur*', or a fixed sum of 50 *solidi* (50 000 sesterces in classical law) for the death of a free man. Whoever actually did the throwing, the *habitor* was liable. '*Ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intellegitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur aut servi aut liberi.*'

In short, in this case a *habitor* was liable to pay damages merely upon proof that it was from his house that the object emanated which caused harm in the street below. He is personally liable *without proof* that he himself committed any unlawful act.

(ii) The *actio de positis ac suspensis*. This is not a case of quasi-delictal obligation at all, simply because it is not a case of obligation. If a person kept

anything placed or hung over a public way in a potentially dangerous manner he was liable on an *actio popularis* to pay a penalty of 10 *solidi*. But liability to pay a fine is not that sort of *vinculum iuris* which the Romans called an 'obligation'.

In both Inst IV.5.1 and D 44.7.5.5 this case is simply thrown in parenthetically between the two halves of a discussion of the liability of '*is [quoque in Digest] ex cuius cenaculo . . . delectum effusumve aliquid est, ita ut alicui noceretur*'. The remark is made that the cases are similar, as indeed in some respects they are. But the *actio de positis ac suspensis* is by way of providing a regulatory offence to anticipate the mischief of objects falling from houses, whereas the *actio de effusis vel deiectis* provides compensation to an injured party after the event. Only the latter is a case of '*obligatio*' at all, and only the latter is in fact expressly stated to be a case in which the defendant '*quasi ex maleficio teneri videtur*'.

In D 50.16.12 pr Ulpian points out that the plaintiff in an *actio popularis* cannot properly be called a creditor until after *litis contestatio*. '*Si [cui] ex populari causa [debeatur], ante litis contestationem recte dicetur creditoris loco non esse, postea esse*'. That is to say, there is no anterior *vinculum iuris* between plaintiff and defendant in cases where the former may bring an *actio popularis* against the latter. It would thus be nonsense to call this liability an *obligatio quae quasi ex maleficio nascitur*. The case sharply illustrates the importance, noticing that there was no Roman concept of a 'quasi-delict', only the concept of quasi-delictal obligations. Where there is no obligation, a fortiori there is no quasi-delictal obligation.²⁸

Professor Stein²⁹ might object that '*obligatio*' has no proper place in this scheme of things at all, being appropriate only to the *ius civile*. But unless D 44.7.1 pr is a compilatorial frolic fathered posthumously upon Gaius, we must accept that Gaius did regard quasi-contractual and quasi-delictal liabilities as *obligationes*.

Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris (Gaius 2 *Aurea*).

There is nothing obviously wrong with that text, so we may conclude that Gaius did have a conception of *obligatio* wide enough to include what is now called quasi-delictal liability, whether or not he invented or even used the concept.

There is nothing to be said for our continuing to regard *de positis ac suspensis* as a case of quasi-delictal obligation.

(iii) *Nautae cauponae et stabularii*. Ships' captains, and innkeepers and stable managers were liable (though not under the same head of the edict) in double damages for thefts or wrongful damage committed on the premises by their employees and (in the case of inns) long-term residents. But they were liable under the edictal actions if and only if they had committed no wrongful act themselves, '*si modo ipsius nullum est maleficio, sed alicuius eorum, quorum opera navem aut cauponam aut stabulum exerceret*'. In such a case they are liable *quasi ex maleficio*.

Of course, if the innkeeper had done the stealing himself, he was liable *ex delicto* for his own unlawful act.³⁰ His liability is said to arise *quasi ex delicto* only in the case in which he himself either had not committed or at any rate was neither alleged nor proved to have committed any unlawful act.

Thus we see that in our texts the three genuine cases of *obligationes quae quasi ex delicto nascuntur*, other than the case of judicial misconduct, are cases in which there is liability despite absence of any need for proof that the defendant has himself committed any unlawful act. So this negative link exists between all the genuine cases of quasi-delictal obligation: the obligation is not founded on an unlawful act of the defendant.

There exists also a positive link in the fact that the reason for the liability is the role held by the defendant, and its relevance to the plaintiff's loss. Behind this may lie the justifying argument that whatever the defendant did or failed to do, the occurrence of the damage to the plaintiff is itself evidence of a lack in the defendant of the proper virtue of his role as householder, ship's master, or inn- or stable-keeper. There may or may not have been a *maleficio*; there was certainly an absence of *virtus*. And so too with the judge. No maleficent act need be proved, if either a potent error or (perhaps) a demonstrable vice of disposition could be proved.

Thus, not merely has a satisfactory account been given of the reference and sense of *litem suam facere*, but the account given is one which fits well into an intelligible account of quasi-delictal obligation as a role-based obligation established without proof of any concrete unlawful act by the defendant. (It would be anachronistic but not wholly without point to count such obligations as instances of 'strict liability'³¹ – which properly includes vicarious liability³² – as others have done. But a system which allowed noxal actions against a slave's master has such a different conceptual structure from modern systems that the analogy must be made with caution and not put at the centre of the stage; it really is more than inapposite.)

The main point of the paper is the account of *litem suam facere*, not the account of quasi-delictal obligation. But there are so many gaps in the jigsaw that the further fitting of the pieces relevant to the other quasi-delictal obligations is important as reinforcing the credibility of that principal account.

VI. CONCLUSION

The edict *Si index litem suam fecerit* was the praetorian answer to the problem of reconciling finality of decision-making (secured by the rules on *litis contestatio*) with some control on judicial irregularities otherwise than by appeal. The problem is a general one for legal systems. This solution was special to the Roman system and invented for (perhaps relevant only to) the circumstances of the formulary system of actions which died out in the second century AD.

That was a remarkable system, reliant on praetors who held office in their progression through the *curia honorum* and on *indices* who were not professionals but citizens of senatorial, and also, subsequently, equestrian, rank. To have survived as well as it did, it must have been subject to

relatively strict rules. It is not credible that *iudices* could have been called to account for errors on the merits of anyone's case. But it is not credible that the system could have worked and survived had judges been free to ignore express provisions of a *formula*, or to leave the matter undecided. It is possible that *iudices* were brought to account for dolose misjudgments upon extrinsic proof of *gratia inimicitia vel etiam sordes*, though so long as the parties got judges of their own choosing it would not have been necessary, and the evidence on this is uncertain.

Thus we can conclude that *litem suam facere* referred at least to the commission of patent errors, and may also have referred to dolose misjudgments when such extrinsic proof existed. The sense of the phrase is then that the *iudex* 'makes his own *lis*', which is ambiguous as between the technical legal sense of '*lis*' and the everyday sense of 'a dispute'; the ambiguity there is irresolvable, but may have existed for and been exploited by praetors and litigants alike.

The *obligatio* of the judge who made his own *lis* was an *obligatio* to the party who suffered thereby, in whose favour a penal *actio in factum concepta* was granted. That *obligatio* was included in the class of quasi-delictal obligations. That implies that no proof was required of any specific unlawful act committed by the *iudex*, and that the *obligatio* was special to the holder of a given role who had failed to manifest the characteristic virtues proper to the role. The same criteria apply to the other genuine cases of quasi-delictal obligation.

Thus may be resolved a series of doubts and controversies which have troubled many scholars. If the resolution is sound, it is no more than fitting to offer it in tribute to so true a scholar and so good a gentleman as Ben Beinart.

D N MACCORMICK*
University of Edinburgh

NOTES AND REFERENCES

* See e.g. W. W. Buckland *A Text-Book of Roman Law* 3 ed. revised by Peter Stein (Cambridge 1963) 695; Max Kaser *Roman Private Law* tr. R. Darnenbring (Durban 1965) para 82.III.

¹ Otto Lenel *Das Edictum Perpetuum* 3 ed. (1927, reprinted 1956) 167-9.

² See J. M. Kelly *Roman Litigation* (Oxford 1966) 107-8.

³ H. L. A. Hart *The Concept of Law* (Oxford 1961) 29-30. Compare Kelsen's view that no judgments of properly constituted courts can ever be *ipso iure* null and void, though some may be subject to retroactive nullification. Hans Kelsen *General Theory of Law and the State* tr. A. Wedberg (New York 1961) 159-61.

⁴ At least by necessary implication, from 4.52 cited above.

⁵ Kelly op cit 112-13 suggests that unless wilful misconduct were a requirement of *l.i.f.* liability, no one would have agreed to serve as *iudex*. But he does not consider the significance of the idea of 'patent error'.

⁶ Op cit 168, 216-18.

⁷ B. Kübler 'Die Haftung für Verschulden bei Schuldverhältnissen' (1918) 39 ZSS 172-223 at 221.

⁸ See e.g. Kelly op cit 116-17.

⁹ D. Stojewicz, 'Sur le caractère des quasi-délits en droit romain' (1957) 8 *Iura* 57.

¹⁰ Op cit chap 5 esp at 104-5. Nevertheless, I agree with and entirely adopt Kelly's suggestion that '*litem suam facere*' must be understood as signifying some misconduct of a judge, from which judicial liability resulted, and cannot signify the result of some isolated misconduct. As Kelly says, p. 104: it is 'the nature of the misconduct but [not] the legal result of his misconduct' which the edictal words signify. The contrary view of P. Stein (see 'The nature of quasi-delictal obligations in Roman Law' (1958) 5 *RIDA* 56) at 56d and others is unsustainable.

¹¹ D. F. Pugsley '*Litem Suam Facere*' (1969) 4 *Irish Jurist* (NS) 351. But in suggesting that the remedy lay primarily for *adtra vires* judgments, Pugsley makes a point very similar to the present one.

¹² For a selection of instances of the traditional translation, see Kelly op cit 104.

¹³ Op cit 106.

¹⁴ It is important to note that no Roman text authorizes the usage 'quasi-delict' found in modern discussions. What the texts speak of is a category of obligations - *obligationes quae quasi ex maleficio nascuntur*. The importance of this appears below.

¹⁵ For all of which, our best source is, of course, Aristotle's *Nicomachean Ethics*, book V. See especially V.1.7. Cf. Daube *Roman Law: Linguistic, Social and Philosophical Aspects* (Edinburgh 1960) 131-56 esp at 145-6. See also 5.9.12-13 where, as Stein op cit 570 points out, the person who gives false judgment in ignorance is said to be *εἰς ἄβυσσον*.

¹⁶ P. B. H. Hinks 'The Problem of Quasi-Delict' (1969) 22 *Current Legal Problems* 164-80 esp from 174.

¹⁷ Stojewicz op cit and Watson *Melanges Meylan* I (1963) both in different ways take the point that there is no element of reparation of a plaintiff's loss in the case of the *actio de positio ac suspensio*. But they fail to see the logical inference - that this is not, and is not stated in the texts to be, a case of *obligatio quae quasi ex maleficio nascitur* at all.

¹⁸ Op cit. For the contrary view that Gaius did invent the categories in question see A. M. Honoré *Gaius* (Oxford 1962) chap 6.

¹⁹ But presumably no one ever sued an innkeeper for *furtum nec manifestum*. Why take on the burden of proving that he himself participated in the theft, when you can get the same damages without proving it. Equally it is hardly to be supposed that an innkeeper who was sued on the quasi-delictal action would have set up a defence that he himself did the stealing. If he had offered such an *exceptio* for inclusion in the *formula*, the proceedings would have taken a new turn!

²⁰ Stein's view, op cit.

²¹ Buckland's view, op cit 598-9. Professor Watson's recent book *The Nature of Law* (Edinburgh 1977) in stressing the need for finality in legal processes makes a general point which is corroborative of the particular point which I make in sections I and II of the present paper.

²² I am deeply indebted to Professors A. M. Honoré and W. A. J. Watson and to Dr A. F. Rodger for enormously helpful criticism of earlier unpublished attempts to work over the themes of this paper.

PONTIFICIUM INSTITUTUM UTRIVSQUE IURIS

STUDIA ET DOCUMENTA
HISTORIAE ET IURIS

DIRECTOR
GABRIUS LOMBARDI



ROMAE
PONTIFICIA UNIVERSITAS LATERANENSIS

Senato della Repubblica - Archivio Storico

quizá deba atribuirse a la habitual ligereza de la publicidad editorial, pues el a. conoce mi *Epigrafía jurídica de la España romana*, de 1963 (pp. 311-341), aunque quizá no haya podido servirse bien de ella por dificultades lingüísticas.

Ahora sabemos que esos 19 capítulos del bronce malacitano no son más que una pequeña parte del conjunto de una gran ley municipal que Domitiano dio a los municipios de Hispania, interpolando, para su acomodación regional, la ley municipal que Augusto había dado, el año 17 a.C. o muy poco después, para los municipios de Italia, y que tenía casi un centenar de capítulos: la *lex Julia municipalis*. Hay que observar, de todos modos, que esta copia malacitana de esa ley flavia nos ofrece algunos capítulos que no se han conservado en las otras que tenemos de la misma ley, y de especial interés algunos de ellos que se refieren a las elecciones municipales.

Se me dispensará que entre en detalles sobre la interpretación de estos capítulos, dado que tenemos en prensa un extenso estudio sobre toda la ley municipal en sus distintas copias. Me complace ver, a propósito de la *conditio lege praedictoria* (cap. 64), que coincidimos en considerar poco verosímil la idea de una ejecución personal contra los *proedes* y los *cognitores* (p. 61 ss.). En mi opinión hay que revisar esta cuestión en relación con todo el problema de la ejecución personal en derecho romano clásico (nuestro modelo legal no era provincial, sino itálico), en el sentido de ver si esa llamada *addictio* del deudor insolvente no debe entenderse simplemente como una especie de *missio in bona* sobre los bienes presentes y futuros del deudor, sin necesidad de nuevo juicio, hasta la plena satisfacción de la deuda (vid. mi sugerencia en este sentido, en *Studi Biscardi*, I, 290 n.7).

Quizá el a. trata demandado someramente el cap. 61 sobre cooptación de patronos municipales, por no conocer el enorme aumento del número de tablas de patronato descubiertas en los últimos decenios (se viene a duplicar el que se podía recoger en 1963); sobre todo, no ha advertido que el pequeño fragmento de bronce de *Aspurias* 1067, 203, nos presenta otra versión de ese mismo capítulo del texto legal, que quizá podría corresponder a la redacción originaria de la ley Julia de Augusto (cfr. *SDHI*, 1984, 196 ss.). Por lo demás, en su comentario de los capítulos 56 y 57 de la ley no se refleja el interés de las observaciones de Ursula Hall (en *Historia*, 1964, 267), a la que se menciona escasamente, en consideración al interés real de ese breve estudio.

En conjunto, a pesar de la coincidencia adversa del momento, un libro que deberá ser tenido en consideración por cuantos se interesen, en el futuro, por esos capítulos de la ley municipal.

ALVARO D'ORS

IN MEMORIAM

ADOLFO PLACHY

(1904 - 1985)

Negli ultimi diciannove anni, solo in un volume della Rivista non compaiono contributi di Adolfo Plachy. Ora non più: perché silenziosamente il caro Amico se ne è andato, il 2 giugno 1985, a seguito di una banale caduta.

Ci eravamo conosciuti nel lontano 1937, quando era venuto a Roma, per perfezionarsi in Diritto romano. Anni difficili, nei quali si avvertiva l'avvicinarsi della bufera, in Europa.

Diventammo amici, alla scuola di quei grandi Maestri che furono Emilio Albertario, Pietro de Francisci, Salvatore Riccobono.

Nel 1935, per andare "verso i giovani", il governo fascista aveva improvvisamente abbassato da 75 a 70 anni il limite di età dei professori universitari per il collocamento in pensione. Riccobono, che era nato nel 1894, venne colpito dal provvedimento e col 1° novembre 1935 lasciò l'insegnamento presso l'Università di Roma. Ricordo l'ultima lezione di *Escegi* - maggio 1935 - nella sala dell'Istituto giuridico nel Palazzo Carpegna, contiguo al Palazzo della Sapienza. Sapevamo che il Maestro non voleva alcuna sottolineatura: commentò con il consueto calore alcuni passi del Digesto e chiuse il libro, come sempre scorrendo. Era l'ultima volta nella Università statale, dopo oltre quaranta anni.

Ma fortunatamente Riccobono insegnava anche nel "Pontificium Institutum Utriusque Iuris" presso l' "Atrium" Lateranense (poi "Università" Lateranense) e qui continuò per altri lunghi anni a svolgere la sua insostituibile attività di docente.

Così Plachy frequentò le lezioni, al Laterano, e avvertì il fascino del Grande Vecchio. In quel periodo Riccobono gli rilasciò una dichiarazione che qui si riproduce quale documento significativo della fiducia che sino dagli inizi l'Allievo aveva suscitato nel Maestro.

REALE ACCADEMIA D'ITALIA

Certifico che il prof. dottor Adolfo Plachy da Brno ha frequentato durante l'anno scolastico 1937-1938 i miei corsi di Storia del diritto romano e di *Escegi* sulle fonti del diritto romano nel Pontificium Institutum Utriusque Iuris.

Il prof. Plachy ha dimostrato il più vivo interessamento e le migliori attitudini per la scienza del diritto in generale e del diritto romano in particolare. Egli possiede una preparazione larga e profonda nel campo delle discipline storico-giuridiche, ed inoltre grande acume e vivacità d'intelletto, di cui ha dato prove eccellenti nell'interpretazione dei testi, accompagnate da un fervore non comune nelle indagini più varie, che esalta la sua spiccata capacità alla comprensione dei più ardui problemi della scienza. In particolare le sue indagini, già molto progredite, sull'importanza della volontà nel campo del diritto civile e penale sono certo che porteranno un notevole contributo alla soluzione di molti problemi storici e dottrinali, che sono fortemente agitati nella scienza moderna.

Io sono sicuro che il prof. Plachy raggiungerà con molto onore la meta cui aspira, con tanta serietà di propositi e con singolare ed ammirabile costanza.

Salvatore Riccobono

Emerito della R. Università di Roma
Accademico d'Italia

Roma 10 giugno 1955

Al soggiorno romano di quegli anni si ricollega il lavoro romanistico - "Contributo alla teoria generale delle 'leges contractus' del diritto romano pubblico" - pubblicato nel *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano* del 1940.

(Nell'ultima recensione, lasciata a mezzo sul tavolo di lavoro e che si pubblica in questo volume della Rivista [vedi pp. 558-562], - riferendo di un contributo di Valentin Al. Georgescu - Plachy annota: "Non possiamo non ricordarci, in questa occasione, dei nostri interessi scientifici comuni negli anni quaranta, miranti da parte di Georgescu, verso le 'leges privatae', da parte nostra, verso le 'leges contractus' nel diritto pubblico romano".)

Rientrato in Cecoslovacchia, sua patria (era nato a Vienna, da padre Boemo, il 19 maggio 1904), Plachy visse, negli anni successivi, la tragedia della seconda guerra mondiale, e partecipò attivamente al movimento di resistenza antifascista.

Arrestato dalla Gestapo nei boschi di Kretimor, in Boemia, il 17 luglio 1944, subì una lunga detenzione in varie prigioni, sino al trasferimento nel campo di eliminazione di Theresienstadt, nel quale si trovava - in attesa dell'ultima ora - quando giunsero, finalmente, gli Alleati. Liberato nel maggio 1945, venne ricoverato nella Assistenza sanitaria della Croce Rossa in stato di totale esaurimento e rimase in convalescenza sino al febbraio 1946.

Al periodo di detenzione nel campo di sterminio di Theresienstadt si riferisce un episodio su cui Plachy scrisse una "Testimonianza", indirizzata al Rabbino di Roma Ello Toeff:

¹ pubblicata in *Quaderni del Centro di Studi sulla deportazione e l'Internamento*, 3, Associazione Nazionale ex Internati, Roma 1969, pp. 16-17.

Signor Rabbino,

già parecchie volte io ho pensato che Dio ha scelto la mia vita nelle situazioni che sembravano disperate, per poter, un giorno, dare questa mia testimonianza. Lei, strumento della Provvidenza, me lo rende possibile.

Mi trovavo, durante gli ultimi mesi della guerra, nel 1945, nel campo di sterminio (Verbleichungsager) di Terezin (Theresienstadt). Tutti eravamo destinati alla morte. Alla fine, nel quarto cortile, sono scoppiate terribili epidemie: tifo esantematico, peste polmonare, dissenteria. Migliaia di corpi ogni giorno rotolavano in mezzo a noi, inaspettati. Il Capo del Lager, chiamato da noi "Pinda", ha convocato gli ultimi ebrei, rimasti vivi nel nostro reparto - quattro giovani fra i 18-25 anni - e ha fatto subire un trattamento ricostituente e li ha fatti poi condurre fra di noi, in quell'inferno allucinante. "Voi - ha detto - sarete i becchini per seppellire tutte queste carogne. Mettetevi subito al lavoro!" ha aggiunto.

Quattro giovani, condannati così alla morte sicura, si sono avvicinati ad un letto con una povera anima: ossa e pelle, e si sono fermati immobili. Una delle guardie, di nome Rajko, si avvicinò per bastonarli - comportamento usuale verso gli ebrei che non ubbidivano abbastanza prontamente agli ordini impartiti. In quel momento, il Capo ha fermato la mano della guardia. "Che succede?" - ci domandavano tutti.

I quattro eseguivano la preghiera per i defunti: il viso sereno, le labbra leggermente sorridenti, la sicurezza calma della voce. La profonda commozione di noi tutti si è estesa persino all'anima bestiale del Capo del Lager, l'uomo più crudele che io abbia mai conosciuto.

In quel momento, forse la prima volta nella mia vita, io ho capito che cosa è veramente la Preghiera, non una preghiera qualsiasi, meccanica, rituale oppure esaltata. Questa esperienza vale per la mia fede religiosa più di tutti i grandi trattati di teologia e di filosofia religiosa. Penso che qualche volta, finiti i miei giorni in questo mondo, nell'altro i primi a salutarmi saranno quei quattro giovani ebrei di Terezin, chiamandomi: "Fratello!"

La ringrazio, Signor Rabbino, di avermi fornito l'occasione di fare questa mia testimonianza. Ha una grande importanza per me e forse anche una certa importanza per Lei, sacerdote e medico delle anime.

Suo devotissimo
Adolphe Plachy

Rientrato nuovamente in Cecoslovacchia venne assunto in servizio presso il Ministero degli Affari Esteri di Praga: prima Vice Capo, poi Capo della Divisione per gli Affari Ecclesiastici.

Nel 1947 conseguì la Libera Docenza in Diritto romano presso la Facoltà di Giurisprudenza della Università di Praga, e svolse lezioni sino al colpo di stato del febbraio 1948.

Allora iniziò un nuovo periodo di grandi difficoltà. Si legge in un suo curriculum, con riferimento alla attività presso il Ministero degli Affari Esteri:

"Difende la base legale dei rapporti tra la Chiesa e lo Stato, tra la Santa

Sede e la Cecoslovacchia; protesta contro le misure illegali e arbitrarie anti-religiose e antiecclesiali in Cecoslovacchia; protesta contro la fondazione della cosiddetta 'Azione Cattolica' comunista.

Il 17 settembre 1949 viene emanato il mandato di cattura contro di lui per la 'resistenza contro la soluzione governativa delle questioni religiose in Cecoslovacchia'.

Avvertito all'ultimo momento, riesce a fuggire.

Sulla vicenda della fuga rimangono alcune pagine di diario che andrebbero pubblicate per il loro valore emblematico su avvenimenti che si sono ripetuti (e continuano a ripetersi) in migliaia di casi - in vari paesi - senza che, per lo più, ne rimanga traccia nella storia, perché l'esito non è fortunato come nel caso di Plachy, e il protagonista non può raccontare...

La fuga avventurosa da Praga durò quindici giorni, ed ebbe momenti di alta drammaticità. Si concluse il 1° ottobre 1949 con l'attraversamento della frontiera boemo-bavarese:

«... Giorno e ora convenuti, sento il rombo del motore. Salgo a bordo, ci salutiamo sorridendo, nei nostri occhi si riflettono tanti presentimenti. Ma forza! Avanti! Nel mio cuore cresce l'ammirazione per questa gente coraggiosa e decisa. Scherzi, storielle, aneddoti. La nostra sfrontatezza cresce. Passiamo attraverso un Capoluogo della Boemia Centrale verso il mezzogiorno. Un agente di polizia locale ci ferma, ma abbiamo preso soltanto il senso vietato. Saluto e partenza. Ci guardano un po' pallidi, ma calmi, con l'autista. La sera siamo sul posto. Ci stringiamo la mano con l'autista, con sorriso un po' forzato. Sta la morte sulle mie spalle? Parto solo, l'auto si allontana.

Per una certa somma di danaro mi faccio accompagnare sino alla distanza di sei/cinque chilometri dalla frontiera e mi faccio illustrare il resto.

«Dopo la foresta, c'è un prato. Bisogna fermarsi al margine del bosco e guardare la strada illuminatissima, sorvegliata da agenti con cani. Se si riesce a cogliere il momento opportuno, bisogna prendere il galoppo. Due/trecento metri dopo c'è la frontiera e la salvezza.»

Cammino nel buio del bosco, esco poi e vedo la strada. Aspetto due, tre minuti, ascolto, sento battere forte il cuore, la febbre. Stringo la pistola nella tasca. Salvato o morto.

Sulla strada, illuminatissima, non vedo nessuno. Con tutte le forze corro, passo la strada, corro ancora e mi trovo di nuovo all'orlo del bosco. C'è una grande pietra. Illumino con la lampadina tascabile, leggo D. R. - Deutsches Reich - pietra di frontiera. Guardo il mio orologio: tre e mezzo di mattina. Sono salvo. Cammino ancora nella profondità del bosco, quattro/sei chilometri. Mi fermo presso una azienda agricola. Quando vedo accendersi la luce, verso le sei della mattina, entro e saluto in tedesco. Sono accolto con grande gentilezza.

«Sa lei - mi chiede poi un funzionario tedesco di frontiera - come mai le è riuscito di passare?» - «No» risponde. - «Noi abbiamo i nostri informatori, dice il funzionario. Le guardie comuniste sono andate, verso la mattina, ad una festa da ballo in un villaggio distante circa due chilometri dalla frontiera, per vedere un po'. In questo piccolo intervallo lei è riuscito a passare.»

Ringrazio Dio. Però, esaurito, raffreddato finisco nell'ospedale Marienhilfe di...»

Dopo brevi soggiorni in vari paesi europei Plachy viene a Roma, nel 1950, e vi si stabilisce definitivamente. (Ogterra, nel 1966, la cittadinanza italiana.) Ritrova vari amici di prima della guerra, ritrova il caro Maestro Riccobono, sempre valido nei suoi 86 anni, sempre vivace nel suo insegnamento al Laterano, che continuerà sino al 1955 (tre anni prima del trapasso, all'età di 94 anni).

Ricordo che in quegli anni, anch'io professore al Laterano, vedevo uscire dall'aula delle lezioni Riccobono, inamovibilmente seguito da Plachy che poi accompagnava il Maestro nella lunga passeggiata sino a casa, in via Tavolacci, in Trastevere.

Fu in quel periodo che Riccobono incoraggiò Plachy ad avvicinarsi a Emilio Betti, stabilendosi così una nuova comunanza di lavoro che si incentrerà soprattutto sui problemi della interpretazione. E Plachy divenne il collaboratore di Betti nella organizzazione dell'«Istituto di Teoria della Interpretazione», costituito nel 1955 presso la Facoltà di Giurisprudenza della Università di Roma.

Quanta amarezza abbia costato a Plachy la chiusura dell'Istituto, all'indomani del collocamento in pensione di Betti, per raggiunti limiti di età, gli amici sanno. E non dimenticano le recriminazioni, spesso ripetute, perché tale chiusura era avvenuta «et cetera», facendosi cambiare la serratura della porta dell'Istituto, così che non potesse più entrare chi aveva ancora la chiave...

Uno dei tanti accessi all'amarezza - non per sé, ma per la serietà degli studi giuridici - è nella recensione a un volume di Guido Klisch sul Consiglio:

«Svolgendo ricerche particolareggiate, meditando sul problema e istruiti dai positivi risultati delle ricerche eseguite sull'umanesimo giuridico da Guido Klisch, ci siamo convinti della fecondità epistemologica della giurisprudenza umanistica.

Abbiamo delineato il programma delle ricerche in tal senso, nel quadro dell'Istituto di Teoria dell'Interpretazione dell'Università di Roma: cercare cioè di seguire il metodo di interpretazione dei giuristi-Umanisti, lo sviluppo di questo e l'efficacia evolutiva dell'interpretazione dei temi diversi del diritto, tramandato e vivo, dalla tradizione romanistica all'opera dei giuristi-Umanisti. E' superfluo sottolineare quale utile strumento per queste ricerche rappresenti la bibliografia dei giuristi di consilia approntata da Klisch.

Il pensiero giuridico umanistico è stato sempre oggetto della massima attenzione da parte degli studiosi moderni, (...) ma il modo di trattare il tema è stato

quello sincretistico. Il grande tema merita di essere trattato sistematicamente adoperando il criterio adeguato unitario ed unificante che è quello dell'epistemologia ermeneutica.

Le nostre ricerche vengono minacciate, perché è minacciata l'esistenza stessa dell'Istituto di Teoria dell'interpretazione dell'Università di Roma e, in questi tempi torbidi, l'importante materia, di carattere interdisciplinare e, per ciò, attuale, corre rischio di non essere inclusa nel piano degli studi; ma speriamo fermamente comunque, di poter proseguire le nostre ricerche, sia pure in un altro inquadramento organizzativo. » (*SDHI*, 37 [1971], 419).

E nove anni più tardi, prendendo lo spunto da un volume di Adriano Cavanna:

« In conclusione, è nostra convinzione che occorra organizzare la produzione letteraria scientifica e didattica seguendo i postulati metodologici del nostro tempo, ridiscendendo alle fonti dell'esperienza giuridica, la quale si riflette nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto. Il compito è immenso e la sua immensità è direttamente proporzionata all'indifferenza degli ambienti responsabili dell'attuale crisi dell'università e delle ricerche.

Guido Kisch ha trovato nella 'Library of congress' in Washington una grande raccolta di Consilia stampati, trafugati dall'Europa, di prevalenza di giuristi italiani, sistemati in settecentocinquanta volumi quasi esclusivamente in foglio di formato gigante, i quali abbracciano più di tre secoli, iniziando con l'invenzione della stampa. Altro materiale si trova depositato nelle antiche biblioteche delle Università di Göttingen, Marburg, Friburg, Tübingen e München. Durante le guerre degli ultimi quattro secoli, in cui la Germania fu coinvolta, molto materiale è andato distrutto. Ciò che è rimasto, secondo i calcoli di Heinrich Gehrke, è contenuto in 334 volumi. Secondo la valutazione di questo studioso, ci sarebbero presso a poco un milione di pagine (consilia, decisioni, sentenze) da esaminare.

Una piccola parte di questo materiale si trova anche nella Biblioteca Vaticana e nella Biblioteca Nazionale di Roma.

Sarebbe stato compito dell'Istituto di Teoria della interpretazione dell'Università di Roma di partecipare alle ricerche esegetiche, analizzando quel materiale secondo i rigorosi postulati della scienza. Chiuso inopinatamente tale Istituto - rimasti fedeli agli impegni culturali e morali, all'eredità spirituale dei grandi Maestri italiani del Diritto e della Storia, Salvatore Riccobono e Emilio Betti - siamo proseguendo la loro opera, muovendoci in condizioni di strettezza difficilmente immaginabili dai non addetti ai lavori. » (*SDHI*, 46 [1980], 524 s.).

Dai numerosi scritti pubblicati (e dai molti inediti¹) risulta la vastità degli

¹ La biblioteca, le pubblicazioni, gli scritti inediti di Plachy sono stati donati dalla Vedova, Signora Lucia, alla Biblioteca della Pontificia Università Lateranense.

interessi di Plachy, sempre aperto ad ogni problema culturale, sempre 'curioso' nel significato più alto del termine².

Quando, nel 1974, pubblicò « La Teoria della interpretazione - Genesi e storia della ermeneutica moderna »³, Riccardo Orestano scrisse la 'presentazione' che qui si riporta perché concorre efficacemente a lumeggiare la figura di Plachy.

« Anche la teoria dell'interpretazione comincia ad avere una sua storiografia; e non certo che quest'opera di Adolfo Plachy è destinata ad assumersi una collocazione preminente.

Basta scorrerne l'indice per essere colpiti dalla vastità e dalla robustezza del suo impianto. Muovendo da un'ampia sintesi di quelle che egli considera le origini dell'ermeneutica moderna, cioè le elaborazioni dell'Umanesimo giuridico nel XVI secolo, l'indagine si apre ad un'analisi approfondita delle correnti di pensiero che nei secoli successivi, specialmente dal sec. XVIII, hanno portato alle posizioni sempre più complesse e impegnate dei grandi teorici dell'interpretazione del nostro secolo.

Con ciò Plachy corregge la visione che della genesi dei problemi dell'interpretazione era stata data da alcuni dei maggiori teorici contemporanei, specialmente dal Betti, che ne avevano esaltato l'origine non direttamente giuridica ma filosofica, in particolare ricollegandola alla filosofia romantica.

Di contro Plachy giustamente muove dalla ermeneutica iuris cinquecentesca e mette in evidenza le componenti razionalistiche che già a metà del settecento, con Georg Friedrich Meier, portarono alle prime formulazioni di una teoria generale dell'interpretazione.

Ciò che colpisce di più, nell'opera del Plachy, è la larghezza dell'informazione diretta di una letteratura vastissima, accompagnata ad una notevole agilità nell'affrontare una tematica non solo arida, ma di così grande interesse e attualità sul piano teorico e sul piano pratico.

Seguace convinto del Betti, alla cui opera è dedicata larga parte del volume, Plachy mostra nondimeno un'autonomia di giudizi e valutazioni che lo porta in molti punti, e si tratta di punti fondamentali, a discostarsi dal pensiero del suo Maestro e anzi ad assumere atteggiamenti critici.

² Ricordo che molti anni addietro - quando l'Università di Pavia conferì a Luigi Einaudi la laurea honoris causa - quell'Uomo sberleffiò, in un breve intervento, che ringraziava perché riteneva che con il conferimento della laurea gli si fosse riconosciuto l'atteggiamento, ancora sempre vivo, di "curioso" verso ogni problema culturale.

³ « Pubblicazioni dell'Istituto di Filosofia del diritto dell'Università di Roma », Terza Serie, 10, Giuffrè, Milano 1974, pp. 238.

È invece più che postulare e perseguire la ricerca di una teoria generale dell'interpretazione, che fu la mèta verso la quale tese sempre più fortemente il Betti, il Plachy sembra aver di mira un obiettivo più limitato, ma appunto perciò più concreto e più accettabile, cioè contribuire soprattutto alla formazione di una ermeneutica giuridica, come materia tipica interdisciplinare, anche se questa vada poi compresa nel quadro di un'adeguata coscienza epistemologica generale: il che nessuno potrebbe negare.

Per questo, oltre gli aspetti storiografici, il volume del Plachy si fa apprezzare particolarmente in quei capitoli in cui egli studia i rapporti fra "coscienza giuridica e logoi ermeneutici" e in cui analizza una serie di "esempi e casi di applicazione nel diritto internazionale", al fine di dimostrare l'efficienza evolutiva dell'interpretazione in questo campo.

Ma tutto il volume è ricco di temi, di osservazioni, di notazioni che sono sempre motivo di riflessione e spunto di stimolo a nuovi problemi. E anche se talvolta di fronte a certe affermazioni e a certe soluzioni mi è personalmente risultato difficile di non avvertire qualche perplessità, non c'è pagina in cui non abbia trovato molto da apprendere e molto da meditare, come di fronte ad ogni opera di vero pensiero.

Non appare strano che sia proprio io, in definitiva così estraneo e così alieno dal mondo in cui le moderne teorie dell'interpretazione affrontano i problemi della storia del diritto e lo studio dell'esperienza giuridica, ad aver l'onore di presentare questo volume.

Più che la congenialità del tema, hanno giocato in questo caso le profonde radici di una lunga amicizia che mi lega ad Adolfo Plachy dagli anni in cui, fra il 1937 ed il 1941, egli frequentò in Roma la comune scuola di quel grande e indimenticabile Maestro che fu Salvatore Riccobono, dopo essersi formato agli insegnamenti di Hans Kelsen, di Erich Gierke e di Alfred Manigk; amicizia che si è rinnovata e accresciuta negli anni del dopoguerra, quando egli tornò a Roma, senza più allontanarsene.

Da allora ho seguito con ammirazione il suo costante impegno per condurre avanti, per fra molte difficoltà, i suoi studi e un'attività culturale sempre più ricca e intensa.

È in questa seconda fase italiana che si colloca il suo incontro con Emilio Betti, di cui divenne collaboratore assiduo nel quadro didattico e scientifico dell'Istituto di Teoria dell'Interpretazione dell'Università di Roma, cooperando alla sua organizzazione e tenendoci per molti anni seminari sull'interpretazione giuridica del diritto internazionale, costituzionale, amministrativo, privato, commerciale, penale, processuale, tributario.

Difficile è enumerare le pubblicazioni di Plachy, che toccano i più vari campi. Al diritto pubblico romano è dedicato un ampio Contributo alla teoria genera-

le delle "leges contractus" (in *BIDR*, 1940) e a problemi romanistici lo studio *Indictum voluntatis* (in *BIDR*, 1952) e lo scritto *Il diritto romano come valore culturale nella storia d'Europa* (in *Studi Koschaker*, II, Milano, 1954).

Ma poi gli interessi culturali di Plachy si allargano e danno vita a una serie di ricerche e pubblicazioni di diverso argomento. Da un corso del 1953-54 all'Istituto di Studi Europei di Roma si sviluppa il saggio su *Il problema dell'interpretazione giudiziale nel diritto internazionale pubblico* (in *Riv. Intern. di Filosofia politica e sociale*, 1964-65) e dalla collaborazione con l'Istituto per la Documentazione e gli Studi legislativi di Roma, gli studi pubblicati nella collana dell'ISLE su *L'Università in Germania e l'indagine sulla diplomazia italiana*.

Intanto pure l'attività svolta dal 1963 al 1967 quale direttore delle ricerche del "Centro Internazionale di studi e incontri ecumenici" di Roma, che dette luogo ad una serie di sue pubblicazioni in questo particolare settore, oltre che a conferenze e seminari, in Italia e in altre nazioni.

Ciò che ha però maggiormente caratterizzato la personalità e l'opera di Plachy da oltre un decennio sono gli studi in tema di ermeneutica, dallo scritto su *Betti classica e problemi attuali dell'epistemologia ermeneutica* (in *Studi Betti*, I, Milano, 1961) alla serie dei resoconti sulla più recente letteratura in argomento, apparsi in *Studia et documenta historiae et iuris* e in altre riviste.

A coronamento di questo lungo e appassionato discorso metodologico viene ora alla luce questo volume, che è testimonianza, ad un tempo, della sua assidua meditazione sul tema e del suo alto grado di maturità culturale, non meno che della devozione ai suoi Maestri Salvatore Riccobono ed Emilio Betti e della sua autonomia scientifica.

Caratteristica delle recensioni di Plachy, pubblicate in questa Rivista, è stata sempre la puntuale valutazione dell'opera recensita, con frequenti richiami a problemi contemporanei, spesso arricchiti da notazioni di esperienza vissuta.

Così l'ultimo periodo della recensione che si pubblica in questo volume - interrotta a mezzo dalla morte - prende spunto dal contributo di Valentin Al. Georgescu ("Le terme de 'Romanus' et ses équivalents et dérivés dans l'histoire du peuple romain") per concludere:

«L'Autore di queste righe non potrebbe di nuovo non valutare l'applicazione pratica del processo ermeneutico leggendo, in connessione con l'epoca "incompletamente chiarificata", i termini come "ethnonyms", "Volksname", e ricordandosi degli sforzi dei nazisti occupanti, durante la seconda guerra mondiale 1939-46, tendenti a germanizzare mezza Europa occupata, usando il termine di "Volksdeutsche", per indicare le popolazioni, per così dire, linguisticamente indecise e politicamente opportuniste» (p. 563).

Nella affermazione del valore fondamentale delle ricerche ermeneutiche nel

campo del diritto, spesso si sottolinea l'importanza della attenta considerazione della dimensione storica: "Nel giorni nostri sempre più viene riconosciuta - nel campo della scienza giuridica vera e propria - l'importanza delle ricerche ermeneutiche le quali hanno le radici storiche nella giurisprudenza umanistica". (SDHI, 34 [1968], 423).

E nella recensione al volume di Gerhard Weensberg:

«Interessanti sono le analisi della realtà giuridica del tempo successivo alla seconda guerra mondiale. L'A. constata che, nella zona di occupazione sovietica, con la riforma agraria delle leggi del 10 Settembre 1945, ha ripreso vita il diritto di proprietà 'superiore' ed 'inferiore' del tempo medievale, e tanti altri provvedimenti hanno limitato in misura inaudita l'applicabilità delle norme di diritto privato; ma ciò è avvenuto senza cambiare sostanzialmente le norme precedenti (Blomeyer). Questo significa che nemmeno una rivoluzione marxista oca cambiare sostanzialmente il diritto.

Infatti, in nessun altro ramo della cultura la storia ha tanta importanza come nel diritto. Anche in questo senso bisogna intendere il detto di Paul Koschaker, che il compito finale delle ricerche storico-giuridiche è di cercare non 'das einmalig Geschichtliche', ma 'ewig Menschliche'.

Nemmeno in questi nostri tempi di dilagante patologia sociale, in cui sono minacciati i fondamentali valori della famiglia, della religione, dell'arte ecc., a nessuno viene in mente, in nome delle 'novità d'avanguardia', di sgomberare la vita giuridica di tutte le forme del passato e di ricominciare integralmente ex novo. Qui la storia insegna e insegnerà sempre.» (SDHI, 35 [1969], 452 a.).

Come si rileva, gli accenni al presente sono frequenti.

Nella recensione a un volume su "L'educazione giuridica", si raccomanda "la lettura e lo studio attento" di quelle pagine:

«Nel volume qui recensito abbiamo dedicato la nostra attenzione agli studi che ci sono apparsi di importanza fondamentale per la dottrina e la vita giuridica odierna. (...)»

Il mondo attuale è colpito da gravi crisi in tutte le sue istituzioni. Di queste crisi, la meno grave è forse quella che si ha nel diritto, la cui forma consiste nella cultura e nella dottrina: l'uomo politico può essere un semignorante (cioè che è peggio e più pericoloso di un ignorante completo) e fa carriera; l'uomo della Legge no. La cultura giuridica regge per le sue profonde radici storiche e per la sua ricca e solida ramificazione organica.» (SDHI, 48 [1982], 551).

E due anni dopo, nella recensione a un volume di Adriano Cavanna:

«La politica, con la lotta delle ideologie, rappresenta la lotta sociale, costoché non è possibile mescolare il metodo delle ricerche giuridiche, basate sulla considerazione della norma, come strumento della convivenza sociale, con il metodo delle ricerche sul fenomeno politico, collegato con la lotta sociale

impetosa, che ha già portato al due conflitti mondiali. La massima "Lex dura, sed lex" vale nel riguardi del diritto, ma deve valere anche nel riguardi del fenomeno politico. Altrimenti sovrasta il pericolo della lotta universale e dello sterminio dell'umanità, in un contrasto condotto con i mezzi tecnici moderni, nel terzo ed ultimo conflitto mondiale.» (SDHI, 50 [1984], 520 a.).

Il continuo interscambio, tra la riflessione sul passato e la esperienza sostanzialmente vissuta, era caratteristica di una personalità che aveva molto studiato e insieme aveva molto sofferto, sempre conservando un superiore distacco.

C'è qualcosa che incommensabilmente emerge dal profondo di lui, Plachy, nella conclusione del ricordo di Erich Gsemmer, pubblicato in questa Rivista "Per noi, discepoli di Erich Gsemmer, rimane l'eredità della sua opera, piena di valori e di iniziative promettenti; e rimane indimenticabile la sua personalità, che univa in sé l'entusiasmo incessante per i valori culturali, la probità intransigente del metodo e, persino, il senso dell'aspetto tragicomico di certi momenti dell'esistenza umana che emergono dal mare immenso della plurimillennaria esperienza giuridica dell'uomo europeo." (SDHI, 36 [1970], 502).

Nel "mare immenso della plurimillennaria esperienza giuridica dell'uomo europeo" navigava Adolfo Plachy, e in questi ultimi anni raccoglieva materiale - centinaia di pagine di appunti - per il volume che aveva in animo di pubblicare, e che non ha fatto a tempo a stendere organicamente, sulla "Esperienza giuridica".

La scomparsa di Adolfo Plachy costituisce per questa Rivista una grave perdita: dell'Amico e del Recensore, oggi non sostituibile. Un certo tipo di volumi, ricevuti per recensione, erano riservati automaticamente a Plachy, ed Egli con competenza, con entusiasmo, con gioia si poneva al lavoro.

Anche per questo ne rimpiangiamo la presenza terrena, mentre siamo persuasi dell'insito della Sua vera vita, oltre la soglia della morte: quella soglia cui si è presentato con tanto impegno, ma insieme con tanta umiltà.

Concludendo la recensione alla traduzione tedesca della Teoria generale della interpretazione del Sro Maestro Emilio Betti (traduzione personalmente compilata da Betti), Plachy aveva rilevato la estrema difficoltà di una traduzione precisa dei concetti giuridici: "... Però, per ponderare bene la strumentalità delle espressioni e per essere interpreti traduttori perfetti, bisognerebbe dominare e controllare tutti gli orizzonti culturali e linguistici da una posizione altissima. Quis autem eorum copiam potest adire ad statum suum cubitum unum? (Math. VI, 27)". (SDHI, 33 [1967], 497).

Oggi - richiamando un pensiero di Giuseppe Capograssi - possiamo dire di avere fiducia che per Adolfo Plachy sia 'venuto il tempo' di sapere "tutto, cioè il tutto, cioè l'Uno" (Pensieri dalle lettere, nr. 90, Studium, Roma 1968, p.59).

GABRILO LOMBARDI



PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURÍDICOS

Serie 1.ª

PUBLICACIONES PERIÓDICAS

NÚMERO 1

ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL

Tomo LIV



MINISTERIO DE JUSTICIA
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS

110

ANUARIO
DE
HISTORIA DEL DERECHO
ESPAÑOL

TOMO LIV



MADRID

1984

Biblioteca - Archivo Histórico

111

LA RESPONSABILIDAD DEL JUEZ EN EL DERECHO ROMANO CLASICO (*)

"Actio adversus iudicem qui litem suam fecit"

SUMARIO: I) LA NUEVA TESIS DE A. D'ORS.—II) OBSERVACIONES PRELIMINARES SOBRE LA EXPRESION «LITEM SUAM FACERE».—III) PROBABLE SANCION CONTRA EL JUEZ EN LA EPOCA PRIMITIVA. IV) LA ACCION FORMULARIA: 1) Cuestión previa: la probable solución *extra ordinem* frente a la ausencia de sentencia. 2) La fórmula de la acción *in factum concepta*. 3) El problema de la transmisibilidad o intransmisibilidad pasiva de la acción. 4) D. 5.1.15.1. 5) La posible fórmula oficial.—V) CONCLUSIONES.

I.—LA NUEVA TESIS DE A. D'ORS

La reciente publicación del artículo «*Litem suam facere*», del profesor A. d'Ors¹, replantea, y en buena medida aclara, una serie de complejos problemas referidos en último término a la responsabilidad privada del juez romano. Dicho artículo viene a romper la hipótesis tradicional sobre el *iudex qui litem suam fecit*², que tiene su último exponente en un estudio de Giannetto Longo³.

* En estas páginas se reproduce íntegramente la comunicación que, bajo el mismo título, presentamos en las «Journées internationales d'Histoire du droit» (Amsterdam, mayo de 1984); tema central del congreso: «La juridiction supérieure dans l'histoire du droit». Un breve resumen en francés aparece simultáneamente en la *RHD*. En el XXXVII Congreso de la SIDA (El Cairo, diciembre de 1983) presentamos ya una primera aproximación al tema, si bien existen diferencias esenciales entre aquella comunicación y el presente artículo.

1. A. d'Ors, «*Litem suam facere*», en *SDHI* 48 (1982) pp. 368 ss.

2. De la bibliografía anterior, se puede acudir a: KÖNIG, *Die Haftung für Verschulden bei kontraktähnlichen und deliktähnlichen Schuldverhältnissen*, en *ZSS* 39 (1918) pp. 213 ss.; HÖLWAG, *Zur Haftung des iudex qui litem suam fecit*, en *Iura* 5 (1954) pp. 200 ss.; STROPEVIC, *Sur le caractère des quasi-délits iudiciaires*, en *Iura* 8 (1957) pp. 57 ss.; STROPEVIC, *The Nature of quasi-delict*

Es cierto que algunas soluciones aportadas por d'Ors pueden ser discutibles (él mismo en determinados puntos se manifiesta con dudas), pero resulta claro que su artículo pasa a ser desde ahora insustituible en el tema de *litem suam facere*.

A los testimonios que suelen acompañar los trabajos monográficos sobre nuestro tema añade ahora d'Ors un nuevo dato aportado por la *lex Imitana*⁴ y, tras un detallado análisis textual, llega a indicar que todos los testimonios salvo uno —Ulpiano 21 *ad Ed.*, D. 5.1.15.1— vienen en el fondo a identificar *litem suam facere* con ausencia de sentencia, lo que le lleva a entender como completamente glosemático dicho fragmento atribuido a Ulpiano «que sería la causa de todos los errores sobre nuestro tema»⁵.

El centro de gravedad de la nueva tesis d'Orsiana consiste así en señalar que un juez *litem suam facit* cuando no da sentencia, a lo que quedaría equiparado el darla fuera de los límites de la fórmula, pues tal sentencia sería nula y equivaldría a ausencia de sentencia. De esta forma, el *factum* alegado en la *nominatio facti* —*intentio in factum* según la terminología más tradicional⁶— de la fórmula de la *actio adversus iudicem qui litem suam fecerit* sería la ausencia de sentencia, lo que cuadraría con los otros tres supuestos que serían llevados por Justiniano a la categoría cuasi-delictual apoyándose en un sistema de responsabilidad objetiva.

Obligations in Roman Law, en RIDA 5 (1958) pp. 563 ss.; KELLY, *Roman Litigation* (1966) pp. 103 ss., y rec. de KATZ en ZSS. 84 (1967) p. 517; WOLOKIN, «Obligations ex variis causarum figuris. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano», en RISG. 14 (1970) pp. 194 ss.; MAC CORMACK, «Iudex qui litem suam fecit», en *Acta Iuridica* (1977) pp. 149 ss.

3. G. LOMBO, *I quasi delicta. «Actio de effusis et deiectionibus» - «Actio de poenae ac suspensio»*, en *Studi Sanfilippo IV* (1983) pp. 399 ss., en especial 408 ss.

4. En el momento de redactar este artículo dicha ley todavía no ha sido publicada. Una noticia completa, con fundamentos en fotografías de los boncos, proporciona d'Ors, *Nuevos datos de la ley Imitana sobre jurisdicción municipal*, en SDHI. 49 (1983) pp. 18 ss.; información más sucinta en d'Ors, *La nueva copia imitana de la «lex Flavia municipalis»*, en AHDE. 53 (1983) pp. 5 ss., y en GIMÉNEZ-CANDELA, *La «lex Imitana». Une nouvelle loi municipale de la Bétique*, en RIDA. 30 (1983) pp. 125 ss.

5. d'ORS, «*Litem suam facere*», cit. en nt. 1, p. 373.

6. Las acciones *in factum* no suelen propiamente *intentio*, sino una descripción del *factum*. Ver VALARÓ, «*Intentio* en el Digesto. Una revisión de textos», en *Estudios Alvariz Suárez* (1978) pp. 329 ss.

Además, propone una alteración en la *condemnatio* tradicionalmente admitida de la fórmula de nuestra acción. Si bien en algún aspecto existieron controversias⁷, se solía entender hasta la fecha —siempre de acuerdo con Lenel⁸— que su fórmula contenía una *condemnatio in (bonum et) aequum concepta*, lo que permitía al juez una amplia discrecionalidad a la hora de la estimación⁹; que la fórmula presentase una *condemnatio* de ese tipo se desprendería de un fragmento del libro tercero de las *res cottidianae* recogido en D. 50.13.6¹⁰, pues, si bien el inciso final «*et in quantum de ea re aequum religioni iudicanti visus fuerit*» era admitido por todos como no clásico, subsistiría en él la antigua *condemnatio*. D'Ors, tras indicar que el juez que hizo suyo el litigio se «subrogaba» en la posición del demandado, señala que la *condemnatio* de la fórmula edictal quizá hiciera referencia a *in quantum Lucius Titius* (el demandado en la acción frustrada) *condemnari debuit*.

II.—OBSERVACIONES PRELIMINARES SOBRE LA EXPRESION «LITEM SUAM FACERE»

i) El deber esencial del juez, y para eso es nombrado, es el dar sentencia (Juliano 5 *dig.*, D. 5.1.74 pr.; Ulpiano 51 *ad Sab.*, D. 42.1.55); caso de no darla incurrir en responsabilidad. Que la expresión *litem suam facere* incluya al juez que no dictó la sentencia queda suficientemente probado en las fuentes: Aulo Gelio 10.1.5, Pap. Ant. I.22 y cap. 91 (tabla X) de la recién descubierta *lex Imitana*.

7. Algunos, con apoyo en D. 5.1.15.1 y D. 50.13.6, sostuvieron la existencia de dos acciones: una para el supuesto de dolo con *condemnatio* referida a *quantum ea res est*, y otra para el caso de imprudencia con *condemnatio in aequum*. Véase LENEL, *EP*, p. 168.

8. LENEL, *EP*, p. 169.

9. Sobre la pretendida inclusión de esta acción entre las denominadas *actiones in (bonum et) aequum conceptae*, ver THOMAS, *Observations sur les actions «in bonum et aequum conceptae»*, en RHD. 25 (1901) especialmente pp. 342 ss.; PRINGSHEIM «*Bonum et aequum*», en ZSS. 52 (1932) pp. 105 ss.; GUARDINO, «*Actiones in aequum conceptae*», en *Labbe* 8 (1962), sobre todo pp. 11 s.

10. El texto se reproduce también en D. 44.7.54 y en I. 4.5 pr., si bien sólo en D. 50.13.6 se dice que la acción es *in factum*. Véase infra IV.2. Archivo Histórico

con su deber. Por lo demás, como la sentencia no se podía alterar, si la *condemnatio* era *certa* y el juez no la respetó, *litem suam fecit*. En resumen, creemos que D. 42.1.55 no sirve en rigor para afirmar que una sentencia contraria a la fórmula fuera válida.

iii) Una excepción nos presenta Juliano 5 *dig.*, D. 5.1.74.1:

Iudex, qui usque ad certam summam iudicare iussus est, etiam de re maiori iudicare potest, si inter litigatores conveniat.

El tenor de la fórmula, conforme a cuyos criterios el juez debía sentenciar, era siempre uno concreto; ahora bien, si el juez no ajustaba su sentencia a la fórmula porque los litigantes convinieron después de la *litis contestatio* no respetarla y le permitieron salirse de los límites prefijados, dicha sentencia era válida y resulta evidente que el juez no incurría en responsabilidad, no hacía suyo el litigio. Esto no es sino una excepción al principio general, excepción que viene a confirmar el profundo carácter arbitral de los litigios privados romanos.

iv) En los textos fidedignos observamos que *litem suam facere* es la consecuencia de no haber dado sentencia, incluyendo la sentencia no ajustada a la fórmula (salvo convenio contrario de los litigantes) pues esa sentencia era nula y equivalía a ausencia de sentencia. Así, el juez que no sentenció «hizo suyo el litigio frustrado» y responderá en la medida de lo pedido por el demandante en su acción malograda. Nos restaría comentar el conflictivo pasaje de Ulpiano recogido en D. 5.1.15.1, pero sobre él trataremos luego (*infra*, IV.4).

La responsabilidad del juez venía referida, por consiguiente, sólo a este supuesto. Ciertamente, el juez se debería comportar bien a lo largo de toda la fase *apud iudicem* cumpliendo escrupulosamente su oficio de juez (como se comporta Aulo Gelio en su famosa actuación recogida en *Noct. Att.* 14.2), pero un comportamiento inconveniente del juez (salvo algún caso excepcional que se perseguía por la vía criminal: p. ej., el juez venal) no era objeto de la *actio adversus iudicem* *qui litem suam fecit*. Antes de ser nombrado el juez debía prestar juramento de actuar bien (17) y, sin duda, debía comportarse conforme

a lo jurado, pero, si no lo hacía, no por ello quedaba sujeto a una posible acción: el juramento vinculaba al juez en su fuero interno, y a la vez lo eximía de cualquier reclamación posterior contra él. Por lo demás, no se debe olvidar que existía un claro control sobre la idoneidad de los jueces (siempre se buscaba que el juez fuera idóneo: *bonus iudex, bonus vir*), idoneidad que era apreciada tanto por las partes como por el pretor (el juez o bien era designado directamente por las partes y confirmado por el magistrado, o bien era elegido por los litigantes de entre los integrantes del *album iudicum*)¹⁸.

Después de todo lo dicho hasta ahora, aún debemos precisar que, si no dar sentencia supone *litem suam facere* —expresión en la que desde antiguo y hasta Justiniano, cuando ya muestra acción en poco se parece a la clásica, parecen verse las conductas sancionables de los jueces—, ello se debe al propio sistema del *ordo iudiciorum privatorum*, pues, si el juez no daba sentencia y no cupiera ejercitar una acción contra él, se produciría indefensión del demandante. Por ello, el juez que no hizo la *diffinitio* ni dictó sentencia (o la dictó desajustada a la fórmula) hacía suyo el litigio por él frustrado; la ley Imitana habla de que el litigio sea en daño para el juez o para el árbitro, y el daño producido es lo que pidió el demandante y no alcanzó.

v) Una última precisión sobre la expresión *litem suam facere*. Según Arangio-Ruiz¹⁹, esta expresión haría referencia en la época más primitiva a la apropiación de la cosa litigiosa realizada por el *index-sequester*²⁰. En tal caso, habría que entender que el juez-sequestrario que retuvo la cosa depositada sería tratado como un depositario infiel, es decir, equiparado al ladrón²¹.

Ciertamente, aunque sólo se trate de una hipótesis, la expresión

18. Era *quis* quien designaban las partes. Caso de no haber acuerdo se seguía un curiosísimo sistema de recusación de los integrantes del *album iudicum* hasta que sólo quedaba uno; este sistema aparece detallado en el cap. 87 de la *lex Imitana*, y es casi copiado de la *lex Julia iudiciorum privatorum*. Ver para todo *Ulp., Nocturni datuli*, cit. en nt. 4, pp. 26 ss.

19. ARANGIO-RUIZ, *Introduzione*¹⁸ (rist. 1974) p. 378.

20. Algunos testimonios sobre la coacción entre *sequester* y *index* en época primitiva presenta BROGGI, *«Index arbiters»* (1957) p. 120 nt. 19.

21. Las XII Tabas establecían ya una *actio in duplum* contra el depositario infiel, la misma que en el *furtum nec manifestum*: Collatio, 10.7.11 y Paul. Sent. 2.12.11. Ver BORRILLO, *Las fórmulas de la actio depositi* en SDHI 28 (1963) pp. 236 ss.

17. C.I. 3.1.14 (año 531): *Cui enim non est cognitum antiquis iudices non alter iudicium calculum accipere, nisi prius sacramentum praestitissent omnimodo esse cum veritate et legum observatione iudicium esse disposituros!* Sobre este juramento tenemos algún dato más en las fuentes literarias, ver LUZZATTO, *Procedura civile romana II* (1948) p. 229.

En Aulo Gelio el tema se plantea de forma indirecta, si bien el uso de la expresión *litum suam facere* tiene ahí un sentido técnico¹¹. Un familiar le requiere por carta a Gelio acerca de la utilización de los términos «tertium» y «tertius», éste le responde («da sentencia») —apoyándose en la autoridad de Varrón— porque no quiere hacer suyo el litigio: *litum meum facere absens nolui*. Un juez podía así *litum suam facere* cuando no daba sentencia (salvo que jurase no ver claro: *rem tibi non liquere*, juramento que le exoneraba).

Del testimonio proporcionado por Pomponio en Pap.Ant. 1.22¹² se deduce también que, si un juez no hizo el aplazamiento (*diffissio*) jurando la causa del mismo¹³ ni dictó sentencia, hace suyo el litigio:

Item Pomponius scribit. Si falsus tutoris auctoritate male fuerit diffissusque dies, ad iudicium quodlibet cessare, et iudicem, quicquid negat diffidit negat sententiam dicit, litum suum fecisse videtur.

Esto, y d'Ors lo pone en claro relieve, viene a coincidir con lo señalado ahora por la *lex Irnitana*¹⁴, donde se indica que el litigio «sea en daño para el juez o para el árbitro» si no hizo la *diffissio* ni dictó sentencia:

Tabla X, col. A, lín. 52 ss.: si neque dies diffissus neque iudicium fuerit, ut lit iudici arbitrove damni sit et... res in iudicio non sit.

Tabla X, col. B, lín. 15 ss.: si neque diffissum e lege neque iudicium sit... iudici arbitrove lit damni sit..., si... iudicium non sit, res in iudicio non sit.

Queda así suficientemente probado por esos tres testimonios tan dispares que *litum suam facere* es la consecuencia de no dar sentencia.

b) Un paso más supone Gayo 4.52, pasaje desgraciadamente con-

11. Cfr. en el mismo sentido d'Ors, «*Litum suam facere*», cit. en nt. 1, pp. 371 s.

12. Publicado por la «Egypt Exploration Society», ed. ROBERTS (1950); comentario de ARANGIO-RUIZ en *Iura* 2 (1951) pp. 344 ss. Ver también SEIBT, en *SDHI*, 18 (1952) p. 343.

13. Sobre la *diffissio*, ver ahora d'Ors, *Nuevos datos...*, cit. en nt. 4, p. 40 ss.

14. En la ley Irnitana no aparece la expresión *litum suam facere*, sino que se habla de *litum iudici damni esse*; cfr. d'Ors, *Nuevos datos...*, cit. en nt. 4, p. 45. Los fragmentos reproducidos a continuación del cap. 91 (tabla X) de la ley Irnitana son los de la lectura realizada por d'Ors; ver «*Litum suam facere*», cit. en nt. 1, pp. 374 ss.

servado de forma incompleta, donde el jurista señala que cuando la *condemnatio* de la fórmula es cierta y el juez condena a más o menos de esa cantidad, *litum suam facit*; lo mismo ocurriría en caso de que el pretor hubiera señalado una *taxatio* y el juez, desobedeciendo la orden pretoria, condenara a más de ese límite:

Debet autem iudex attendere, ut cum certae pecuniae condemnatio posita sit, neque maiore neque minore summa posita condemnent, alioquin litum suam facit; item si taxatio posita sit, ne plura condemnent quam taxatum sit, alias enim similiter litum suam facit.

Por consiguiente, *litum suam facere* ya no queda restringido al supuesto de no dar sentencia, sino que incluye también el dar una sentencia no ajustada al tenor de la fórmula; Gayo no dice expresamente que tal sentencia no valga, se limita a indicar que el juez *litum suam facit*. Kaser, aun reconociendo que Gayo nada dice, indica que esa sentencia sería nula¹⁵, hipótesis que acepta d'Ors¹⁶ para, a continuación, equiparar ese supuesto a la ausencia de sentencia. Pese a las dudas que pueden surgir, parece que la opinión de Kaser y d'Ors debe ser admitida; multitud de razones de orden lógico-jurídico inducen a pensar que una sentencia de ese tipo no puede ser sino nula, y eso es tanto como no haber dado sentencia.

Una cierta confusión podría producir el pasaje de Ulpiano 51 ad Sab., D. 42.1.55, donde se indica que si un juez condenó a más o menos no podrá alterar su sentencia pues «male seu bene officio functus est»:

Iudex postquam semel sententiam dicit, postea iudex esse desinit; et hoc iure utitur, ut iudex, qui semel vel plura vel minore condemnavit, amplius corrigere sententiam suam non possit, semel enim male seu bene officio functus est.

Pero en este fragmento no se dice que una sentencia contraria al tenor de la fórmula fuera válida, sólo si hacemos decir al texto lo que no dice de modo expreso se podría concluir que una sentencia no ajustada a la fórmula era eficaz y que el juez, bien o mal, habría cumplido

15. KASER, loc. cit. 255 84 (1967) p. 517 nt. 36. En igual sentido, CARRA, *Profilo istituzionale del processo privato romano II* (1982) p. 186 nt. 25.

16. d'Ors, «*Litum suam facere*», cit. en nt. 1, p. 372.

litem suam facere pudo haber significado esa actuación del *iudex-quester*, e incluso pudo haber nacido dicha expresión para señalar ese caso; pero ello no está atestado por las fuentes. En cambio, las fuentes sí permiten afirmar que un juez hace suyo el litigio cuando ni hizo la *diffusio* ni dictó la sentencia.

Pese a todo, este sentido de la expresión no resulta incompatible con el que en vía conjetural propuso Arangio-Ruiz, pues es verdad que el juez que no da sentencia retiene el litigio (la cosa litigiosa) y se lo apropia. Se podría así mantener la hipótesis de Arangio-Ruiz, pero también cabe afirmar como posible y probable una traslación del sentido de la expresión del primer supuesto al segundo y, aún más, es perfectamente comprensible que la expresión quedara limitada a ese segundo supuesto pues el primero se fue convirtiendo progresivamente en una función independiente de la de juez. En el caso del *iudex* que hace suyo el litigio al no dar sentencia, no hay depósito alguno, y por tanto no se perseguiría un acto ilícito de no devolver dolosamente, sino una especie de repetición de una cosa (el mismo litigio) que ha pasado ahora a la detención del juez (idea de subrogación del juez en la posición del demandado). Esto quizá justificaría la —al menos hasta Juliano— transmisibilidad pasiva de la acción contra el juez; pero de ello trataremos más adelante (*infra*, IV.3).

Este último problema planteado nos lleva ya a la espinosa cuestión de la primitiva sanción contra el juez.

III.—PROBABLE SANCION CONTRA EL JUEZ EN LA EPOCA PRIMITIVA

El testimonio más antiguo de que disponemos sobre el *litem suam facere*²² es el jocoso episodio narrado por Macrobio²³ de los jueces borrachos que, casi no teniendo en pie, acuden a sentenciar. Si van a

22. Sobre el juez vernal tenemos un testimonio anterior proporcionado por Aulo Gellio, *Noct. Att.*, 20.1.7; las XII Tablas (IX.3) castigaban con la pena capital al juez o al árbitro que se dejaban corromper por dinero.

Nisi duras esse leges potius, quae iudicem arbitrumve iure datum, qui ob rem dicendam periculum accepisse convictus est, capite poenitur?

dar sentencia en esa situación se debe a que la sanción contra ellos, caso de no darla, debía de ser fuerte. El testimonio de Macrobio nos reconduce al año 161 a. C., es decir, a la época pre-ebucial, donde seguiría vigente la legislación antigua²⁴.

Que en ese pasaje *litem suam facere* vuelve a coincidir con ausencia de sentencia resulta claro, puesto que, si sentenciando de cualquier manera (como necesariamente sentenciarían en ese estado) fueran responsables, no acudirían a juzgar, pues en ambos casos quedarían expuestos a reclamación judicial.

Conocemos que contra el juez *qui litem suam faciebat* existía en el procedimiento formulario una acción, según se suele pretender con fórmula *in factum*²⁵; pero este testimonio de Macrobio nos remonta a una época anterior al procedimiento formulario y, según parece, también entonces había sanción contra el juez que no sentenciaba. Qué sanción era esa, no sabemos: las hipótesis probables son tres, si bien, en nuestra opinión, sólo una sería admisible:

a) La antigua intuición de Voigt²⁶, para quien en la época de las *legis actiones* se produciría una especie de *translatio iudicii* y que el juicio continuaría contra el juez, resulta del todo improbable²⁷.

b) Tampoco parece probable que el magistrado multase directamente al juez que no sentenciaba (*multae dictio*) o que el demandante frustrado quedara legitimado para tomar algo del juez incumplidor (*pignoris capio*). La imposición de una multa, si bien no cabe descartar-

No sería imposible que el juez que no sentenciaba sufriera la misma pena, con pronunciación quizá de que se había «vendido» al demandado, pero tal hipótesis resulta muy forzada. Que el juez vernal no quedara sometido en la época clásica a la *actio adversus iudicem qui litem suam fecerit* es claro, y la antigua sanción decemviral sería sustituida por el procedimiento criminal público; en la época más tardía el procedimiento criminal sería alternativo con la acción privada, cuando ésta difiere notablemente de la antigua acción formulario.

23. Macrobio, *Saturnalia* 3.16.15 [2.12].

24. Esto creemos que debe ser entendido así. Aunque hoy se suele admitir la existencia de un «procedimiento formulario pre-ebucial» (véase MIRA, *DRC*, II [1980] pp. 164 ss.; CANAFA, *Profilo*, cit. en nt. 15, pp. 50 ss.), no creemos que que querra suponer una acción *in factum* contra el juez en la primera mitad del siglo II a. C.

25. Sobre esto *infra* IV.2.

26. Voigt, *XII Tafeln* (1883) pp. 554 s.

27. Véase GONZALEZ, *Manual*⁴ (1929, reimpr. anast. 1978) p. 677 nt. 2; o'ON, «*Litem suam facere*», cit. en nt. 1, pp. 379 s.

taría por completo, no cuadraría con el limitado papel que el órgano jurisdiccional desempeña en la época antigua. Lo segundo también nos parece desestimable, a pesar del incompleto testimonio que sobre la *legis actio per pignoris capionem* nos proporciona Gayo²⁸. La suposición de una sanción semejante contra los jueces se debe a que respecto al *arbitrator ex compromisso* parece seguirse en época clásica un régimen parecido, y en los arbitrajes compromisarios quizá pudiera pervivir de alguna manera el mismo sistema de los jueces primitivos²⁹.

c) Un pequeño sector de la doctrina ha admitido que contra el juez *qui litem suam faciebat* procedería en una primera época la *manus iniectio*³⁰. En nuestra opinión, esta es la hipótesis más verosímil.

Si leemos con pausa lo que Gayo refiere sobre la *legis actio per manus iniectionem* observamos que, tras hablar de la *manus iniectio «iudicatis»*, señala:

Potes quedam leges ex aliis quibundam causis pro iudicatis manus iniectionem in quidam dederunt;

Gayo pone como ejemplo la *lex Publilia* y la *lex Faria de spontu*, pero añade:

denique complures alias leges in multis causis talem actionem dederunt³¹.

Puesto que diversas leyes dieron la *manus iniectio* para muchos casos, sería factible el suponer que alguna ley hubiera concedido la *manus iniectio* contra el juez que hizo suyo el litigio «como si se tratara de un *iudicatus*» (como si el juez fuera el condenado en el litigio que frustró) y que, por ello, los jueces borrachos que aparecen en el testimonio de Macrobio acudieran a dar sentencia.

28. Gayo 4.26.29.

29. Sobre los arbitrajes compromisarios véase el importante estudio de TALAMANCA, *Ricerche in tema di «compromissum»* (1938). En contra de la opinión absolutamente mayoritaria (ver por todos MAGGIORANI, *Le compromissum dans l'Edit du préteur* [1938] pp. 156 ss. y KASER, ZPR. [1966] p. 526), D'ONZ, DPR.² (1983) § 129, formula la hipótesis de una *actio in factum* contra el delicto que no dio sentencia, pero esa acción no aparece atestiguada en las fuentes.

30. V. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte II* (1901) pp. 1349 ss.; PEROGGI, *Istitutioni II*² (reim. 1947) p. 387 ss. 3; ILLINOVA, *Haftung*, cit. en nt. 2, p. 202.

31. Gayo, 4.22.

Si bien esta primitiva sanción contra el juez a través de la *manus iniectio «pro iudicatis»* es para nosotros cierta, no creemos, sin embargo, que la acción formularia contra el juez venga a ser una derivación de aquella. Aunque el adoptar este último punto de vista ayudaría a explicar la transmisibilidad pasiva de la acción formularia (posición de Juliano) y esta misma transmisibilidad podría hablar quizá del carácter ejecutivo de la acción formularia, otras características de la acción clásica parecen desmentir esa derivación, y tampoco juega en favor de la misma el hecho de que Juliano y Ulpiano, al comentar una misma acción, sacaran consecuencias distintas respecto a la transmisibilidad pasiva, cosa que no sucedería si comentaran una acción ejecutiva, a menos que Juliano y Ulpiano comentaran acciones distintas, cosa que haría, como veremos, absurda la polémica (cfr. *infra* IV.3).

Tras estas observaciones sobre la sanción primitiva, pasamos a tratar de la acción formularia contra el juez que hizo suyo el litigio.

IV.—LA ACCIÓN FORMULARIA

En este apartado nos ocuparemos de la acción formularia contra el juez, si bien parece necesario incidir en una cuestión previa: la nueva solución, *extra ordinem*, frente a la ausencia de sentencia, puesto que, en nuestra opinión, ello incidió indirectamente, a partir de mediados del siglo II d. C., en la concepción de la *actio adversus iudicem qui litem suam fecit*. Por eso trataremos en primer lugar de ese tema [1], luego del probable carácter *in factum* de su fórmula [2], después del problema de la transmisibilidad pasiva de la acción [3], más tarde del controvertido fragmento de Ulpiano recogido en D. 5.1.15.1 [4], y, finalmente, de la fórmula edictal [5].

1.—Cuanto más nos retrotramos en la historia del proceso civil romano, cada vez se destaca con mayor nitidez el carácter privatístico del mismo, carácter privado que, en cierta manera, puede designarse como arbitral. Es una persona privada —*iudex privatus*— quien es designado para resolver el litigio: esta intervención del *iudex* es la afirmación de la preeminencia y supervivencia del carácter paramento privado de la resolución de una controversia. Se consiente la intervención pública en la fase procesal *in iure* al objeto de pacificar lo que en su origen es un acto de violencia, y es, tal vez, la violencia ritualizada

la que otorga el punto de conexión para la intervención del poder público.

Ese carácter privado se concreta muy especialmente, como hemos dicho, en la designación de particulares para la resolución de los litigios. Como sucederá siempre en los arbitrajes compromisarios, también en los juicios el juez es elegido por sus condiciones personales de *bonus vir*; esa idoneidad personal para la función a que es llamado es la base de la seguridad jurídica de aquella época³¹ y es el presupuesto de la inscripción en el *album iudicum*.

Por otra parte, todo *iudex* procuraría juzgar bien y honestamente, como quisiera que se le juzgara a él, y, además, se tomaban precauciones exigiéndole un juramento —las fuentes hablan de *iudex iuratus*³²— que, si bien le eximía de cualquier reclamación ulterior, le vinculaba en conciencia.

En todo caso, la sentencia es la *opinio*, el *sensire* del juez (que es, en definitiva, lo buscado por los litigantes), y de ahí el que no resulte revisable ni censurable en sí misma desde presupuestos objetivos. Es por ello por lo que no hay un sistema jerarquizado, burocratizado, de jueces en el que la personalidad de los mismos se diluya en la condición de funcionarios aplicadores del derecho, sistema que haría posible la existencia de apelación.

El deber del juez, como nítidamente testimonian las fuentes, es el de dar sentencia³³, una vez dictada deja de ser juez. Su sentencia, fuera la que fuera, era ya intangible para el propio *iudex*, que no podía cambiarla:

Alfeno 6 *dig. a Paulo epit.*, D. 42.1.62: Cum querebatur, iudex, si perperam iudicasset, an posset eodem die iterum iudicare, respondit non posse.

y también para el pretor:

Celso 25 *dig.*, D. 42.1.14: Quod iussit venire praetor, contra ius imperio tollere et remittere licet: de sententiis contra.

32. Ver NOGIERA, «*Reddere ius*» (1976) pp. 24 y 34 ss.

33. Sobre este juramento ver *supra* II. 4 y nt. 17.

34. El deber del juez es dar sentencia: Juliano 5 *dig.*, D. 5.1.74, pr. y Ulpiano 51 *ad Sab.*, D. 42.1.55.

Dentro del *ordo iudiciorum privatorum*, la sentencia es en sí misma inatacable y, por consiguiente, ejecutable. Esto no quiere decir que no cupiera defensa alguna, pues, como bien sabemos, el demandado condenado puede impugnar la sentencia contradiciendo al vencedor en la *actio iudicati*, o bien puede solicitar del magistrado una *restitutio in integrum*³⁵, pero dejando claro que la sentencia, en cuanto al fondo de la misma, es inatacable. La impugnación es siempre indirecta, es decir, se trata en todo caso de hacer ineficaz la sentencia mediante la alegación de algún defecto (p. ej., dolo, miedo, error de los litigantes, etcétera) que vicie el juicio entero.

Cabe decir así que, antes de que apareciera la apelación³⁶, no había remedio contra la injusticia material de las sentencias. Hasta el surgimiento de la apelación, la sentencia sólo se podía impugnar indirectamente a través de los modos antes señalados. Si el juez dio su *opinio* sin ir en contra de la fórmula —caso de no atenderse a la fórmula ya vimos que *litum suam faciebat*—, «bien o mal cumplió con su deber» (D. 42.1.55) y, si no hay defecto externo que alegar, no queda otra posibilidad que la de someterse a ella.

Este principio de la intangibilidad de las sentencias, varió poco a poco merced a la progresiva intervención imperial en materia judicial. Las fuentes, sobre todo las fuentes literarias, testimonian ya en época bien temprana intervenciones de los emperadores contra sentencias de juicios privados³⁷, esas intervenciones tendrían lugar principalmente a través de *restitutiones in integrum*, institución que es el punto de conexión más claro entre el derecho pretorio y el derecho imperial³⁸.

35. Cfr. s'Ons, *DPR*¹, cit. en nt. 29, § 111 nt. 2.

36. Sobre la apelación y su historia, ver: SANTILANO, *Contributi storici alla storia dell'appellatio* I: *Sull'appello contro la sentenza del giudice formulare nell'Impero*, en *Annali Camerino* 8 (1934), separata; ORASTANO, *L'appello civile in diritto romano* (1933); LITVINSKI, *Die römische Appellation in Zivilsachen*, en *RIDA*, 12 (1965) pp. 347 ss.; PALAZZOLO, *Processo civile e politica giudiziaria nel principato* (1980) pp. 29 ss.

37. Claudio ordenó *restitutiones in integrum* de sentencias absolutorias por parte privo de los demandantes (Suetonio, *Divus Claudius* 14). Más trascendente es el testimonio que el mismo escritor nos proporciona sobre Domiciano quien, *extra ordinem*, anuló «sententias ambrosas» de los centumviris (Suetonio, *Divus Domitianus* 8). Otros testimonios en las obras cit. en nt. 36.

38. Ver en este sentido, por todos, PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d. C.* (1974) p. 177. Id., *Processo civile*, cit. en nt. 36, p. 177.

La *restitutio in integrum* (imperial) es sin duda el precursor inmediato de la apelación. Hacia mediados del siglo II d. C. —claramente ya en la época de Gayo³⁹, aunque éste nada diga en sus *institutiones*— era posible de modo general la apelación de las sentencias ordinarias acudiendo a la vía cognitoria, y por ello cabe concluir con Kaser⁴⁰ que «en el siglo II se afirma el predominio de la autoridad imperial respecto a la sentencia de los jueces privados».

Al existir la apelación se puede ir ya directamente contra las sentencias. Quebranta así el antiguo principio que hacía de la opinión del juez, de su sentencia, algo inmutable, y, quebrado ese principio, es perfectamente lógico que se pudiera poner solución también al supuesto de ausencia de sentencia. En esta época tardo-clásica, i) cuando una sentencia fuera considerada como «injusta» por alguno de los litigantes podía ser apelada, y ii) cuando un juez no hubiera dado sentencia (que es el supuesto que aquí más nos interesa), el Príncipe, previa petición del demandante, podría ordenar —bien directamente, bien remitiendo al pretor⁴¹— una *restitutio in integrum*.

Ciertamente, no disponemos de testimonios expuestos donde se indique que en época clásico-tardía se procediera de esta forma en los casos de ausencia de sentencia, pero tampoco se negará que eso resulta lo más probable. Si ello fue realmente así, debió de tener no pequeña importancia para la suerte de la *actio adversus iudicem qui litem suam fecit*, pues ayudaría a explicar la intransmisibilidad pasiva de la acción, defendida por Ulpiano, en contra de la opinión más antigua de Juliano. Pero de esto nos ocuparemos luego (*infra* IV.3).

2.—Se suele admitir por todos que la fórmula de la acción contra el juez que hizo suyo el litigio era *in factum concepta*. Nosotros también lo creemos así, si bien eso no obsta para reconocer que el fundamento textual de dicha suposición es endeble.

El único texto donde se reconoce es en D. 50.13.6: ... *ideo videtur quasi ex maleficio teneri in factum actione*, pero ese fragmento —aparte

39. Gayo 5 ad Ed. prov., D. 2.8.9: *Arbitro ad fiduciarios probandos constituto, si in alteram partem iniquum arbitrium videatur, perinde ab eo atque ab iudicibus appellare licet*.

40. KASER, Gli inizi della «restitutio extra ordinem», en *Ant. giur.* I (1968) p. 310 = *Augustabiler Schriften* II (1976) p. 180.

41. Sobre los distintos modos de acusación imperial en materia de *restitutio in integrum* ver PALAZZOTTO, *Potestà Imperiale*, cit. en nt. 38, pp. 180 ss.

de corresponder a las *res cotidianae*, obra presumiblemente post-clásica sobre un trasfondo gayano⁴² — se vuelve a reproducir en D. 44.7.5.4 y en I. 4.5.pr y, casualmente, se omite en ellos que la acción fuera *in factum*. Aunque, como vemos, la apoyatura textual es débil, cabe afirmar que se tratara de una acción con fórmula *in factum*, y ello no sólo porque, como acertadamente señala d'Oss⁴³, «resulte congruente con el sistema general de las acciones *in factum* que sirven para asegurar la buena marcha de los litigios», sino porque, en pura lógica, si la fórmula fuera *in ius concepta* (es decir, derivada directamente de la *manus iniectio*), presentaría el rasgo de litisescencia —al igual que la *actio iudicati* o la *actio depensi*— y no es así.

De cómo se pudo pasar de la *manus iniectio* a una acción con fórmula *in factum* resulta difícil de precisar. En todo caso, tenemos conocimiento de que, por razones bien diversas, el pretor concedió para distintos casos acciones *in factum* que vinieron a suplir acciones civiles antiguas (p. ej.: *actio furti manifesti*, *actio iniuriarum*, *actio ex iureiurando*, *actio depositi in factum*, etc.) y, al menos en principio, nada tiene de anómalo el que la acción contra el juez que hizo suyo el litigio tuviera una fórmula *in factum*, aunque la acción primitiva, según vimos (*supra* III), fuera la *manus iniectio*.

Por consiguiente, según todos los indicios, la fórmula de la acción contra el juez era *in factum*. Más oscuro resulta el tema de la transmisibilidad o intransmisibilidad pasiva de la acción, aspecto sobre el que las fuentes reproducen —sin duda de forma sólo parcial— las controversias entre juristas.

3.—Juliano se mostraba favorable a la transmisibilidad pasiva de la acción contra el juez que hizo suyo el litigio, mientras que Ulpiano defendía la intransmisibilidad; esta última opinión fue la que, finalmente, prevaleció.

En Ulpiano 5 ad Ed., D. 5.1.16, se dice:

Julianus autem in hocdem iudicis, qui litem suam fecit, putat actionem competere: quae sententia vera non est et a multis nota est.

42. Vid. por todos KUIJER, *Römische Rechtsgeschichte*² (1982) p. 228; por contra d'Oss, DPR⁴, cit. en nt. 29, § 52 señala que «no se debe rechazar en absoluto la idea de que sea Gayo, efectivamente, el autor de la obra que se le atribuye con el título de *res cotidianae sive aerea*, ese punto de vista se manifiesta a lo largo de su artículo «*Litem suam facere*».

43. D'Oss, «*Litem suam facere*», cit. en nt. 1, p. 379.

En Ulpiano 3 *disp.*, *Fragmenta Argentoratensis* II verso⁴⁴, vuelve a tratarse del tema, si bien nuestra acción se conecta ahí con la acción que procede contra el magistrado municipal que descuidó su deber de exigir la *cautio rem pupilli salvam fore*:

... quareis Iulianus in heredem magistratus non putaverit tribuendam actionem, cum idem heredem iudicis, qui litem suam fecisset, teneri existimaverit. Sed utrumque contra est, cum heres magistratus teneretur et iudicis non teneretur...

Por consiguiente, para Juliano no había acción contra el heredero del magistrado que descuidaba el deber de exigir la *cautio rem pupilli salvam fore* al tutor, mientras que si la había contra el heredero del juez que hizo suyo el litigio. Para Ulpiano las cosas sucedían exactamente al revés: era transmisible pasivamente la acción contra el magistrado municipal y no lo era la acción contra el juez.

Se suele decir que existe un paralelismo, una cierta analogía, entre el magistrado y el juez que infringen su respectivo *officium*, pero este paralelismo es más aparente que real, pues los efectos en ambos casos son distintos para Juliano y Ulpiano. Si esto es así, habría que pensar que no existe tal analogía. Para d'Oss, sin embargo, «esta misma analogía haría menos explicable la diferencia respecto a la transmisibilidad que se observa, aunque sea en sentido invertido, tanto en Juliano como en Ulpiano»⁴⁵; mas, si esa analogía hace inexplicable el diferente tratamiento, es que no hay tal analogía. La semejanza hace explicable el distinto tratamiento. Aún debemos señalar, no obstante, que el que no haya analogía no quiere decir que no exista un punto de conexión, una cierta relación entre los dos casos, que dé una explicación del por qué aparecen conectados en el fragmento estrasburgués. En nuestra opinión, si bien existe relación entre el juez y el magistrado por cuanto refiere a la responsabilidad en que incurren, no creemos —como luego se verá— que esta relación sea analógica en la opinión de Juliano por cuanto se refiere a la causa de la responsabilidad de ambos.

La opinión de Juliano sobre la intransmisibilidad pasiva de la *actio adversus iudicem qui litem suam fecit* debía reflejar el alcance que se

44. Ver FIRA II pp. 311 s.

45. D'Oss, «Litem suam feceris», cit. en nt. 1, p. 384.

daba a esa acción en el Edicto⁴⁶. Edicto que el propio Juliano había «ordenado»⁴⁷. La contradicción a la opinión de Juliano pudo provenir de juristas no coetáneos; en el texto del Digesto antes transcrito (D. 5. 1.16) sólo se dice que la opinión de Juliano fue *a multis notata*, pero no se especifica por quiénes; el único que consta como oponente es Ulpiano.

El que Ulpiano y Juliano se estaban refiriendo a la misma acción edictal parece claro, pues si no fuera así resultaría absurda la manera en que Ulpiano presenta la discrepancia. Pero esto mismo hace pensar que, tal vez, como entre Juliano y Ulpiano media un cierto espacio de tiempo, la opinión de Juliano, por circunstancias sobrevenidas, había quedado anticuada y, con ella, la interpretación que daba a la acción edictal. La razón —ya apuntada en IV.2—, la veremos luego al tratar con detalle el punto de vista de Ulpiano.

Un problema similar de interpretación —de interpretación condicionada por la necesidad práctica de posibilitar una indemnización al perjudicado— se presenta en relación con la acción contra el magistrado municipal que descuidó el exigir al tutor la *cautio rem pupilli salvam fore*. En este caso no había más que un incumplimiento del *officium*, es decir, un *factum* no reprochable al heredero del magistrado.

Lo que preocupaba entonces era que el pupilo pudiera quedar desprotegido cuando el magistrado no había exigido la *cautio rem pupilli salvam fore* o cuando hubiera aceptado fiadores poco idóneos; es por ello por lo que se creó una acción útil⁴⁸ que podía ser dirigida contra el magistrado. Pero la ficción que se hace —que el propio magistrado era fiador— depende de su causa: el incumplimiento por parte del magistrado de su *officium*. Ese *factum* —una omisión— puede ser re-

46. No nos parece convincente en este punto la interpretación de D'Oss. «Litem suam feceris», cit. en nt. 1, p. 384, para quien la opinión de Juliano se expresaría en un momento anterior a la codificación edictal (es decir, en una obra juvenil) y que él mismo se retractó al coleccionar el Edicto, pues en tal caso, si se retractó, aún se comprendería menos la crítica de Ulpiano.

47. Sobre este punto, ver ahora TORRENT, *La «ordinatio edicti» en la política jurídica de Adriano*, en *AHDE* 33 (1983) pp. 17 ss.

48. Esta acción deriva de un senadoconsulto de la época de Trajano, según se desprende de C. 3.75.5 (consolidación de Diocleciano y Maximiano); implícitamente en Ulpiano 3 *disp.*, D. 27.8.2: «... *senatus enim consultum pupillo subvenit*. Para todo, ver VALIÑO, *Las relaciones básicas de las acciones adyeticas*, en *AHDE* 38 (1988) pp. 446 ss.

prochado al magistrado, pero no parece ser reproachable al heredero; tal vez por ello surgió la discusión en torno a si esa acción subsidiaria era o no transmisible al heredero del magistrado, pues si el *factum* que daba lugar a la ficción no era reproachable al heredero, menos conveniente debía parecer que se extendieran a éste los efectos de aquella ficción.

Pero la interpretación sobre qué clase de fiador era el magistrado —pues la acción introducida en el Edicto a causa del *senadoconsulto* de la época de Trajano no debía especificarlo— no estaba, sorprendentemente, tanto en conexión con el tema de la transmisibilidad de la acción al heredero del magistrado como con el tema de hacer posible una indemnización para el pupilo: en otras palabras, la decisión sobre la clase de fiador (*sponsor* o *fideiussor*) que el magistrado era, estaba en dependencia del modo como se quisiera alcanzar la indemnización del pupilo. Así, Juliano, viendo la posibilidad de resarcir al pupilo estableciendo una responsabilidad *in solidum* de los magistrados, configuraba a éstos como *fideiussores* pero negando la transmisibilidad de la acción⁴⁹. En Marcelo⁵⁰ tal vez se observe también que su punto de vista es el de lograr la indemnización, y por ello no tiene inconveniente en definir al magistrado como *sponsor* —a los efectos de responsabilidad *pro parte*— admitiendo, sin embargo, como parece admitir, la transmisibilidad de la acción, y esto explicaría la aprobación que le dirige Ulpiano al compararlo con Juliano⁵¹. Esta disputa debió quedar zanjada en virtud de un rescripto de Antonino Pío⁵², y a partir de ese momento se da la acción contra el heredero del magistrado y se excluye la solidaridad en caso de colegas.

Tal vez Juliano deseaba mantener, como única, la responsabilidad *in solidum* del colega superviviente, aun en el caso de haber heredero del colega muerto, y por ello quizá no deba decirse que en el rescripto de Antonino Pío triunfó la opinión de Juliano, pues, si bien en el rescripto se habla de *fideiussores*, esta calificación parece hacerse para lograr el efecto que Juliano quería evitar —la transmisibilidad pasiva—, y esta calificación produjo, en contra de la opinión de Juliano,

que cesase el principio de solidaridad en caso de existencia de colega muerto, solidaridad que, sin embargo, se observa en caso de falta de heredero⁵³.

La solución del rescripto parece venir determinada por la necesidad de otorgar una segura indemnización al pupilo en todo caso, no importando al efecto el crear una figura mixta —aunque se hable de *fideiussor*— que se gobierna en cuanto a la responsabilidad y en cuanto a la transmisibilidad por las circunstancias del caso concreto y con la idea rectora de preservar siempre el patrimonio del pupilo, no haciendo de las ideas de responsabilidad *in solidum* o *pro parte* principios inamovibles.

Así, pues, la idea de poder alcanzar una segura indemnización para el pupilo debió de jugar un papel muy importante en las soluciones que se dieron al problema de la acción subsidiaria contra el magistrado. Tal vez, la satisfacción que encontraba el demandante frustrado por la vía de la subrogación del juez en la posición del demandado y la transmisibilidad pasiva de la *actio adversus indicem qui litem suam fecit*, pudo jugar como motivo inspirador de los medios que se arbitraron para construir la responsabilidad del magistrado; ahora bien, aunque la idea de subrogación debió de utilizarse, el paralelismo no debía llevarse más allá porque para satisfacer al pupilo no era preciso, si se admitía la responsabilidad *in solidum* de los colegas (que ya suponía, frente a la responsabilidad *pro virili parte* típica de los fiadores en la tutela que eran por lo común *sponsores*, una mayor garantía), el trasladar al heredero las consecuencias de una ficción que descansaba en un *factum* que no le era reproachable. Esta extensión al heredero no debió descansar en ninguna analogía con la acción contra el juez, sino en una simple decisión: *sufficere enim, si in locum eorum succedant, quos accipi neglexerunt vel quos minus idoneos acceperunt*⁵⁴.

En realidad, quien parece poner una relación entre el juez y el magistrado es Ulpiano, no Juliano; y aún se debe notar que, si Ulpiano sienta esa conexión, es para resaltar la diferencia entre uno y otro, no para equipararlos.

Es claro que, tanto la responsabilidad del magistrado como la transmisibilidad pasiva de la acción, precisó la elaboración de una ficción,

49. Cfr. FIRA. II, p. 312.

50. Cfr. FIRA. II, p. 312.

51. Cfr. FIRA. II, p. 312.

52. Cfr. FIRA. II, p. 311.

53. Modestino 6 *resp.*, D. 27.8.8. Sobre este tema cfr. v. Onís, «*Litem suam facere*», cit. en nt. 1, pp. 383 ss.

54. Cfr. FIRA. II, p. 312.

ficción que produjo diversas interpretaciones hasta obtener una definitiva por la vía del rescripto. En cambio, en el caso del juez, todo parece transcurrir con entera normalidad: no se habla en ninguna parte de ficciones, no parece haber dudas sobre la responsabilidad del *iudex qui litem suam fecit*, y sólo la jurisprudencia clásica más tardía discrepa en torno a la transmisibilidad de la acción.

Según creemos, la pretendida analogía entre los casos de juez y del magistrado es sólo aparente y productora de equívocos. Es cierto que al magistrado municipal se le reprocha una omisión: no haber exigido la *satisfactio rem pupili salvam fore* o no haber exigido fiadores idóneos, pero al juez, al menos en nuestra opinión, se le reprocha una comisión: haberse hecho con el litigio. Es verdad que el hacerse con el litigio no es, al menos en época clásica, sino la consecuencia de una omisión: no haber dado sentencia, pero esa omisión supone una comisión pues es tanto como quedarse con el litigio, con la cosa litigiosa, con la *res de qua agitur*. Este sentido de detentación del litigio por el juez tal vez sea una simple pervivencia del sentido originario de la expresión *litem suam facere*, que ya vimos (*supra*, II.º).

No dando sentencia, lo que se puede interpretar como una omisión reproachable (de modo similar al caso del magistrado que no exigió la caución) se ha producido un daño. Si la responsabilidad del juez fuera sólo por infracción del *officium*, el *factum* no sería reproachable al heredero y estaríamos ante un problema semejante al del magistrado municipal para fundamentar no sólo la indemnización del daño sino también, y sobre todo, para fundamentar la transmisibilidad pasiva de la acción. Pero este problema no se plantea, porque el juez que no da sentencia no es tratado tanto como el que omite su *officium* (que, desde luego, lo omite) sino como el que se hizo con el litigio, es decir, se entiende que se hizo con la cosa litigiosa.

No creemos que en caso del juez haya propiamente una ficción, sino que estamos ante una acción que sanciona un hecho, y este hecho es *litem suam facere* al que se ha llegado por no haber hecho la *diffisio* o no haber dado sentencia (o haberla dado desajustada a la fórmula, que equivale a ausencia de sentencia). *Litem suam facere* señalaría, en nuestra opinión, un resultado que constituye un ilícito privado característico del juez, y este resultado se produce siempre y únicamente, en la época clásica, en los casos antes mencionados.

La obligación de dar sentencia es propia y personal del juez, pero, una vez que no dio sentencia (su inexistencia, por supuesto, podía ser impugnada), necesariamente hizo suyo el litigio, pasó a derentarlo (y esto era inimpugnabile si no hubo sentencia). Ello haría que la acción *in factum* contra el juez que no dictó la sentencia persiguiera un *reddere* (el mismo litigio, la *res de qua agitur*) y que por tanto fuera transmisible; el «detentar la cosa litigiosa» sí que es reproachable al heredero, quien estaría obligado a proceder al *reddere*, a devolver. Con ello, el estancamiento frustrado por la ausencia de sentencia, quedaría siempre satisfecho.

La transmisibilidad pasiva de la acción contra el juez que hizo suyo el litigio, al menos a nuestro entender, no procede tanto del recuerdo de la primitiva sanción a través de la *manus injectio* como de que el supuesto de hecho sancionado posibilita que su protección jurídica se realice siempre, porque él lo exige así, mediante acciones transmisibles. Precisamente porque la expresión *litem suam facere* significa haberse hecho con el litigio debido a no haber dado sentencia, la primera traducción procesal operó a través de la *manus injectio* «pro iudicato», con ficción de existir sentencia, pero sentencia en contra del que no la dio; es decir, nos encontramos con que el remedio más primitivo es el de suponer que ha habido sentencia en contra del que no la dio y, esto presupuesto, la acción había de ser ejecutiva y, por tanto, transmisible pasivamente. Pero ello no quiere decir que el supuesto de hecho no pudiera sancionarse de otro modo que no fuera recurriendo a una ficción, y así, más tarde, el *factum* de haberse hecho con el litigio por no haber dado sentencia puede traducirse, sin ficción de existencia de sentencia, en una acción que persiga directamente el haberse hecho con el litigio, el detentar cosa ajena, lo que obliga a un *reddere* y de ahí el que la acción sea transmisible.

Por tanto, la transmisibilidad de la acción formularia no depende tanto de que al principio se procediera contra el juez a través de la *manus injectio* como de que el supuesto de hecho sancionado siempre puede fundamentar una acción pasivamente transmisible, sin necesidad de ficción, porque el *reddere* incumbe también al heredero. El caso del magistrado municipal que no exigió la *cautio rem pupili salvam fore* es distinto, pues fue necesaria siempre una ficción para que el pupilo pudiera ser indemnizado.

Se puede justificar así que, al menos hasta Juliano, la acción contra el juez fue pasivamente transmisible⁵⁵. Esa era la opinión del jurista adriano y, sin duda, la conforme con el Edicto por él «codificado». Tratarémos ahoera de la opinión de Ulpiano, contraria a la de Juliano.

Como vimos al principio de este número, Ulpiano, en contra de la opinión de Juliano, afirma la intransmisibilidad pasiva de la acción contra el juez. El hecho mismo de que tanto Juliano como Ulpiano estén hablando de la misma acción edictal y saquen consecuencias tan dispares nos habla de que todo el núcleo del problema radica en una diferente interpretación del alcance de la acción, y esto sería motivado, en nuestra opinión, por la aparición de un nuevo factor. Ese nuevo factor sería el surgimiento de remedios extraordinarios frente a la ausencia de sentencia.

La interpretación que Juliano da a *litem suam facere* es la que siempre tenía: haberse hecho con el litigio. Esta interpretación era exacta por cuanto no había remedio alguno para el caso de ausencia de sentencia, es decir, porque hasta su época no dar sentencia implicaba, en el fondo, arrebatar la *res de qua agitur* al demandante. El surgimiento de un remedio para el caso de ausencia de sentencia —a través de *restitutio in integrum imperialis*⁵⁶— debió tener una importancia capital para nuestro tema. Si se podía restituir el juicio ya se podía satisfacer el daño producido por aquella causa, y no se producía la situación de indefensión del demandante.

Si, como vimos, toda la construcción de la acción subsidiaria contra el magistrado municipal y su transmisibilidad constituye un empeño para lograr una indemnización al pupilo, al negar Ulpiano la transmisibilidad de la acción contra el juez —transmisibilidad que en principio venía a lograr la indemnización del demandante frustrado— está afirmando implícitamente que en su tiempo había ya un otro remedio para el daño producido con ocasión de no haber dado sentencia.

Desde ese momento histórico (aprox., segunda mitad del siglo II d. C.), si bien se mantuvo la acción de responsabilidad contra el juez que no dictó sentencia, ésta ya no tenía por qué ser transmisible puesto

55. Esta transmisibilidad pasiva de la acción habla claramente del carácter no penal de la misma puesto que todas las acciones penales son pasivamente intransmisibles.

56. Ver *supra* IV.1.

que la satisfacción del interés del demandante se podía alcanzar a través de la sentencia subsiguiente al expediente rescisorio.

La ausencia de sentencia pasa a observarse en esta época tardo-clásica como un caso de incumplimiento del *officium*, es decir, más como una omisión reproachable que como una comisión. Para Ulpiano, las dos acciones (la del magistrado municipal y la del juez) tendrían ya la misma causa. La transmisibilidad de la acción con ficción contra el magistrado se basa en la decisión del rescripto de Antonino Pío, motivada por la necesidad de alcanzar una segura indemnización para el pupilo. La intransmisibilidad de la acción contra el juez se basa en la variación propiciada por la existencia de remedios frente a la ausencia de sentencia en orden a lograr un resarcimiento.

No siendo verdad ya ahora que ausencia de sentencia implique necesariamente «detentar la cosa litigiosa», no es posible que exista un *reddere* que incumba al heredero. El *factum* reprochado al juez no es, por ello, reprochable al heredero. Sin embargo, el sentido de *litem suam facere* como detentación de la cosa litigiosa o, lo que es lo mismo, como subrogación en la posición del demandado, permaneció a los solos efectos de fijar la responsabilidad del juez (responsabilidad no transmisible) que cometió la grave infracción de no dar sentencia. De ahí que la acción contra el juez persiga siempre la *vera litis aestimatio*⁵⁷.

4.—Pasamos ya al conflictivo fragmento de Ulpiano 21 (?) *ad Edictum*, D. 5.1.15.1, que, tal y como aparece en el Digesto, dice lo siguiente:

Indec tunc litem suam facere intelligitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit (dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur eius vel gratia vel inimicitia vel etiam sordes), ut veram aestimationem litis precitate cogatur.

Los compiladores atribuyen el fragmento al libro 21 *ad Edictum* de Ulpiano, *De adpromissoribus*⁵⁸; Beseler⁵⁹, no sin cierta lógica⁶⁰.

57. Cfr. *supra* IV.5 y Ulpiano 21 *ad Ed.*, D. 5.1.15.1, no *ip.* en este punto: *infra* IV.4.

58. Cfr. LENEL, *Palingenesia* II, col. 541 y nt. 3, pero no con absoluta seguridad.

59. BESLER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* I (1910) p. 78. D'OSS, *Litem suam facere*, cit. en nt. 1, p. 377 nt. 29, estima como muy probable la conjetura de Beseler.

creía que en este punto los compiladores cometieron un error de transcripción y que el texto correspondería al libro 23 *ad Edictum*. La cuestión resulta oscura, y en la duda quizá sea lo más prudente acogerse a lo que indica el Digesto. Por lo demás, y aun cuando pudiera tener razón Kübler⁶⁰ al señalar que el jurista se refería aquí sólo a alguna de las leyes de la fianza, creemos que ello no puede llevar hasta el punto de restringir el sentido del texto solamente a ese caso particular.

Muchas más discrepancias han surgido respecto al contenido del texto. Algún autor reciente⁶¹ acepta el fragmento tal y como nos ha legado sin entrar en cuestiones críticas, pero, en mayor o menor medida, se suele considerar como interpolado.

Las hipótesis formuladas hasta la fecha se reducen a cuatro:

i) Algunos⁶² consideran que la única alteración presentada por nuestro texto es la frase entre paréntesis (*dolo malo ... sordes*), pues sería glosemática, e incluso se llegó a sospechar que «*vel etiam sordes*» se trataría de una segunda glosa añadida al glosema originario.

ii) Beseler⁶³, además de entender como interpolado el paréntesis, señala que el original de Ulpiano no hablaba de *in fraudem* [legis] sino de *in fraudem* <litigatoris>; y, para salvar la parte final del texto, que quedaría en el aire por la supresión del paréntesis, reconstruye parcialmente: ... <—et magis est>, ut veram aestimationem litis praestare cogatur.

iii) Para Lenel⁶⁴, que no aceptaba la corrupción *litigatoris* (por *legis*) propuesta por Beseler⁶⁵, resultaría innecesaria la conjetura de

este autor para salvar el inciso final del texto, porque el fragmento no sería genuino desde el inicio del paréntesis. En su opinión, sólo sería clásica la parte inicial: *Index tunc litem suam facere intelligitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit*; se salvaría así la contradicción existente entre la referencia a la *vera aestimatio litis* (que, en su opinión, estaría interpolada) y la pretendida *condemnatio in aequum* de la fórmula. Esta hipótesis de Lenel es la que goza de mayor aceptación en la doctrina⁶⁶, sobre todo porque se suele admitir la reconstrucción de la fórmula de la acción contra el juez que él propuso. Salvado el inciso inicial del texto, Arangio-Ruiz⁶⁷ llegaba incluso a afirmar que «*dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit*» era una construcción tan perfecta técnicamente que tenía todo el aire de haber sido transcrita del Edicto.

iv) Por muy diversas consideraciones (que *litem suam facere* parece reducirse sólo al caso presentado en el texto, que se hable de *in fraudem legis* en forma tan ambigua) pero, sobre todo, por la distancia que a primera vista media entre el sentido clásico de *litem suam facere* y el que parece tener en este fragmento, d'Ora⁶⁸ entiende que todo el texto es glosemático y que pervivió en el Digesto por inadvertencia de los compiladores, pues no cuadraría ni con la concepción clásica ni con la justiniana⁶⁹.

Tal y como se ha podido comprobar, nuestro texto es corregido e interpretado de muy diversas maneras. No obstante, y pese a las muchas dudas que se plantean, cabría hacer una serie de observaciones.

Si se admite como ulpiánico el inciso inicial *Index tunc ... sententiam dixerit* (y nosotros creemos, como ahora se verá, que se debe admitir) no cabe decir que la referencia a la *vera aestimatio litis* del in-

60. Ver LENEL, *Palaestra* II, col. 354: [*Si index litem suam fecerit*], aunque Lenel se manifiesta sin completa seguridad.

61. KÜBLER, *Hefwang*, cit. en nt. 2, p. 221.

62. Ver en este sentido FASCIONE, «*Fraus legis*» (1983) p. 153.

63. En este sentido, entre otros, KÜBLER, *Hefwang*, cit. en nt. 2, p. 221; PIZZORZI, *Istituzioni* II², cit. en nt. 30, p. 387 nt. 4; GUARDINO, «*Aktionen in aequum conceptas*», cit. en nt. 9, p. 14. La romanística crítica suele admitir como no genuino el paréntesis.

64. BESELER, *Beiträge* I, cit. en nt. 39, pp. 77 s.

65. LENEL, *EP*², p. 166.

66. Esa corrupción del texto no la admite prácticamente nadie, ver por todos KELLY, *Roman Litigation*, cit. en nt. 2, p. 110 nt. 6; D'ORA, «*Litem suam facere*», cit. en nt. 1, p. 378, nt. 31.

67. Ver, por todos, PRINGSHEIM, «*bonum et aequum*», cit. en nt. 9, p. 105 y, ahora, G. LONGO, *I quasi delicta*, cit. en nt. 3, p. 409. En las exposiciones de carácter general este punto de vista es claramente mayoritario.

68. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*¹², cit. en nt. 19, p. 378.

69. D'ORA, «*Litem suam facere*», cit. en nt. 1, pp. 377 ss.

70. Es evidente que la concepción justiniana es la de D. 50.13.6 (= D.44.7.54), reproducido en l. 4.5 pr. El tema de los «*quasi-delictos*» queda al margen del presente estudio; a partir de la época postclásica la expresión *litem suam facere* hace referencia a cualquier comportamiento inconveniente del juez, y por ello el texto de las *res cotidianae* no habla ya de la *vera litis aestimatio*, sino que la condena se deja al arbitrio del juez, según la gravedad de la conducta del juez.

ciso final sea fruto de interpolación, pues resulta congruente con la *condemnatio* de la fórmula edictal⁷¹. Si, pese a todo, el inciso final no es aceptado como genuino por la mayoría de los autores, esto se debe a un simple efecto reflejo de la contradicción que observan entre la supuesta *condemnatio in aequum* de la fórmula, que ellos admiten, y la frase final del texto; y, a su vez, ello es una consecuencia del equivocado sentido que hasta ahora se tenía de *litem suam facere*.

Por otra parte, comprendemos las reservas de d'Ors respecto a este fragmento de Ulpiano pues, a primera vista, parece discordante con los otros testimonios genuinos sobre el sentido clásico de *litem suam facere*. Pero, en el fondo, todo depende de la interpretación que se dé a la frase «*dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit*».

Finalmente, creemos que cabe prescindir de la corrección [*legis*] <*litigatoris*> propuesta por Beseler, y que se debe aceptar como glosémico el paréntesis (*dolo malo ... sordes*), pues se trata de una desafortunada explicación de la frase antecedente.

Así, pues, a) afirmamos la genuinidad de la frase final del fragmento porque se corresponde con la *condemnatio* de la fórmula, b) aceptamos como glosémico el paréntesis (*dolo malo ... sordes*), y c) defendemos como ulpiano el inciso inicial del texto, si bien esto precisa una explicación.

Para que ese inciso inicial pueda ser defendido como genuino con arreglo al sentido clásico de *litem suam facere*, es preciso que «*dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit*» equivalga a no dar sentencia o a darla en contra de la fórmula.

En el texto se habla de *in fraudem legis sententiam dixerit*, pero, para poder sancionar al juez que ha defraudado una ley que debía tener en cuenta en el caso concreto, es necesaria la posibilidad de revisar la sentencia, es decir, se precisa en último término de la existencia de apelación. Mientras esa revisión no existió, el fraude a la ley producido por la sentencia de un juez no pudo perseguirse; anteriormente la sentencia no era en sí misma atacable y sólo cabían los remedios indirectos que ya vimos⁷². Por consiguiente, para detectar y sancionar el fraude a la ley era necesaria la revisión de la sentencia, y esto nos coloca ya en época imperial avanzada.

71. Eso ha quedado claro a lo largo del presente trabajo; ver, no obstante, *infra* IV.3.

72. *Vid. supra* IV.1.

Ahora bien, como dice el texto, no cualquier fraude a la ley suponía *litem suam facere*, sino sólo el producido *dolo malo*; pero, *dolo malo* no se refiere aquí al elemento intencional sino que expresa el fraude a la ley que produjo un «daño total» a una de las partes, es decir, hacer referencia al resultado. De esta forma, si de la apelación resultaba una nulidad de la sentencia anterior por fraude a la ley⁷³, el juez había hecho suyo el litigio como en los supuestos normales y su sanción sería la misma pues, como nos dice Ulpiano, el juez será condenado a la *vera aestimatio litis*.

Que a una concepción de este tipo llegase un jurista tardío como Ulpiano es perfectamente comprensible, pues la clave está en la posibilidad de revisar las sentencias.

Para concluir, nos ocuparemos de la fórmula edictal de nuestra acción.

5.—Cualquier reconstrucción de la fórmula edictal de la *actio adversus iudicem qui litem suam fecit* debe ser hipotética, pues las fuentes no la transmiten ni siquiera de forma parcial. De todos modos, con los datos de que se dispone, cabe realizar una reconstrucción bastante aproximada.

Si prescindimos de la antigua opinión de Rudorff⁷⁴, la reconstrucción generalmente admitida es la propuesta por Lenel. Según Lenel⁷⁵, la *nominatio facti* (*intentio —in factum—*, en su terminología) presentaría, quizá, la siguiente redacción:

Si pater Nn. Nn. litem, quam inter Am. Am. et Lucium Titium iudicem iussus erat, non fecisse.

73. Es claro, por lo demás, que el juez que sentenciaba contra ley hacía también suyo el litigio. De la primitiva indistinción entre acusar en contra de ley y en fraude de ley se pasa paulatinamente a una diferenciación (Paulo 5 *ad leg. Jul. et Pap.*, D. 1.3.29: *Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui talia verba legis sententiam eius circumvenit*), pero existe equiparación en cuanto a los efectos, así en D. 2.14.7.3 que trae a colación el *edictum de pueris*, en D. 14.6.7.3 a propósito del SC. Macedoniano, en D. 16.1.29.1 y 16.1.32.3 a propósito del SC. Velejano, etc. *Vid.* CASAYOLA, «Lex Cincia» (1960) pp. 118 s. nt. 3; KAHN, RPR 12 (1971) p. 250; y, ahora, FASCIOLA, «*Fraus legis*», cit. en nt. 62.

74. Sobre la hipótesis de Rudorff (a quien siguieron otros autores) y crítica a la misma, véase LEHM, EP² p. 168; cfr. *supra* nt. 7.

75. *Lenel*, *Ulp.* p. 169.

Más segura resultaría, en su opinión, la reconstrucción de la *condemnatio*:

... quantum ob eam rem sequam videbitur Nn. Nn. Ao. Ao. condemnari, tantam pecuniam etc.

Una *condemnatio* de este tipo estaría fundamentada en el fragmento de la *res cottidianae* de D. 50.13.6, texto que, si no clásico, reflejaría la antigua *condemnatio* de la fórmula.

Esta reconstrucción de Lenel es la comunmente aceptada por la romanística moderna, y nuestra acción aparece, tanto en los estudios monográficos como en las exposiciones generales, entre las llamadas *actiones in (bonum et) aequum conceptas*⁷⁶.

Opinión un tanto singular (y que en el fondo sigue la hipótesis primitiva de Lenel) es la de Guarino⁷⁷, quien, pese a aceptar el carácter *in aequum* de la acción contra el juez, propone una solución muy forzada para conciliar eso con la referencia a la *vera aestimatio litis* de Ulpiano 21 *ad Ed.*, D. 5.1.15.1. Para él, «il dilemma non sussiste, perché non vi è contraddizione tra l'invito al giudice di condannare *in quantum aequum* e l'affermazione che la condanna deve essere rapportata alla *vera aestimatio litis*». Sin embargo, al menos en nuestra opinión, la equiparación entre una *condemnatio in aequum* y una *condemnatio* referida a la *vera aestimatio litis* no resulta admisible, y esto es así aunque se acepte el sentido que para Guarino tiene toda *condemnatio in aequum*⁷⁸.

Por su parte, A. d'Ors, si bien no lo establece con mucha seguridad, propone una alteración, tanto en la *nominatio facti* como en la *condemnatio*, respecto a la reconstrucción de Lenel.

76. La presencia de *bonum* junto a *aequum* en la *condemnatio* de la fórmula de esas acciones es muy controvertida. KÄRST, *Zum Ediktum*, en *Festschrift Scholz II* p. 43 (= *Ausgewählte Schriften I*, p. 231), advierte que la presencia de *bonum* al lado de *aequum* se rechaza como innecesaria. GUARINO, «*Actiones in aequum conceptas*», cit. en nt. 9, *passim*, niega la presencia de *bonum* en la redacción originaria de esas fórmulas.

77. GUARINO, «*Actiones in aequum conceptas*», cit. en nt. 9, p. 14.

78. Para GUARINO, «*Actiones in aequum conceptas*», cit. en nt. 9, p. 8: «L'invito a condannare *in quantum aequum* significava una cosa ben precisa e concreta: l'esortazione a rapportare l'ammontare della condanna alle valutazioni economico-sociali della fattispecie, così come oggettivamente esistenti e correnti al momento della sentenza».

En su opinión, como el *factum* reprochado al juez sería no haber dado sentencia, se podría suponer que la *nominatio facti* se referiría precisamente a ese hecho; por ello quizá no se debería admitir la hipótesis de Lenel (*Si paret eum litem suam fecisse*), sino que sería más probable el giro: ... *sententiam eum non dixisse*⁷⁹. Por cuanto respecta a la *condemnatio*, d'Ors piensa que no haría referencia a *in quantum aequum videbitur* sino a cuanto hubiera debido ser condenado el demandado en la acción frustrada por el juez; por ello podría referirse a *in quantum Lucius Titius* (el demandado en la acción malograda) *condemnari debuisset*⁸⁰.

De acuerdo con lo expuesto a lo largo de estas páginas se puede vislumbrar fácilmente cuál es la solución que estimamos más defendible. El *factum* reprochado al juez, tal y como documentan las fuentes, es haberse hecho con el litigio (que eso sea la consecuencia de no haber dado sentencia no afecta a lo esencial), por ello nos parece más probable en este punto la reconstrucción establecida por Lenel. Por contra, como el juez «hizo suyo el litigio frustrado», la *condemnatio* haría referencia a lo que debiera ser condenado el demandado en la acción malograda por el juez; de ahí que en este aspecto tenga razón d'Ors.

Por consiguiente:

a) La *nominatio facti*, tal y como propuso Lenel, diría:

Si paret Nn. Nn. Item, quam inser Am. Am. et Lucium Titium iudicare iussus erit, suam fecisse.

b) La *condemnatio*, en la línea mantenida por d'Ors, diría:

... in quantum Lucius Titius condemnari debuisset, tantam pecuniam iudex Nn. Nn. Ao. Ao. condemnato, si non paret absolvo.

V.—CONCLUSIONES

Aunque a lo largo de estas páginas hemos tratado también de algunos otros problemas conexos, en esta sede final de conclusiones centraremos la atención solamente en la *actio adversus iudicem qui litem suam fecit*.

79. D'Ors, «*Litem suam faceres*», cit. en nt. 1, p. 387.

80. D'Ors, «*Litem suam faceres*», cit. en nt. 1, p. 391.

De la revisión de los textos clásicos sobre *litem suam facere* cabe confirmar la reciente tesis de A. d'Ors acerca del sentido exacto de esa expresión. Un juez *litem suam faciebat* cuando no hacía el aplazamiento —*diffusio*—, o no daba la sentencia, o daba una sentencia en contra de la fórmula (esta sentencia era nula y equivalía a ausencia de sentencia). *Litem suam facere* era, así, la consecuencia de no haber dado sentencia, de haber frustrado el litigio, y el juez se «subrogaba» en la posición del demandado. Esto no aparece con nitidez en el *Corpus Iuris* porque el sentido de *litem suam facere* cambió ya en época post-clásica, pero sí queda claro en otras diversas fuentes clásicas que no pasaron por los compiladores.

En la época más antigua alguna ley desconocida debió conceder al demandante frustrado la *manus iniectio* «pro iudicato», con ficción de que hubo sentencia, pero sentencia en contra del que no la dio.

La acción clásica que la sustituyó tenía una fórmula *in factum concepta*; ignoramos la fecha aproximada del edicto introductorio. En nuestra opinión, la *nominatio facti* hacía referencia a *litem suam facere* (que era, precisamente, el *factum* reprochado), y la *condemnatio* a lo que hubiera sido condenado el demandado en la acción malograda por el juez, es decir, a la *vera aestimatio litis*.

Hasta la época de Salvio Juliano la acción era pasivamente transmisible, y se lograba así, en todo caso, el resarcimiento del demandante. Cuando, por vía extraordinaria, se puso remedio a la ausencia de sentencia, no tenía sentido ya el que la acción fuera transmisible, y de ahí el que Ulpiano defiendan la intransmisibilidad pasiva. Es posible que, como se dice en D. 5.1.16, la opinión de Juliano fuera reprobada por muchos, pero debió serlo por juristas posteriores a él, no por los anteriores o por los coetáneos.

Salvo el inciso (*dolo malo ... sordes*), consideramos genuino el texto de Ulpiano reproducido en D. 5.1.15.1. Para poder detectar y sancionar el fraude a la ley cometido por el juez resulta imprescindible el que cupiera revisión de la sentencia, cosa que ocurre en época imperial avanzada (no antes): si de la revisión resultaba nulidad de la sentencia anterior por fraude a la ley (= contra ley), el juez había hecho suyo el litigio como en los supuestos normales.

IGNACIO CREMADES Y JAVIER PARICIO
(León)

1150

121

STUDI
IN ONORE DI
EMILIO BETTI

VOLUME TERZO

60556 J



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ - EDITORE - 1962

Senato della Repubblica - Archivio Storico

facile eludere la portata di quella norma sia mediante deroghe concordate di volta in volta dalle parti ^(*), sia mediante la determinazione, in ordine alla durata del rapporto, di brevi o brevissimi limiti di tempo, come chiaramente risulta dal documento più sopra esaminato.

GIOVANNI PUGLIESE

Professore nel 1951 all'Università di Roma

NOTE SULL'INGIUSTIZIA
DELLA SENTENZA NEL DIRITTO ROMANO

(*) Una tutela pienamente efficace degli interessi del lavoratore si raggiunge infatti soltanto se le norme che debbono realizzarla vengono dichiarate inderogabili dall'autonomia privata.

129

SOMMARIO: 1. Enunciazione del tema. — 2. Breve storia della rilevanza dell'*iniuria iudicis* in diritto romano. Perché essa si sia cominciata ad ammettere solo all'inizio dell'epoca classica. — 3. La nozione di sentenza ingiusta nelle fonti romane. — 4. Valutazione dell'ingiustizia nei riguardi delle parti. — 5. Rilevanza dell'ingiustizia rispetto ai terzi. Classificazione dei casi. — 6. Casi in cui l'ingiustizia influiva sulla qualifica da attribuire ai risultati della sentenza. — 7. Casi in cui l'ingiustizia era addotta da una parte per privare un terzo dei vantaggi indiretti della sentenza. — 8. Casi in cui l'ingiustizia era addotta da un terzo per sottrarsi alle ripercussioni sfavorevoli della sentenza. — 9. Conclusioni desumibili dai testi esaminati nei due paragrafi precedenti e da altri, che pure si riferiscono agli effetti della sentenza verso i terzi. Raffronto con la dottrina proposta per il diritto odierno dal Lieberman. — 10. Scomparsa della rilevanza dell'*iniuria iudicis* nel corso del III secolo. — Conclusioni di questo fenomeno col disordinarsi della cognizione *extra ordinem*, con lo sviluppo dell'appello, con l'introdursi del principio che la sentenza contraria al diritto era nulla. — 11. L'atteggiamento dei compilatori giustiniane.

1. Nessuno potrebbe sostenere che il problema dell'ingiustizia della sentenza nel diritto romano sia ignoto alla dottrina moderna e non abbia nel corso dei secoli suscitato alcun interesse tra gli studiosi delle fonti romane e tra gli stessi processualisti. Meno inesatta appare tuttavia l'affermazione che, per essersi tale problema presentato come un aspetto di quello concernente l'efficacia e in specie i limiti soggettivi della cosa giudicata, l'attenzione prestatagli ha finito con l'essere più marginale che diretta e quindi il preciso intendimento delle soluzioni romane è rimasto in qualche modo impedito o deviato. Solo il Dauvillier, a mia notizia, ha affrontato il problema in modo autonomo, ponendosi da un angolo visuale analogo a quello dei giuristi romani (?). Per essi infatti lo stabilire se e come l'ingiustizia della

(?) DAUVILLIER, *La théorie de l'iniuria iudicis dans la procédure formulaire*, Toulouse 1937. Se un'osservazione preliminare può farsi intorno a questo libro, è quella di parlare di « teoria » là dove esisteva forse soltanto una casistica. Sul tema, più di recente, LEMOSSE, *Cognitio*, Paris 1945, 208, che però, senza esaminare i testi che interessano e non intendendo esattamente il Dauvillier e lo APERT, *Die Unrechtsrichtigkeit im röm. Prozess* (senza luogo e data [1935?]), afferma che i giureconsulti romani consideravano inesistente la decisione ingiusta (egli confonde così le conseguenze della pura e semplice *iniuria iudicis* con la più recente dichiarazione di nullità delle sentenze *contra constitutiones* e *contra ius*, (sul che v. infra), e soprattutto MARMORE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, estr. da *Annali Palermo* 24, 1955, che, senza avere potuto leggere il libro di Dauvillier (cfr. 125, n. 8).

sentenza fosse rilevante non significava decidere intorno all'efficacia e ai limiti soggettivi della cosa giudicata, ma porre un diverso quesito, giacché, da un lato, questo sorgera anche nei rapporti fra le parti, dall'altro e soprattutto, l'eventuale soluzione positiva non si concretava necessariamente nella negazione del valore vincolante della sentenza per le persone considerate, ma anche in un effetto di altra natura; è anzi da notare che, pur quando in definitiva si trattava di sapere se la cosa giudicata valesse o no nei riguardi di determinati terzi, i giuristi romani si domandavano piuttosto se il danno o, magari, il vantaggio dell'ingiustizia dovesse riversarsi su di essi, anziché sulla parte soccombente, o rispettivamente, vincitrice. Conformemente dunque al Dauvillier, le cui idee e le cui conclusioni mi riservo per altro, come è ovvio, di valutare con piena libertà, il mio proposito è di seguire i Romani nell'autonoma impostazione del nostro tema, senza tuttavia perdere di vista i naturali addentellati e collegamenti che esso presenta col più ampio e in parte diverso tema dell'efficacia della cosa giudicata.

Parlando di « cosa giudicata », lascio subito capire che non mi occupo se non marginalmente dei rimedi diretti a far riformare o rendere

esamina largamente i testi in materia (129 ss.), ponendosi naturalmente dall'angolo visuale dell'efficacia pregiudiziale (ossia normativa o sostanziale) della sentenza.

Il problema della sentenza ingiusta fu tenuto presente da vari giuristi del diritto comune, fra cui ricordo ALESSANDRO TARTAGLIA, *Commentaria*, Venetia 1595, II, 169 n. 26, 172 n. 70, 173 n. 84 (che riassume anche le posizioni della Glossa e dei Commentatori); TINAGUELLO, *Res inter alios actas aliis non praesudicare*, Venetia 1563, in specie 17 s.; MEMORIO, *Consulte*, Francofurti 1594, VI, cons. 302, n. 29-32 (II); VII, cons. 688 n. 38 (241); SCACCA, *De sententia et re iudicata*, Venetia 1669, gl. 14, quaest. 12, in specie n. 128-129, (304); SAM. STYVE, *Disq. de absolute per simulationem instantes ad effectum civilem non obligat*, in *Opera*, Francofurti et Lipsiae 1739, XI, 390 e s. L'interesse per il problema si affievolì, ma non che intorno all'efficacia della sentenza si elaborava un sistema armonico di principi coordinati con la massima « res iudicata pro re litata habetur »; tuttavia anche giuristi moderni e contemporanei vi prestano ancora specifica attenzione (v. p. es. FISCHER, *Von den subjektiven Grenzen der Rechtskraft*, in *Jher. Jahrb.* 40, 1898, 158, 172 n. 2, 198 n. 1, 246; KUTTER, *Die privatrechtlichen Nebenwirkungen der Zivilurteile*, München 1908, 185 s.; LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano 1935, 114 ss.; Id., *Corso di diritto processuale civile*, Milano 1953, 236, 247 s.).

Naturalmente la limitata considerazione specifica della sentenza ingiusta non significa che la possibilità (o magari l'inevitabilità) che una sentenza sia ingiusta non sia tuttora alla base di molte discussioni sulla cosa giudicata (p. es. CAMELUTTI, *Diritto e processo*, in *Trattato del processo civile*, Napoli 1958, osserva che proprio l'insufficienza logica e ontologica del giudicato « è il presupposto del valore, che vi at-

tribuisce una sentenza ingiusta, quali sarebbero l'appello e un'ipotetica opposizione di terzo »), ossia presuppongo che la sentenza ingiusta sia immutabile e non impugnabile. Un simile presupposto appare di per sé ovvio, quando ci si riferisca, come per lo più mi accadrà di fare, ai processi *per legis actiones* e *per formulas*, che non ammettevano (almeno finché si rimaneva nel loro ambito) un'impugnazione della sentenza per motivi di merito; esso è, comunque, tenuto fermo anche riguardo alla *cognitio* ufficiale, che ammetteva, come rimedio ordinario, l'appello, ma non conosceva, del resto, neppure essa altre forme di impugnazione che avrebbero potuto servire nel nostro campo, come, per servirvi di schemi moderni, la predetta opposizione di terzo

tribuisce il diritto » (255) e che « il valore giuridico del giudicato è un rimedio contro la deficienza del suo valore logico » (270), né che essa non sia stata assunta a fondamento dell'assoluta efficacia costitutiva del giudicato (cfr. oltre FISCHER, *Jher. Jahrb.* 1898, 158; NEUBER, *Die dogmatische Bedeutung der mater. und process. Rechtskrafttheorie*, in *Zeitschr. für d. Zivilprozess*, 54, 1909, 317 ss.; PAGENSTECHER, *Zur Lehre von der mater. Rechtskraft*, Berlin 1905, in specie 29 s.; Id., *Zur Frage von der Rechtskraftwirkung Dritten gegenüber*, in *Zeitschr.*, cit., 37, 1908, 10 ss.; diversamente ALLOZZO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano 1935, 13 ss.; Id., *Natura della cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc. civ.* 12, 1935, ora in *Problemi di diritto*, II, Milano 1957, 161 ss., che non riconosce a questo riguardo rilevanza alla distinzione tra sentenza giusta e ingiusta). Certo è che oggi per lo più si nega sia la possibilità di costruire la teoria della cosa giudicata sulla ipotesi della sentenza ingiusta, sia, quel che più ci interessa, la possibilità di attribuire all'ingiustizia conseguenze giuridiche (SERRA, *Tutela giurisdizionale in generale*, in *Comment. Scialoja-Brancati*, art. 2908-09, 298 ss.; CAMELUTTI, *Diritto e processo*, cit., 271 n. 1; MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, I, Milano 1939, 304; PODELL, *Riflessioni sulla natura della cosa giudicata*, in *For.* 11, 1960, 25 s.).

(3) Dicendo « ipotetica », non intendo soltanto sottolineare l'insostenibilità di un simile rimedio in tutta la storia del diritto romano (v. n. seg.), ma mettere pure in luce che non mi riferisco in modo specifico all'opposizione di terzo disciplinata dal c. p.c. vigente oggi in Italia. Certo, un rimedio come quello dell'art. 494, I comma, di tale codice, avrebbe potuto servire a rendere inopérante verso un terzo una sentenza in sé ingiusta (cfr. infatti LIEBMAN, *Corso*, 243), sebbene da vari autori si affermi con insistenza che l'ingiustizia perseguita mediante l'opposizione di terzo non consisterebbe nell'obiettiva difformità della sentenza dalla reale situazione giuridica sussistente fra le parti, bensì nel non avere esse tenuto conto del diritto del terzo (cfr. SATTI, *Diritto processuale civile*, Padova 1957, 416: «L'errore della sentenza, se di errore si può parlare, rilevante per il terzo è nell'esistenza del pregiudizio verso di lui»; ma non si può negare che il suo ambito si estende, comunque, oltre quanto potesse occorrere ai romani classici per difendere i terzi interessati da una sentenza affetta da quella che essi consideravano *iniuria iudicii*).

o la cassazione⁽⁹⁾. La domanda dunque a cui si vuol rispondere è se e come, a prescindere da particolari mezzi di impugnazione (che qui si suppongono o non ammessi o già esperiti), una sentenza potesse essere riconosciuta ingiusta e quale rilevanza giuridica quell'ingiustizia potesse eventualmente assumere.

2. Una prima risposta che le fonti permettono di dare al quesito su enunciato è che i giuristi romani ammisero effettivamente la possibilità di valutare una sentenza come ingiusta e di trarre da questa valutazione conseguenze giuridiche, che non consistessero nella riforma, nell'annullamento o nella revoca della sentenza stessa. Tale possibilità cominciò a manifestarsi verso la metà del I sec. a.C. e il primo giurista che risulta essersene valso fu Servio, seguito poi da Labeone, mentre in epoca anteriore non pare che si fosse pensato a una simile valutazione, salvo che in sede e per interessi filosofici o politici. Nel corso dell'epoca classica, sulla scia di Servio e di Labeone, altri giuristi contribuirono alla formazione di un complesso, non tanto di idee quanto di soluzioni in tema di sentenza ingiusta. Fra i Proculiani viene menzionato Nerazio, ma furono soprattutto i Sabiniani fino a Giuliano ad apportare notevoli contributi, i quali vennero poi utilizzati e in qualche caso estesi dai tardi giuristi classici e trovarono pure un'eco in costituzioni imperiali. Dopo il III secolo sul problema si stese il silenzio, l'ultima menzione dell'*in iustitia iudicis* incontrandosi in un rescritto di Diocleziano (C. 4. 35. 10), per giunta di dubbia genuinità in questo punto. L'ingiustizia della sentenza, sotto il profilo qui considerato, non interessava più e forse non appariva nemmeno concepibile. L'interesse per il tema si ravvivò in epoca giustiniana, giacché i compilatori non si limitarono a riprodurre alcuni testi

(9) Se è possibile che l'opposizione di terzo sia stata lo svolgimento di principio del tardo diritto romano classico (o addirittura postclassico), quali la *prohibito* contemplata dalla legge *Sarpe* (Mac. D. 42. 1. 63) e la concessione ai terzi interessati della facoltà di appellare (Marcell. D. 49. 1. 3 pr.) (MENDLSOHN-BARTHELDY, *Grenzen der Rechtskraft*, Leipzig 1900, 16-18; LEFANT, *Constituti e presupposti dell'opposizione di terzo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 3. 1906, I, 21 ss.), è certo, comunque, che questo sviluppo si ebbe soltanto nel diritto comune e non costituì se non un antecedente delle decisive ordinanze francesi del sec. XVI sulla *terce opposition* (MENDLSOHN-BARTHELDY, *Grenzen*, cit., 36 ss.), mentre il diritto romano vero e proprio ignorò sempre un simile rimedio. Quanto alla cassazione, quali che siano stati gli spunti offerti nel diritto romano dalla nullità non solo per difetti processuali ma anche per errori di giudizio (sui quali v. infra), è certo che l'istituto ha origini più recenti (CALAMANDREI, *La cassazione civile*, I, Storia e legislazione, Torino 1908).

antichi sull'argomento (ciò che non significava ancora ritenere attuali le loro discussioni e soluzioni), ma presero pure posizione, inserendo qua e là l'espressione del loro pensiero. Ad essi dunque la valutazione di una sentenza come ingiusta, all'infuori di uno specifico procedimento di impugnazione, appariva di nuovo concepibile e rilevante; tuttavia il tipo di rilevanza che essi ammisero fu, come vedremo, assai diverso da quello elaborato dai classici.

Le ragioni che determinarono lo svanire del problema della sentenza ingiusta nell'epoca postclassica e l'affiorare presso i Giustiniani di nuovi orientamenti, contrastanti con quelli classici, saranno ricercate più avanti. Qui si vorrebbe invece sapere perché quel problema non si pose in epoca anteriore al I sec. a. C.

Uno studioso molto versato nella materia della cosa giudicata in diritto romano, il Marrone, ha creduto di trovare la risposta nella contrapposizione tra il processo *per legis actiones* e quello *per formulas* e precisamente nell'efficacia normativa o, come egli dice, pregiudiziale, che avrebbe avuto la sentenza emanata nel primo processo, e nell'efficacia, viceversa, soltanto preclusiva, che avrebbe avuto la sentenza emanata nel secondo⁽¹⁰⁾. Ma in questi termini la risposta

(10) MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., 113, vede precisamente nella rilevanza dell'*in iustitia iudicis* una conseguenza e quindi un sintomo della mancanza di efficacia pregiudiziale propria della sentenza *formulae*. Tutta la sua ricerca mira, invero, a dimostrare la tesi che la sentenza del processo *per legis actiones* e, di nuovo, in diverso modo quella della *cognitio extra ordinem* avrebbero avuto efficacia pregiudiziale, mentre quella del processo *per formulas*, in vigore praticamente durante l'epoca classica, avrebbe avuto soltanto effetto preclusivo (diversamente BOSCHI, *Appunti intorno alla sentenza nel processo civile romano*, in *Studi Bonfante*, 4. 1933, 1, che fa operare al riguardo la distinzione tra *iudicatum* e *sententia*). Come avverte in principio (3), il Marrone parla di efficacia pregiudiziale nel senso in cui i moderni parlano di «cosa giudicata in senso sostanziale» o i tedeschi di «materielle Rechtskraft» e il BETTI, *Diritto romano*, Padova 1935, 612, di «efficacia normativa». È noto però che il significato di queste espressioni è tutt'altro che univoco nella dottrina moderna, gli uni assegnando alla cosa giudicata una rilevanza veramente sostanziale (con effetti costitutivi o soltanto dichiarativi), gli altri invece considerandola rilevante sul puro piano processuale (cfr. ALLORED, *Natura della cosa giudicata*, cit., 162 ss.; SAGNI, *Tutela giudiziale*, cit., 305 ss.; CARRASUTTI, *Diritto e processo*, cit., 168 ss., che in fondo assera o compone l'ambiguità). In definitiva mi sembra che il Marrone voglia distinguere, come facevano già i Pandettisti, una funzione positiva del giudicato da una sua funzione negativa o, secondo la terminologia del CAPOVILLA, *Principi di dir. proc. civ.*, Napoli 1923, 911 s., la cosa giudicata vera e propria dalla preclusione: sul terreno romanistico bisogna riconoscere che la distinzione era più precisa e meglio percepibile, in quanto l'efficacia preclusiva significava che un eventuale

non mi sembra soddisfacente, sia perchè considera la rilevanza dell'ingiustizia come un aspetto dell'efficacia e dei limiti della cosa giudicata, sia perchè sopravvaluta, riguardo a tale efficacia e a tali limiti, la differenza tra i due sistemi processuali. Credo infatti che anche nel processo *per formulas* la sentenza abbia avuto taluni effetti pregiudiziali ⁽⁹⁾, così come non mi sembra possibile negare che pure

nuovo giudice non poteva più pronunciare sulla questione o in virtù del principio «bis de eadem re ne sit actio» o grazie all'inserimento nella formula dell'*exceptio* o della *replicatio* nei *iudicialis*, mentre l'efficacia pregiudiziale significava che un eventuale nuovo giudice, anche *de alia re*, doveva, senza bisogno di *exceptio* o di *replicatio*, tenere conto del modo in cui il rapporto era stato definitivamente raffigurato nella decisione del precedente processo. In questo senso accetto la contrapposizione delineata dal Marrone e me ne valgo nel presente studio. Non posso però tacere che, a mio giudizio, la contrapposizione è dogmaticamente e forse anche storicamente assai meno netta di quanto il Marrone presuppone (v. per ora SCOTT, *Talida pregiudiziale*, cit., 196 e CARMELITTI, *Diritto e processo*, 271 n. 2).

⁽⁹⁾ Un esempio che mi sembra si possa addurre riguarda i *praesudicia* (come quelli *an filius sit, an liberus sit*, ecc.) il MARRONE, *op. cit.*, 365 ss., sul presupposto che essi erano processi di natura incidentale, sostiene che la loro decisione faceva stato solo nel processo principale a cui si riferivano, ma non direi che sia riuscito a dimostrare quanto assunto (cfr. Ulp. D. 2, 4, 2, 1; Ulp. D. 37, 14, 14). Altri esempi si ricavano proprio da testi relativi a sentenza ingiusta, quando essi negano rilevanza all'ingiustizia (p. es. Tryph. D. 20, 6, 13, che desume dalla sentenza di assoluzione del debitore, sia pure ingiusta, la liberazione del pegno). Un terzo tipo di essi si ha in tema di rapporti fra eredità e legati, dato che la sentenza sfavorevole all'erede testamentario faceva cadere i legati, così come era opponibile ai creditori (Pap. D. 20, 1, 3 pr.); il MARRONE, *op. cit.*, 131 ss., dichiara interpolato questo testo, considerandolo contraddetto da Ulp. D. 30, 30, 1, ma in realtà nel loro attuale stato i due testi non sono in contraddizione, poichè il secondo ammette bensì, richiamandosi a Sabino, che la sentenza sfavorevole all'erede testamentario non nuocia ai legatari, ma presuppone, oltre all'ingiustizia della sentenza, la mancanza di appello da parte dell'erede, mostrando indiscutibilmente di estendere a questa ipotesi di inattività processuale il principio esposto nella prima parte del testo e che si era affermato riguardo alla mancanza di difesa da parte dello stesso erede. Certo, l'ipotesi di mancanza di appello difficilmente poteva essere considerata dai classici in senso di questo genere ed è, comunque, escluso che la contemplasse Sabino; ma se pertanto si può ritenere interpolata la menzione di tale ipotesi, è logico dedurre che anche la conclusione sia stata modificata («*is heres si facta [non] sceleris legatarii*»: così già CUNEO, *Opere*, Prati 1836, I, 749 VII, 1864, X, 1236; BETTI, D. 42, 1, 63. *Trattato dei limiti oggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata 1922, 32 e n. 1). Il Marrone, esponendo l'accento alla mancanza di appello, crea una contraddizione tra D. 30, 30, 1 e D. 20, 1, 3 pr.; e da questa artificiale contraddizione argomenta per sostenere interpolato il secondo testo, il quale nella frase che interessa non presenta nessun indizio di interpolazione, talchè lo stesso BUDER, dopo aver avanzato un dubbio sulla genuinità di quella frase (*Revue*, II, 141), lo ha respinto in seguito a più maturo esame (*Revue*, IV,

l'efficacia pregiudiziale della sentenza del processo *per legis actiones* abbia incontrato limiti ⁽¹⁰⁾).

Penserei invece di seguire il Marrone non quando illustra questa causa, ma quando individua la causa di questa causa ⁽¹¹⁾, richiamando il primitivo carattere religioso o soprannaturale del giudizio, a cui dava luogo la più antica *legis actio*, imperniata appunto sul *sacramentum* ⁽¹²⁾: non solo e non tanto l'efficacia pregiudiziale della sentenza,

170 sg.). Che per i classici la sentenza favorevole all'erede *ab intestato* e contraria a quello testamentario, implicasse quindi l'invalidità o l'inefficacia del testamento, nascesse ai legatari è, del resto, confermato anche da Ulp. D. 12, 6, 2, 1 e Pap. D. 12, 6, 3, passi che il MARRONE, *op. cit.*, 144 ss., mi sembra interpreti (e, all'occorrenza, ricostruisca) con eccessiva disavvertenza.

L'elenco delle prove relative all'efficacia pregiudiziale della sentenza formulare potrebbe estendersi, se volessi citare i casi in cui essa era riconosciuta sul terreno del diritto pretorio (cfr. p. es. Iul. D. 37, 10, 4; Ulp. D. 38, 2, 12, 3). Ma me ne astengo, perchè un filo conduttore della ricerca del Marrone è precisamente quello di assegnare alla sentenza formulare effetti (anche pregiudiziali) puramente pretori, laddove la sentenza delle *legis actiones* avrebbe avuto effetti (soprattutto pregiudiziali) di natura civile. È vero che quel filo conduttore è la parte più contestabile del suo libro (garbati dubbi già in KASER, *Rec.*, in *Iura* 7, 1956, 222 s. e in BUCCONI, *Rec.*, in *ZSS*, 74, 1957, 459 ss.); ma sarebbe una petizione di principio addurre quei casi a conferma dell'efficacia pregiudiziale della sentenza formulare, senza avere prima (e non ne è questa la sede) smontato il presupposto in base al quale il Marrone li spiega.

⁽¹⁰⁾ Non credo, ad es., che la sentenza pronunciata in una *legis actio sacramenta* *ex res* tra A e B abbia potuto in epoca storica pregiudicare giuridicamente C, impedendogli di rivendicare con successo la cosa, prima dichiarata appartenente ad A o B (così mi sono già espresso in *Sentenza di rivendicazione e acquisto della proprietà in diritto romano* in *Rev. intern. des Droits de l'Antiquité (RIDA)*, 1959, 355 ss.; sul tema v. ora anche WOLFF, *The «constitutio» effect of in iure cessio*, in *Tulane Law Rev.* 33, 1959, 537 s.).

⁽¹¹⁾ MARRONE, *Efficacia pregiudiziale*, 330 ss., in specie 338 ss. Naturalmente non accetto gli sviluppi ulteriori dell'assunto ivi sostenuto, ossia che l'incontrovertibilità delle decisioni dipendente dalla loro originaria natura religiosa sia stata poi indissolubilmente connessa alla natura civilistica delle *legis actiones* (335) e che, viceversa, questa natura civilistica sia stata costantemente negata al processo formulare (336 ss.). Ma, come ho detto nella n. 5, non è qui il luogo di discutere questi punti.

⁽¹²⁾ L'opinione che, in seguito alla prestazione dei due sacramenta, la decisione si otteneva originariamente con mezzi sacrali rientranti nel tipo dell'ordalia è oggi la più diffusa (cfr. LEVY-BRUHL, *Quelques problèmes du très ancien droit romain*, Paris 1934, 149 e n. 3; KASER, *Eigentum und Besitz*, Weimar 1942, 33 e ivi altre citaz. della letteratura precedente; ID., *Das altrom. Jur.*, Göttingen 1949, 18 s., 345 s. e passim; NOAILLÉ, *De droit sacré au droit civil*, Paris 1949, 281 s.; DEKKER, *Des ordalies en droit romain*, in *Rev. intern. des Droits de l'Antiquité*, 1, 1948, 1 ss.; LEVY-BRUHL, *La très ancienne procédure romaine*, in *SDHI* 18, 1952, 13; GOURTELL, *Diritto*

ma anche e soprattutto l'inconcepibilità di una sua critica in termini di giustizia o ingiustizia sono, a me pare, da mettere in diretto rapporto col fatto che essa era espressione della volontà degli dei. L'eco di tale origine religiosa sopravvisse a lungo e con essa si combinò poi, contribuendo al medesimo risultato di escludere una valutazione critica (e giuridicamente rilevante) della sentenza, la sua persistente natura autoritaria, in quanto pronunciata o direttamente dal magistrato o da un giudice, che appartenente di necessità alla classe dominante come senatore, era scelto e nominato dal magistrato stesso (*). La sentenza formulare apparve, per contrasto, un atto non solo fin dall'origine puramente umano, ma avente inoltre un fondamento privatistico, poichè veniva pronunciata da un giudice o un collegio di giudici, che derivavano la loro nomina dalla volontà delle parti contendenti.

Non credo tuttavia che la rilevanza assunta dall'infondatezza della sentenza si possa interamente spiegare guardando soltanto alle peculiarità del nuovo sistema processuale rispetto all'antico; al di là della contrapposizione dei sistemi processuali o dei tipi di sentenza bisogna considerare le forze storiche che ad essa hanno condotto, nonchè, per quanto particolarmente concerne il nostro

e processo nelle antiche forme giuridiche romane, Roma 1955, 98 ss., 109 ss.; BROCCONI, *Index arbitrorum*, Köln-Graz 1957, 29 ss.; ID., *Vindicta und Index*, in ZSS, 76, 1959, 132 e n. 66. Quel che rimane incerto, sebbene si siano avanzate le proposte congetturali anche molto precise, è il modo in cui si interrogavano gli dei per avere una decisione.

(*) GILB. & GIRAUD, *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*, I, Paris 1901, 14 ss. e il WENGER, *Institutionen des röm. Zivilprozessrechts*, München 1905, 51 e n. 72, avevano sostenuto l'originaria competenza del re a decidere le liti nel merito e non solo a impostare i processi e a nominare il giudice; la tesi è stata di recente ripresa e difesa da KASER, *Das altröm. Jw.*, 107 ss. e dal BROCCONI, *Index arbitrorum*, 54 ss., 60 ss.

A prescindere da questa originaria giurisdizione piena, pervale oggi, comunque, la tesi che nel processo per *legis actiones*, almeno durante la sua fase meno recente, il giudice, in quanto organo distinto dal magistrato, fosse scelto o nominato da quest'ultimo: cfr. KASER, *Zur Ursprung des geleiteten röm. Zivilprozessverfahrens*, in *Festschrift Wenger*, München 1941, I, 106 ss.; WENGER, *Vom ungerichteten röm. Zivilprozess*, in *Studi Solazzi*, Napoli 1949, 54 ss.; WEISS, *Prozessgericht und Richterbeteiligung im Legiationsprozess*, in *Bull.* 8-9, 1948, 194 ss.; POULITZER, *Processo privato e processo pubblico*, in *Riv. dir. proc.* 4, 1948, 80 e 86; ENCARINI, *Formula e processo*, in *RISG* 3, 1949, 459 ss. e, da ultimo, BROCCONI, *Index arbitrorum*, 83 ss.; diversamente, fra gli autori più recenti, LUZZATTO, *Procedura civile romana*, II, Bologna 1953, 227 ss.; JACOWICZ, *The "index" and the arbitral principle*, in *Rev. intern. droit de l'antiqu.* 9, 1949, 477 ss.

tema, l'evolversi e il maturare della dottrina giuridica. Solo col I sec. a.C. la giurisprudenza cominciò ad avere quell'indipendenza di pensiero e, diciamo pure, quell'autorità e quel prestigio che occorrevano per guardare alla realtà delle cose con piena spregiudicatezza e senza lo schermo di *idola*, miti o postulati irrazionali; solo allora, soprattutto, essa riuscì ad affinare i suoi metodi e le sue capacità logiche in modo da potere scindere l'immutabilità della sentenza dalla valutazione della sua fondatezza e infondatezza sì che non solo in sede politica o filosofica, ma anche in sede giuridica e persino giudiziaria, si venisse a dichiarare ingiusta una sentenza, che tuttavia rimaneva immutabile, e si traessero inoltre da tale dichiarazione le conseguenze giuridiche, che volta a volta apparissero opportune o logicamente necessarie.

3. È tempo di venire alla sostanza del problema. E in primo luogo occorre precisare qual era la fattispecie da cui si facevano discendere gli effetti che dobbiamo esporre e spiegare, ossia che cosa si intendeva per sentenza ingiusta.

Le fonti classiche parlano per lo più di sentenza pronunciata *iniuria* o *per iniuriam indicis* (1); talvolta dicono che la sentenza era stata emanata *per errorem aut iniuriam* (2), *per imprudentiam indicis aut errorem* (3) o che era un'*iniqua sententia* (4) oppure ancora spiegano semplicemente che i rapporti fra le parti erano diversi da quelli dichiarati dal giudice (5). È evidente che, nonostante l'espressione *iniuria* o *per iniuriam*, non si voleva affatto alludere allo specifico

(1) D. 46, 8, 22, 2 (Iul. 56 dig.); D. 46, 29, 4 (Iul. 56 dig.); D. 46, 7, 29, 1 (Pomp. 18 ad Quint. Met.); D. 20, 6, 13 (Tryph. 8 disp.); D. 20, 3, 12, 1 (Tryph. 8 disp.); D. 20, 1, 3, 1 (Pap. 20 quest.); D. 25, 1, 50 pr. (Pap. 9 quest.); V. F. 8 (Pap. 3 resp.); D. 21, 2, 3 (Paul. 35 ad ed.); D. 46, 1, 67 (Paul. 3 ad Nerat.); D. 30, 50, 1 (Ulp. 24 ad Sab.); D. 17, 2, 52, 18 (Ulp. 31 ad ed.); C. 8, 44, 8 (Alex. 222); C. 4, 64, 1 (Gord. 258); C. 8, 44, 23 (Philipp. 245); C. 4, 35, 10 (Dioc. 293). Come si spiega più avanti, l'uno dei termini *iniuria* o *per iniuriam* non solo non significa che ci si trovasse nell'ambito dello specifico delitto di *iniuria*, ma non deve nemmeno fare credere che si presupponesse la mala fede del giudice.

(2) D. 3, 3, 46, 4 (Gai. 3 ad ed. proc.).

(3) D. 21, 2, 51 pr. (Ulp. 80 ad ed.).

(4) V. F. 10 (Pap. 3 resp.).

(5) D. 46, 8, 22, 2 (Iul. 56 dig.) « si procurator per indicem non debiliam pecuniam accepit »; D. 38, 2, 12, 3 (Ulp. 44 ad ed.) « cum socii exheredatus, pronuntiat... sit exheredatus non socii »; D. 27, 9, 3, 3 (Ulp. 35 ad ed.) « si fundus petiti sit, qui populi fuit, et contra populi pronuntiatum ».

delitto di *iniuria*, come, all'occorrenza, è spiegato da D. 47, 10, 1 pr. e, con riferimento all'ingiustizia di un provvedimento pretorio, da Coll. 2, 5, 1²⁰. Del resto, è più in generale da escludere che i giuristi pensassero a un qualsiasi delitto del giudice o anche soltanto alla sua mala fede.

Forse l'espressione «*iniuria*», intesa in senso stretto, alludeva implicitamente all'ingiustizia consapevole del giudice, dato che D. 3, 3, 46, 4 (uno solo però fra i vari testi citati nelle note 10-15) prevede come ipotesi alternative l'*iniuria* o l'*error* del giudice; resta, comunque, vero che i giuristi romani prescindevano, relativamente al nostro tema, da una precisa valutazione del comportamento del giudice, come del suo stato d'animo, poichè quel che contava era il contrasto obbiettivo tra la sentenza e la reale situazione giuridica preesistente²¹.

²⁰ D. 47, 10, 1 pr. (Ulp. 36 ad ed.), volendo spiegare i vari significati di *iniuria* precisa che talvolta si diceva «*iniuria*» l'*iniquitas*, come quando un giudice «*iniquus est in iudicando sententiam dicens*»; e Coll. 2, 5, 1 (Paul lib. sing. de iniuriis) chiarisce ancor meglio che «*alia est contumelia, quam Græci ὀφρον ἀποκαλούν, αὐτὰ καλῶ, quam Græci δίκηναι δίκηναι, sicut in lege Aquilia damnum iniuriarum accipitur, alia iniquitas et iniustitia quam Græci δίκηναι dicunt. Nam, cum propter non iure adversus non pronuntiat, iniuriarum non accipitur dicitur» (cfr. anche Inst. 4, 4 pr.). Sull'equivalenza tra *iniuria* in quest'ultimo senso e *δίκηναι*, da ultimo ΜΟΥΣΑΚΙΩΤΗΣ, *La notion d'injustice dans les papyrus grecs*, in *Iura* 10, 1959, 76, ma una conferma tarda è data anche dalla traduzione di *iniuria iudicis* nei Basilici (cfr. 9, 18, 22, 3 (ἐν δίκηναι τοῦ δικαστηρίου); 25, 2, 3 e sch. m. IV, 48 (ἐν δίκηναι... δίκηναι ἔνεστιν); 25, 8, 13 (ἐν δίκηναι ὅπου δίκηναι); 26, 1, 67 48, 3, 30, sch. c. VI, 427 a. (ἐν δίκηναι τοῦ δικαστοῦ)). Circa la nozione di *δίκηναι*, che era più morale e sociale che non strettamente giuridica, oltre quest'ultimo autore, v. anche GERNET, *Recherches sur le développement de la pensée juridique et morale en Grèce*, Paris 1917, 35 s.; WOLFF, *Griechisches Rechtsdenken*, I-III, 2, Frankfurt a. M. 1950-56, *passim*.*

²¹ In senso contrario WOLFF, *Tulane Law Rev.* 33, 1959, 337, che, riferendosi a D. 40, 7, 29, 1 (su cui infra) e senza esaminare l'insieme dei testi, ritiene che l'espressione *iniuria iudicis* indicasse un «*intentional miscarriage of justice*», contrapponendo quindi *iniuria* a *error* o *imprudencia* (nel medesimo senso già FRIEDLANDER, *Jur. aquilonis ius strictum*, in *ZSS.* 42, 1921, 659. L'opinione esposta nel testo appare invece chiaramente confermata da D. 46, 8, 22, 2 (Ulp. 36 ad ed.) che, dopo avere descritto la fattispecie come cauzione mediante il giudice di denaro non dovuto, la qualifica poi come un'*iniuria* («*adfectio ergo iniuria*»), e da D. 21, 2, 5 (Paul. 35 ad ed.), che pone in modo nettissimo l'alternativa tra sentenza conforme alla situazione reale e sentenza pronunziata *iniuria iudicis*, non concependo evidentemente una terza possibilità (sentenza difforme dalla situazione reale, ma pronunziata in buona fede). Nello stesso senso del resto, fa prova l'equivalenza di trattamento fra le sentenze che si affermano pronunziate *iniuria* («*per iniuriam*») *iudicis* (capra n. 10) e quelle imputate a *error* o *imprudencia* (capra n. 11-13) o, semplicemente, descritte come difformi dalla situazione reale (capra, n. 14).

L'unico elemento estrinseco alla sentenza che poteva venire in considerazione era l'omessa o insufficiente difesa da parte del soccombente o addirittura la sua collusione con l'avversario²². Queste erano fattispecie particolari, che non coincidevano con quella della sentenza ingiusta allo stato puro e delle quali pertanto qui non mi occuperò specificamente; non mancherò tuttavia di far notare nei luoghi opportuni che le conseguenze ad esse collegate erano talvolta diverse da quelle della pura e semplice ingiustizia del giudice.

Un altro punto che le fonti non precisano è se tale ingiustizia riguardasse una questione di diritto o di fatto; ma credo si possa senza difficoltà ritenere che entrambe le questioni fossero implicitamente contemplate. Del resto, solo quando l'errore di diritto assumesse una particolare rilevanza, si ebbe cura di distinguere le questioni concernenti il diritto da quelle di fatto (v. p.es. D. 49, 8, 1, 2, Mac. 2 de appell.)²³.

²² L'assenza dal processo è considerata p. es. da D. 17, 2, 52, 18 (Ulp. 31 ad ed.); D. 30, 50, 1 (Ulp. 24 ad Sub.); D. 49, 1, 14, 1 (Ulp. 14 ad ed.); D. 5, 2, 17, 1 (Paul. 2 quant.); la negligente difesa p. es. da D. 35, 3, 3, 6 (Ulp. 79 ad ed.) e da D. 46, 2, 67 (Paul. 3 ad Nesc.) nell'ultima proposizione generalmente ritenuta interpolata; la collusione con l'avversario p. es. da D. 49, 1, 14 pr. (Ulp. 14 ad ed.); D. 5, 2, 19 pr. (Ulp. 3 o 6? opin.); D. 30, 50, 1 sch.; D. 49, 1, 5, 1 (Marcian. 1 de appell.); D. 49, 16, 1 (Gal. 2 ad ed. *proat. urb.*); C. 8, 13, 3 (Anton. 210). Sulla collusione MAYER-MALY, *Collusio im Zivilprozess* in *ZSS.* 71, 1954, 245 ss. Quanto all'assenza dal processo, è aperto il problema di sapere se l'automatica soccombenza dell'assente disposta dalle XII Tav. avesse luogo solo nel processo *per legis actiones* (sopravvissuto durante l'epoca classica in materia ereditaria) o anche in quello *formulari* e se, d'altra parte, la limitazione dell'efficacia verso i terzi della sentenza pronunciata contro l'assente riguardasse soltanto i casi di soccombenza automatica o anche quelli in cui l'assenza aveva semplicemente influito in linea di fatto. Certo, non si può negare il manifestarsi, durante l'epoca classica e dopo, della tendenza a ricomprendere l'assenza in una più generale figura di insufficiente attività processuale e quindi a estendere le regole sorte per l'ipotesi di automatica soccombenza dell'assente a altre ipotesi in cui la soccombenza era stata causata da negligente difesa.

²³ I testi che con riguardo alla sentenza profilano una distinzione tra tipi di errore («*non si limitano*», del resto, a contrapporre l'errore di diritto all'errore di fatto) appartengono a quei giuristi della tarda epoca classica che prestarono particolare attenzione alla *cognitio extra ordinem* e all'appello (Callistrato, Marco, Marciano, Modestino) oppure alla cancelleria imperiale del III sec. (sul tema VASSALLI, *L'infinitum e ius factum e nelle fonti giustiniane*, in *Annali Perugia*, 28, 1914, 10 ss.; v. anche infra). Proprio in tale epoca e con riguardo al problema dell'appello determinati tipi di errore di diritto cominciarono invece a essere considerati causa di nullità della sentenza.

Finalmente vi sarebbe da domandare in qual modo l'infondatezza della sentenza venisse accertata. I passi che ci sono pervenuti sorvolano anche su questo punto e si limitano a discutere delle conseguenze dell'infondatezza, supponendo come pacifica e sicura la sua eventuale sussistenza. Ora, finché si tratta di errore di diritto, è fin troppo naturale che ai giuristi esso apparisse macroscopicamente, e non ci fosse un problema di accertamento; ma le cose stavano in modo diverso quando si assumesse che l'ingiustizia della sentenza dipendeva da un'errata conoscenza dei fatti della lite. Tuttavia nemmeno in questa ipotesi, che, come si è ora detto, essi non distinguevano consapevolmente dalla prima, i giuristi mostrano di preoccuparsi del modo in cui l'errore potesse emergere e apparire sincero.

Essi si limitano a contrapporre alla pronuncia del giudice la reale situazione giuridica preesistente, considerandola come un dato obiettivo e indiscusso⁽⁷⁷⁾. In ogni modo, dall'insieme dei nostri testi, credo si possa desumere che uno specifico procedimento inteso ad accertare l'ingiustizia della sentenza con idonee garanzie (fra le quali certo non si sarebbe potuto trascurare la presenza delle parti rispetto a cui la sentenza era stata pronunciata) non veniva affatto previsto né prescritto. Se in un nuovo processo (tra le stesse o altre parti) veniva in considerazione quella sentenza, il giudice poteva, dal suo punto di vista, riconoscerla ingiusta e trarre da questa constatazione le conseguenze che i giuristi venivano suggerendo; un contraddittorio con le parti fra cui essa era stata pronunciata non era né necessario né possibile; e nessuno vorrà *a priori* escludere che a sbagliare fosse il nuovo giudice, anziché quello direttamente investito della causa.

Ma — ripeto — questo aspetto della questione non veniva minimamente preso in esame dai giuristi, per i quali l'ingiustizia era un dato su cui non si indagava.

(77) Il dubbio che l'accertamento dell'ingiustizia potesse essere, a sua volta, ingiusto (cfr. SENN, *Tutela giurisdizionale in generale*, cit., 198: «Nulla può assicurarsi che il giudizio che la sentenza è ingiusta non sia più ingiusto della sentenza stessa») non sfiorava nemmeno i giuristi classici, che trattarono del nostro tema. In sostanza essi avevano fede in una realtà giuridica esistente all'infuori di qualunque accertamento giudiziale e a cui si potesse fare capo, sia per sapere *a priori* se una data azione spettasse o no al soggetto in questione, sia per valutare, *a posteriori*, la fondatezza della sentenza emanata. A ben vedere, la nozione sostanziale di atto e la sicurezza con cui ammettevano di dichiarare ingiusta una sentenza sono due aspetti del medesimo atteggiamento spirituale.

4. La rilevanza dell'*iniuria iudicis* si manifestava essenzialmente nei riguardi dei terzi; e proprio in quest'ambito si cominciò a prospettare l'eventualità che una sentenza fosse ingiusta. Tuttavia, una volta delineata l'ipotesi dell'*iniuria iudicis*, se ne parlò anche nei rapporti fra le parti. Proprio lo spregiudicato distacco con cui i giuristi di quest'epoca valutavano la sentenza permetteva di discutere della sua ingiustizia anche fra le parti. Ma di solito la discussione finiva con l'essere accademica, poiché dalla constatata ingiustizia non si ricavano conseguenze. In questo senso sono espliciti due passi:

D. 20, 6, 13 (Tryph. 8 disp.) *Si deferente creditore iuravit debitor se dare non oportere, pignus liberatur, quia perinde habetur, atque si iudicio absolutus esset: nam et si a iudice quavis per iniuriam absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur.*

D. 38, 2, 12, 3 (Ulp. 44 ad ed.) *Si quis, cum esset exheredatus, pronuntiatus vel perperam sit exheredatus non esse, non repellitur: rebus enim iudicatis standum est.*

Il primo testo desume l'efficacia del giuramento del debitore dalla sua equiparazione a una sentenza di assoluzione: come questa sentenza, anche se dimostrata ingiusta, valeva a sciogliere il vincolo pignoratizio costituito a garanzia del credito dichiarato insussistente, così il giuramento, anche se (in sottintesa ipotesi) falso, aveva la medesima efficacia liberatoria⁽⁷⁸⁾. Il secondo testo, in cui sono state probabilmente inserite da altra mano le parole «*vel perperam*»⁽⁷⁹⁾,

(78) Cfr. AMIRANTE, *Il giuramento prestato prima della lite contestata* ecc. 128. Egli accetta l'ipotesi di interpolazione dell'ultima frase («*pignus liberatur*») avanzata dal LANDUCCI, *L'ingiusta assoluzione del debitore*, in *Atti Istituto Veneto* 72, 2 (1912-13), 1450 n. 3, e dal STERN, *Naturale obligatio*, in *Gedenkschrift für Meibohm*, Leipzig 1916, 73; ma in ciò non credo di poterlo seguire. In verità il Landucci, che è l'unico ad avere tentato di giustificare in qualche modo l'espansione della frase, non ha trovato in sostanza altro motivo se non il contrasto fra essa e la soluzione che si desume da D. 12, 6, 18; *ead.*, 60 pr. (sopravvivenza all'ingiusta assoluzione di un'obbligazione naturale); ma questa soluzione è, come vedremo, assai dubbia e, secondo me, inaccettabile per l'epoca classica.

(79) BRESLER, *Boisrige*, II, 142; MARRONE, *Efficacia pregiudiziale*, 274. La tesi che queste parole siano state tardivamente aggiunte (forse in epoca postclassica) rimarrebbe plausibile, anche se si ritenesse che esse non si limitassero a ribadire l'infondatezza obbiettiva della decisione, ma alludessero a una particolare causa soggettiva di tale infondatezza, ossia all'errore del giudice (il significato lessicale di «*perperam*» permet-

dichiara che il figlio *exheredatus* si reputa non diseredato agli effetti dell'ammissione alla *bonorum possessio* dei beni del liberto paterno, se una sentenza, sia pure infondatamente, ha negato la diseredazione. Come si noterà, qui l'efficacia della sentenza ingiusta viene ammessa bensì tra le medesime parti, ma con riguardo a un diverso oggetto.

In alcuni casi invece l'ingiustizia della sentenza fu presa in considerazione per darvi pratica rilevanza fra le stesse parti, ancorché, beninteso, non si debba affatto pensare che rilevanza dell'ingiustizia significasse inefficacia della sentenza. Il primo caso è quello esaminato da un testo molto celebre e discusso, che qui considererò solo nel punto specifico che ci interessa, tralasciando una più approfondita analisi⁽²⁰⁾: in un testamento era stata disposta una manomissione

terrebbe e magari suggerirebbe una simile interpretazione). In verità ho già chiarito l'irrelevanza a questo proposito della distinzione tra buona e mala fede del giudice; solo un tardo annotatore avrebbe potuto sottolineare che la massima valeva anche in caso di semplice errore.

Non credo invece che sia sparia la chiusa «*rebus enim indicatis standum est*», come affermano, oltre Beseler e Marone, anche il Brown, *Studi Bonfanti*, IV, 64, e il Lavy, *ZSS*, 53, 1933, 194 n. 10; per lo meno non credo che Ulpiano non potesse indicare in tal modo il valore vincolante di una sentenza pronunciata in un processo ordinario (cfr. già Cui., *pro Flacco*, 31, 49 «*re indicata stari ostendit placere*»).

(²⁰) L'analisi è stata compiuta già da vari autori, fra cui devono essere segnalati Culicchio, *Opera*, Prati 1836, I, 49 ss.; II, 35 ss.; Krüger, *Bemerkungen zu Dig.* 40, 7, 29 § 1 (Pomponio ad Q. Mucius); Naber, *De in iure cessante et confusione*, in *Studi Perini*, Palermo 1925, 343 s.; Donatuti, *Lo statuliber*, Milano 1940, 243 ss.; Wolff, *Tulane Law Rev.* 33, 1950, 534 ss.; altre citazioni in Marone, *Efficacia pregiudiziale*, 45 n. 61. Non direi però che gli ingegnosi tentativi di questi autori, compreso quello recentissimo del Wolff, siano riusciti a superare tutte le difficoltà che il passo presenta.

Rimane infatti per lo meno da chiedersi (posto che non si accetti una nota correzione proposta dal Krüger, la quale per altro può apparire arbitraria ed è respinta dagli autori più recenti) come mai il passo non esamini minimamente, anche soltanto il modo in cui lo *statuliber* poteva adempiere la condizione impostagli, il problema della validità stessa della manomissione, dato che, secondo principi fin qui ritenuti pacifici, la vittoria dell'erede *ab intestato* presupponeva l'inesistenza o l'invalidità del testamento e questa, a sua volta, dovrebbe importare dal punto di vista sostanziale (a prescindere cioè dall'efficacia della sentenza che si fosse in proposito pronunciata) l'inesistenza o l'invalidità delle manomissioni come dei legati (cfr. Donatuti, *Lo statuliber*, 243 n. 1). Che i manomessi e i legatari potessero rendere inoperante nei loro confronti la sentenza emessa contro l'erede testamentario (come in varia guisa suppongono, fra gli altri, il Marone e il Wolff), è concepibile; ma di ciò il passo non parla affatto, ed è strano, a dir poco, che il problema non abbia preliminarmente rispetto a qualsiasi discussione sul destinatario della somma dovuta dallo *statuliber* venisse da,

sotto la condizione che lo schiavo desse una somma all'erede; sorta controversia tra l'erede testamentario e chi pretendeva di essere erede *ab intestato*, si domandava se, nell'ipotesi che fosse risultato vincitore quest'ultimo (²¹), lo schiavo, che avesse in precedenza versato la somma all'altro, avesse o no adempiuto alla condizione e se (distinto quesito che viene a proporsi nel seguito del passo) egli adempisse validamente, versando, dopo la sentenza, la somma al vincitore; Quinto Mucio aveva risposto al primo quesito in senso negativo (²²), in quanto aveva presupposto l'opponibilità allo schiavo della sentenza pronunciata tra i due aspiranti all'eredità; Labeone e poi Aristone, e lo stesso autore del passo, Pomponio, prospettarono invece l'ipotesi che quella sentenza fosse ingiusta, ricavandone diverse conseguenze:

D. 40, 7, 29, 1 (Pomp. 18 ad Quint. Muc.) ... *Labeo hoc, quod Quintus Mucius scribit, ita putat verum esse, si re vera lego ab intestato heres fuit qui vicit: nam si iniuria iudicis victus esset scriptus verus heres ex testamento nihil minus eum paruisse conditioni ei dando et liberum fore. Sed verissimum est, quod et Aristoteles rescripsit, posse dari pecuniam heredi ab intestato, secundum quam sententia dicta est, quoniam lex duodecim tabularum emptionis verbo omnem alienationem complexa videretur.*

giuristi come Labeone, Aristone e Pomponio, posto e risolto in modo implicito, mentre poi quel problema era tutt'altro che ignoto alla giurisprudenza classica (v. *supra* n. 5 e *infra* n. 64).

(²¹) È probabile che il caso sottoposto a Quinto Mucio fosse quello della vittoria dell'erede testamentario e che il giurista, nel risolverlo in senso favorevole allo *statuliber*, abbia voluto sottolineare che opposta sarebbe stata la soluzione (ossia lo *statuliber* non avrebbe raggiunto la libertà), se la vittoria fosse andata a chi rivendicava l'eredità *ab intestato* (cfr. Wolff, *Tulane Law Rev.* 33, 1950, 535 s.). Tuttavia solo questa seconda ipotesi fu considerata dai giuristi successivi a cominciare da Labeone.

(²²) La prima parte della risposta di Quinto Mucio non è stata riprodotta nei manoscritti pervenuti, ma è pacifico che egli dovesse avere riconosciuto l'efficacia nei confronti dello *statuliber* della sentenza pronunciata fra possessore dell'eredità (che si diceva erede *ex testamento*) e chi la rivendicava come erede *ab intestato*. Tale efficacia comportava appunto che la soluzione dovesse essere favorevole allo *statuliber* nell'ipotesi (che era probabilmente quella reale) di vittoria del primo e sfavorevole invece nell'ipotesi (tenuta presente nel seguito del testo e anche da noi considerata) di vittoria del preterito erede *ab intestato*. Questa seconda parte della risposta è riprodotta nei nostri manoscritti col seguente tenore: «*quapropter si vixit heredi scripto dedisset ei res contra possessionem indicata esset, illam in servitute fore*».

Secondo Labeone, l'eventuale ingiustizia della sentenza era un motivo per negare ad essa valore vincolante nei confronti dello schiavo, ossia non influiva nei rapporti fra le parti ma esclusivamente verso il terzo; dovremo dunque riconsiderare la tesi di Labeone, quando tratteremo della rilevanza dell'ingiustizia per i terzi. Aristone invece, seguito poi da Pomponio, si ripropose di rispondere al secondo quesito (se cioè, comunque, lo schiavo adempisse validamente alla condizione col versare la somma al vincitore) e concepì quindi diversamente le conseguenze dell'*iniuria iudicis*: essendo la sentenza ingiusta, il vincitore, che non era il vero erede, risultava in sostanza un acquirente dell'eredità e quindi dello schiavo, sicché a lui era applicabile la norma decemvirale, che permetteva allo schiavo, manomesso sotto la condizione di dare una somma all'erede e alienato nel frattempo da questo erede, di pervenire alla libertà dando tale somma all'acquirente (Tit. Ulp. 2, 4). Si riconosceva così, sia pure al fine di ricavarne un certo effetto per un terzo, che l'*iniuria iudicis* aveva rilevanza negli stessi rapporti tra le parti, giacché si configurava la loro posizione rispettiva come quella di un alienante e di un acquirente. In altri termini la sentenza, che aveva istituzionalmente nel nostro caso l'ufficio di accertare una situazione preesistente, ossia l'appartenenza dell'eredità al *petitor*, assumeva, in quanto ingiusta, un valore traslativo⁽⁸²⁾.

Un'analoga soluzione appare presupposta, più di un secolo dopo, da Ulpiano relativamente a una *rei vindictio*:

D. 27. 9. 3. 3 (Ulp. 35 ad ed.) *Idemque erit dicendum et si fundus petitus sit, qui pupilli fuit, et contra pupillum pronuntiatum tutoresque restituerunt: nam et hic valebit alienatio propter rei iudicatae auctoritatem.*

Si era prospettata la possibilità che la *restitutio* di un fondo effettuato dal tutore⁽⁸³⁾ a chi in giudizio ne era stato dichiarato proprietario cadesse sotto il divieto di alienazione stabilito dall'*oratio Severi* (D. 27. 9. 1, 2), in quanto la pronunzia era ingiusta e il fondo, in realtà appartenente al pupillo, risultava praticamente alienato.

⁽⁸²⁾ Sotto questo aspetto il passo è stato già da me considerato nell'articolo cit. in *RIDA*, 1959, 350 ss. e 367 n. 26; cfr. ora anche WOLFF, *Tulane Law Rev.* 33, 1059, 536 e 538, le cui vedute al riguardo non differiscono dalle mie. Tuttavia egli intende l'*iniuria iudicis* come intrinsecamente ingiustizia (v. *supra*, n. 16).

⁽⁸³⁾ Il plurale «tutores» è ritenuto non classico da vari autori (cfr. MARROUX, *Efficacia pregiudiziale*, 193).

Ulpiano non respinge questa valutazione degli effetti della sentenza, in quanto ingiusta, e si limita ad addurre, contro l'applicazione dell'*oratio*, il carattere necessitato della *restitutio* («propter rei iudicatae auctoritatem») ⁽⁸⁴⁾.

Fin qui la rilevanza dell'*iniuria iudicis* tra le parti non è apparsa oltrepassare il limite di una più esatta valutazione giuridica degli effetti prodotti dalla sentenza, ferma restando la loro consistenza pratica. In altri testi invece all'erronea infondata pronunzia sembra addirittura negarsi in tutto o in parte valore tra le parti; ma essi o non riguardano veramente il nostro tema o esprimono, sotto tale aspetto, un punto di vista giustiniano.

D. 43. 3. 17 (Marc. 17 dig.) *Si per errorem de alienis fundis quasi de communibus iudicio communis dividundo accepto ex adiudicatione possidere coeperim, longo tempore capere possum.*

È evidente che, se si ammette l'usucapione, si nega però che questa *adiudicatio* avesse di per sé l'effetto di conferire la proprietà all'aggiudicatario, ossia si contrappone il giudizio divisorio svoltosi erroneamente riguardo a fondi altrui, il quale nondimeno avrebbe reso possibile l'usucapione, al giudizio divisorio svoltosi riguardo a fondi comuni, il quale invece avrebbe attribuito ai condividenti la proprietà ⁽⁸⁵⁾. Dunque la sentenza erronea non aveva nemmeno tra le parti gli effetti suoi propri. Senonché l'errore di cui qui si parla è del tutto diverso dal tipo di errore o di *iniuria* che stiamo considerando. Intanto è probabile che non fosse un errore del giudice, bensì delle parti; ma soprattutto interessa notare che esso non verteva sul merito della controversia, ma sui presupposti necessari all'esistenza

⁽⁸⁴⁾ L'interpolazione di queste parole è asserita, ma non dimostrata, dal SOLAZZI, *Iuridictio contentiosa e voluntaria nelle fonti romane* in *AG*, 98, 1927, 25 in nota, e dal BRESLER, *Et idem — De iudicio — Hic*, in *ZSS*, 51, 1931, 72. La tesi venne poi ripresa dal KALLER, *Abstr. Jur.*, 114 n. 49, e dal MARROUX, *Efficacia pregiudiziale*, 193 s., in base al solito preconcetto che la *rei iudicata* nel processo formulare non avesse effetti pregiudiziali. Ma la verità è che qui il richiamo all'*auctoritas rei iudicatae* non è fatto per addurre un'efficacia pregiudiziale, ma per sottolineare il carattere forzoso della *restitutio*, così come nel § 1 dello stesso frammento si richiamava l'*auctoritas magistratum* e nel § 2 si diceva che l'*alienatio* era fatta *non sponte*. Per la valutazione della sostanza del passo cfr. anche il mio articolo cit. in *RIDA*, 1959, 365.

⁽⁸⁵⁾ Tit. Ulp. 19, 26. Da V.P. 47 n. (Prel. 2 manual) si argomenta che la proprietà attribuita era il *dominium ex iure Quiritium*, in caso di *iudicium legitimum*, l'*in bonis* (proprietà pretoria) in caso di *iudicium imperio continens*.

della controversia, non essendo concepibile un giudizio divisorio coi relativi effetti riguardo a cose che non erano da dividere⁽²⁷⁾.

Non credo dunque si possa esitare a escludere questo passo dal novero di quelli che ci interessano.

D. 12, 6, 28 (Paul. 32 ad ed.) *Index si male absoluit et absolutus sua sponte solverit repetere non potest.*

D. 12, 6, 60 pr. (Paul. 3 quaest.) *Julianus verum debitorem post litem contestatam manente adhuc iudicio negabat solventem repetere posse, quia nec absolutus nec condemnatus repetere posset; licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet: similemque esse ei dicit, qui ita promisit, sive navis ex Asia venerit sive non venerit, quia ex una causa alterius (alterave Mo) solutionis origo proficiscitur.*

I due passi sembrano impostare e risolvere il problema in base alla rilevanza dell'ingiustizia dell'assoluzione pronunciata dal giudice nei riguardi di un vero debitore: tale assoluzione, proprio perchè ingiusta, lascerebbe sussistere un'obligatio naturalis, che sarebbe quindi idonea a giustificare la soluti retentio. Ma questa impostazione e la relativa soluzione non appaiono classiche. L'interpolazione è evidente nel fr. 60 pr., dove la motivazione «*licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet*» si sovrappone, rendendola incomprensibile, all'altra motivazione «*similemque esse ei dicit - origo proficiscitur*», che è sicuramente genuina⁽²⁸⁾.

(27) Sul passo cfr. GAUDERET, *Étude sur le régime juridique de l'indivision en droit romain*, Paris 1934, 402; MARROUX, *Efficacia pregiudiziale*, 354 s. L'esclusione del passo tra quelli concernenti una decisione erronea è stata proposta incidentalmente dal BROGGI, ZSS. 74, 1957, 460.

(28) L'interpolazione è stata da tempo rilevata: cfr. BURDEZ, *La nozione classica di obligatio naturalis*, Torino 1955, 122 ss. e ivi citazioni della precedente letteratura. La tesi del LANDUCCI, *L'ingiustizia assoluzione del debitore*, in *Atti Istituto Veneto*, 72, 1 (1912-13), 1447 ss., secondo cui la motivazione fondata sul permanere di un'obligatio naturalis sarebbe stata inserita nel testo giuliano dallo stesso Paolo, non è accettabile, perchè in tale caso detta motivazione sarebbe stata aggiunta dopo quella di Giuliano (come p. es. nelle note del medesimo Paolo a Papiniano o in quelle di Giavoleno a Laboneo) e non invece attribuita direttamente a Giuliano. Anche se fosse vero che in generale Paolo era propenso a estendere i confini classici dell'obligatio naturalis, si dovrebbe ugualmente tenere ferma per questo passo, dato il suo tenore, l'ipotesi di interpolazione. All'infuori di questa ipotesi il passo diventa veramente «difficile», come lo qualificarono Bartolo e Giacomo, anche se non tale da giustificare la curiosa interpretazione proposta da ALESSANDRO TARTAGLIA, *Commentaria*, cit.

Una vera e propria interpolazione è invece da escludere nel fr. 28⁽²⁹⁾; ma questo passo assunse nella compilazione, se non altro in virtù del principio desumibile dal fr. 60 pr., un significato diverso da quello che aveva nel contesto classico.

A mio giudizio, le questioni prospettate nei due passi erano, tanto per Giuliano che per Paolo, estranee al tema della rilevanza da accordarsi all'infondatezza della sentenza e si risolvevano in base ad altri principi. Il pagamento effettuato da un debitore ingiustamente assolto non dava luogo a ripetizione, perchè questo debitore sapeva, nel momento di pagare, di essere stato assolto⁽³⁰⁾; e un'uguale decisione si sarebbe avuta in teoria, anche se la sentenza fosse stata giu-

173 § 24, secondo cui il giudice, assolvendo il debitore, avrebbe avuto soltanto l'intenzione di liberarlo dalla vessazione dell'attore e non quella di permettergli di versare, a sua volta, l'attore dopo averlo pagato; un'interpretazione esatta, che prescinde dal richiamo all'obligatio naturalis per senza dichiararlo interpolato, era stata suggerita già dallo STYVE, *Diss. de absolutio per sententiam iniustam*, ecc., in *Opera*, XI, § 36, 395.

(29) COVATTA, BURDEZ, *La nozione classica*, cit., 124, che ritiene che il testo classico ammettesse in ogni caso la ripetizione.

(30) Che la conditio indebiti presupponesse l'errore del solvens è ancora generalmente ammesso (VOCI, *In tema di errore*, in *SDHI* 8, 1942, 32 ss.; SCHWAB, *Die Grundlage der conditio in Mass. röm. Recht*, Münster-Köln 1952, 17 ss.; 65 ss.; KASER, *Röm. Privatrecht*, 498 e n. 19), nonostante la contraria opinione sostenuta, sulla base dell'espunzione di molti testi, dal BIESELER, *juristische Miniaturen*, Leipzig 1930, 124 ss.; e dal SOLAZZI, *L'errore nella conditio indebiti*, in *Atti Acc. Napoli*, 59, 1939 (contro cui anche GIROSI, *SDHI* 6, 1940, 413 ss.; KADEN, ZSS, 64, 1941, 473 ss.); ID., *Ancora dell'errore nella conditio indebiti*, in *SDHI* 9, 1943, 55 ss.; ID., *Le condictiones e l'errore*, in *Atti Acc. Napoli* 62, 1947, 69 ss.

A sua volta, la tesi che la soluzione di D. 12, 6, 28 si fondi sulla mancanza di errore del solvens, già sostenuta in passato (cfr. SAVIGNY, *Le obbligazioni*, trad. Pacchioni, Torino 1912, I, 83), è stata ripresa tra gli altri dall'ARANTO RUIZ, *Instituciones* (da ultimo 14^a ed., Napoli 1960, 412) ed al SINIGAGLIA, *Naturalis obligatio*, 72 s. Contro di essa il SAVIGNY, *Obbligazioni*, I, 83 s. aveva obiettato che, data l'ipotesi da cui Paolo prendeva le mosse («*si male absoluit*»), le parole «*sua sponte*» non potevano che alludere alla spontaneità del pagamento, senza alcun riferimento alla consapevolezza o no di essere obbligato: ma la verità è che la spontaneità escludeva l'errore, poiché, se il debitore assolto si fosse creduto obbligato, avrebbe pagato per necessità e non spontaneamente. Nell'insieme della fattispecie l'accento cade sul «*sua sponte*», mentre l'ulteriore presupposto, che cioè l'assoluzione fosse ingiusta, ha un valore pratico, in quanto serve a spiegare come mai il debitore, pur assolto, si potesse di sua propria volontà decidere a pagare. L'obbligazione appare dunque infondata; essa però ha convinto, non solo il LANDUCCI, *Atti Istituto Veneto* 72, 2, 1912-13, 1447 ss., che era infondata dalla propria interpretazione di D. 12, 6, 60 pr., ma anche il BURDEZ, *op. cit.*, 124 n. 24.

sta, poichè in questo caso l'ingiustizia (o meglio — direi allora — la creduta ingiustizia) contava solo in quanto rendeva più probabile in pratica l'adempimento del convenuto assolto. A sua volta, quanto era stato pagato dopo la *litis contestatio* «*momento adhuc iudicio*» non era ripetibile, perchè, come spiegava Giuliano, il convenuto, pagando in quel momento e conseguendo la liberazione, teneva di necessità presenti entrambi i risultati che il processo avrebbe potuto avere e accettava di soddisfare il creditore qualunque dei due fosse stato per avverarsi, essendo simile a colui che, promettendo sotto due condizioni l'una contraria all'altra, doveva considerarsi senz'altro vincolato, poichè una delle due condizioni non poteva non verificarsi⁽³⁶⁾.

che pure non credeva alla classicità dell'*obligatio naturalis* in simili casi e che di conseguenza, non potendosi spiegare perchè l'uso ammettesse nondimeno la soluti *ventidies*, è stato costretto a supporre una poco verosimile interpolazione del brano (v. *supra*, n. 33).

(36) L'argomento era suggerito dall'analogia che si sarebbe potuta scorgere tra la situazione del convenuto nel periodo intermedio tra la *litis contestatio* e la sentenza, da una parte, e il debitore condizionale, dall'altra; infatti l'*obligatio iudicialis*, che gravava potenzialmente su quel convenuto, era sottoposta alla *condicio iuris* della condanna. Non è escluso, del resto, che l'analogia fosse delineata e tratta alle sue conseguenze dai giuristi proculiani che negavano efficacia liberatoria all'adempimento sopravvenuto dopo la *litis contestatio*: riferito all'obbligazione originaria, il pagamento poteva apparire infatti indebito, poichè quell'obbligazione era ormai estinta *ipso iure* o *ope exceptiois*; riferito invece all'obbligazione iudiciali (il che era possibile se quel che si era pagato era una somma di denaro, ossia il medesimo oggetto di un'eventuale condanna), il pagamento appariva quello di un debito condizionale e quindi, almeno il requisito dell'errore, poteva dare ugualmente luogo a ripetizione (cfr. D. 12, 6, 18, 19.). Giuliano invece, epigono della scuola sabianiana, accoglieva il principio di quella scuola «*momento iudicio oblatio est*» (Gai. 4, 114), ossia attribuiva efficacia liberatoria all'adempimento successivo alla *litis contestatio*, in modo che il giudice, dopo di esso, non avrebbe dovuto che assolvere. L'inevitabile condizionale era, da un lato, l'accantonamento, per questo riguardo, dell'effetto estintivo della *litis contestatio*, dall'altro, l'impossibilità di assimilare il convenuto adempiente in tale momento a un debitore condizionale, giacchè quegli, mentre conseguiva pagando il diritto all'assoluzione, si privava nello stesso tempo della possibilità di ulteriormente contestare il credito e faceva così cessare lo stato di incertezza. Questa mi sembra la spiegazione che più si avvicina al pensiero di Giuliano; nel quale pensiero, come è chiaro, la figura dell'*obligatio naturalis* non trovava posto.

Furono rielaboratori più tardi, probabilmente gli stessi giustiniane, a inserire qui la menzione di quella figura, in modo da potere interpretare la base del caso anche D. 12, 6, 18. Non si trattò, d'altronde, di un'interpolazione isolata, poichè anche D.

5. Passiamo ai testi che trattano della rilevanza dell'*iniuria iudicis* rispetto ai terzi. E poichè il loro numero è abbastanza elevato, vediamo di dividerli in gruppi secondo un certo criterio. Potrebbe pensarsi a un criterio cronologico, che permettesse di raggruppare i passi a seconda delle fasi storiche che testimoniano. Ma non sarebbe, nel nostro caso, un criterio fruttuoso, poichè da quei passi, i quali, secondo quanto si è premesso, riguardano tutti l'epoca classica, non risulta che nel corso di essa si siano avute vere e proprie fasi storiche e nemmeno un susseguirsi di soluzioni concrete diverse, ispirate man mano a principi nuovi o che fossero lo sviluppo o il perfezionamento dei più antichi. Senza dubbio con l'andare del tempo la sfera di rilevanza dell'*iniuria iudicis* sembra essersi estesa e, con ogni probabilità, si estese effettivamente, poichè nello stesso tempo si allargava il campo di osservazione dei giuristi, grazie ai nuovi problemi che man mano erano loro sottoposti, e forse (almeno tra la fine del I sec. a.C. e il II sec. d.C.) si accuiva anche la loro sensibilità, in modo che si vennero riconducendo sotto il profilo dell'*iniuria iudicis* problemi prima trascurati o altrimenti risolti. Tuttavia i testi a nostra disposizione non mettono in evidenza (finchè, beninteso, si rimane nell'epoca classica) nè contrasti, nè mutamenti di indirizzo⁽³⁷⁾ e nemmeno una sicura linea di evoluzione o di sviluppo.

Direi dunque che è preferibile, ai nostri fini, ordinare quei testi in base ai problemi che esaminano e alle soluzioni che adottano. Conseguentemente proporrei tre gruppi: nel primo comprenderei i testi che, senza proporsi il problema se la sentenza ingiusta faccia o no stato verso i terzi (poichè la natura del caso considerato non implicava questo problema), assegnano all'ingiustizia una rilevanza che consiste nell'imprimere al risultato pratico della sentenza una qualifica tale da determinare certe conseguenze nei rapporti fra una delle parti e uno o più terzi; nel secondo comprenderei invece i testi che, domandandosi se l'ingiustizia possa, per iniziativa di una delle parti, rendere inoperante la sentenza nei riguardi di un terzo, rispondono negativa-

46, 1, 8, 3 (Ulp. 47 ad Seb.) e D. 46, 8, 2, 1 (Ven. 15 stip.) appaiono alterati in senso analogo, sebbene essi non considerino espressamente l'ipotesi di una ingiusta assoluzione e non debbano quindi essere ora esaminati.

(37) Un vero e proprio mutamento di indirizzo si nota soltanto in D. 40, 7, 29, 1 (Pomp. 18 ad Quir. Marc.), dove l'opinione più recente di Aristone e dello stesso Pomponio risulta diversamente orientata da quella più antica di Laboneo. Ma si tratta di un mutamento circoscritto al caso e privo quindi di portata generale.

mente; nel terzo gruppo infine porrei i testi che prevedono l'allegazione dell'ingiustizia da parte di un terzo e in generale ammettono che in tal caso il contenuto della pronunzia possa essere disconosciuto dal terzo. È chiaro che, nel proporre una simile classificazione, non intendo affatto attribuire un carattere generale alle soluzioni dei testi compresi in ciascun gruppo, ma fornire soltanto una guida che orienti il lettore, e certo non dimentico, anzi desidero fin d'ora sottolineare, che le soluzioni si riferiscono a singoli casi o tutt'al più a ristrette classi di casi.

6. Il primo gruppo comprende due testi principali.

D. 17, 2, 52, 18 (Ulp. 31 ad ed.) *Per contrarium quoque apud veteres tractatur, an socius omnium bonorum si quid ob iniuriarum actionem damnatus praestiterit, ex communi consequatur ut praestet, et Atilicianus Sabinus Cassius responderunt, si iniuria iudicis damnatus sit, consequatur, si ob malefictum suum, ipsum tantum damnum sentire debere, cui congruit, quod Servium respondisse Aufidius refert, si socii bonorum fuerint, deinde unus, cum ad iudicium non adesset, damnatus sit, non debere eum de communi id consequi, si vero praesens iniuriam iudicis passus sit, de communi sarcindum* ⁽⁹⁾.

In poche righe Ulpiano pone sotto i nostri occhi un interessante capitolo della storia del nostro problema, da Servio fino ai suoi tempi. I *vetres*, ossia i giuristi repubblicani, si erano chiesti se il socio di una *societas omnium bonorum*, per la quale si mettevano in comune tutti gli acquisti e tutte le perdite di carattere economico, potesse ripartire fra i soci la somma a cui era stato condannato come convenuto con un *actio iniuriarum*. Che cosa essi avessero risposto, il testo non riferisce, ma è probabile che, pur tra incertezze, l'orientamento fosse negativo. Invece nel I sec. d.C. sia Atiliano della scuola proculiana, sia Sabino e Cassio, esponenti massimi della contrapposta scuola

⁽⁹⁾ Sul testo, sicuramente genuino, cfr. PERROT, *Parerga*, in ZSS. 14, 1893, 260 n. 3; PEROT, *Le défendeur en iudicio*, Paris 1912, 54 ss.; ARD, *Il processo civile contumaciale*, Roma 1934, 83 ss.; DAUVILLIER, *Iniuria iudicis*, 99 ss.; MARROUX, *Efficiacia pregiudiziale*, 174 n. 135. Il testo non è particolarmente considerato dal BETTI, *Trattato cit.*, poiché appunto (contrariamente alle opinioni del Perot e dell'Ardu) non riguarda il problema dei limiti soggettivi della cosa giudicata, pur ammettendo che l'ingiustizia della sentenza possa avere conseguenze rispetto ai terzi.

sabiniana, ritennero opportuna una distinzione: se la sentenza era giusta, la perdita non doveva ripartirsi tra i soci, poiché derivava da un delitto e, per di più, di carattere strettamente personale; ma se per caso la sentenza era ingiusta, la perdita doveva venire posta a carico di tutti, perché in realtà non derivava da un delitto del socio, ma era l'effetto di una specie di caso fortuito, se non addirittura di un illecito altrui.

Ciò significa che in un processo tra il socio condannato e gli altri soci relativamente alla ripartizione di quella perdita, il nuovo giudice, su richiesta e prova del socio, avrebbe potuto accertare l'infondatezza della prima sentenza, non per renderla inoperante verso i soci, ma al contrario per attribuire alla perdita che ne era derivata una qualifica idonea ad assicurarne la ripartizione.

Ulpiano, a distanza di più di un secolo da quegli autori, approvava la loro risposta e richiamava per analogia un'altra soluzione, suggerita già nel I sec. a.C. da Servio Sulpicio Rufo. Essa si riferiva al caso in cui si chiedesse la ripartizione della perdita derivante da condanna giudiziaria relativa a fatti di qualunque genere (e non soltanto al delitto di *iniuria*) e sosteneva che si sarebbe dovuto distinguere tra soccombenza ingiusta e soccombenza provocata dallo stesso socio con la sua assenza dal giudizio ⁽¹⁰⁾, per ammettere la ripartizione nel secondo caso e negarla nel primo. Evidentemente tanto Servio quanto gli altri giuristi, mentre presupponevano ormai come cosa ovvia la possibilità di dichiarare l'ingiustizia di una sentenza, consideravano la sentenza ingiusta come una calamità o una disgrazia che, in quanto causava un danno economico, dava luogo al problema di stabilire chi lo doveva sopportare.

Il medesimo punto di vista appare adottato in altri testi, a cominciare da quello che viene ora in esame.

⁽¹⁰⁾ A causa della rilevanza assegnata all'assenza di una parte durante la fase *apud iudicem* il testo fu adottato dal PERROT, ZSS 14, 1893, 260 n. 3, come prova che anche nel processo formulare si applicava il principio, risalente alle XII tavole, secondo cui si doveva dare torto all'assente (cfr. PEROT, *op. cit.*, 30; ARD, *op. cit.*, 81). La conclusione non è però pacifica (WIKER, *Intinzioni di procedura civile romana*, Milano 1936, 207; MARROUX, *Efficiacia pregiudiziale*, 60). Comunque, è da ritenere che la soluzione di Servio sarebbe stata giustificata, anche se la soccombenza dell'assente non fosse stata automatica, poiché, data l'innegabile influenza di fatto dell'assente, si sarebbe sempre potuto dire che la condanna del socio era stata causata da lui stesso col rimanere assente.

D. 46, 8, 22, 2 (Iul. 56 dig.) *Quod si procurator per iudicem non debitam pecuniam exegisset, dici potest, siue ratum dominus habuisset siue non habuisset, [fideiussores] < sponsores > non teneri, vel quia nulla res esset, quam dominus ratam habere possit, vel quia nihil stipulatoris interest ratum haberi; adiciatur ergo iniuria is, qui procuratori solvit, magis tamen est, ut, si dominus ratum non habuerit, fideiussores teneantur* ⁽²⁷⁾.

Esaminando gli effetti della *stipulatio* con cui il *procurator*, e insieme con lui alcuni *sponsores* (nell'epoca giustinianea sostituiti da *fideius-*

⁽²⁷⁾ Il testo è stato considerato più e meno spesso dal SOLAZZI, *Antica procuratoria arca mandata*, in *RIL*, 57, 1924, 313 ss. (= Studi, 2, 61 ss.), dal DONATUTI, *Studi sul procurator*, I, in *RG*, 80, 1923, 200, dal RECHNITZ, *Studien zu Salvius Iulianus*, Weimar 1925, 70 s., dal DREIER, *Romanistische Studien*, in *Zeitschr. f. Rechtsgesch.*, 10, 1920, 240. In particolare è stata ritenuta superflua l'alternativa « siue ratum dominus habuisset siue non habuisset » (e il Solazzi l'ha voluta anzi sostituire con l'alternativa tra la sussistenza e la mancanza del mandato), mentre essa vuole sottolineare l'irrelevanza della ratificatio in questa ipotesi (a differenza, p. es., che in quella di indebito riscosso in via stragiudiziale: v. il p. del frammento); e si è inoltre espunta la prima motivazione « vel quia nulla res esset, quam dominus ratam habere possit », argomentando (Donatuti) dall'esset che contrasterebbe con l'istitutio della seconda motivazione (ma Rechnitz corregge « esset » in « est ») e soprattutto dall'incertezza (in sé inconcepibile) che Giuliano dimostrerebbe esistendo fra due motivazioni, mentre non v'è affatto incertezza, poiché Giuliano non propone un'alternativa fra due motivi, bensì una duplicità di motivi, a seconda del punto di vista adottato. Precisamente, la prima motivazione è adottata dal punto di vista dell'oggetto di un'eventuale ratificatio, per far notare che, non avendo il pagamento compiuto dal convenuto condannato né l'effetto di liberarlo dal debito, né quello di legittimarlo alla condicio indebiti, la ratificatio sarebbe stata priva di oggetto, perché si sarebbe riferita a un atto del procurator che non poteva avere nessun effetto per il dominus ratificante; a torto il Donatuti richiama D. 46, 8, 16 pr. (Pomp. 3 de Plaut.), « ov'è detto che il dominus può ratificare l'indebitum pagato al procuratore », giacché qui si trattava di un indebitum, che dava luogo a condicio, perché stragiudiziale, mentre nel nostro caso l'indebitum, essendo giudiziale, non costituiva il presupposto di una condicio indebiti, che, in seguito alla ratificatio, risultasse esperibile contro il dominus; e a torto, d'altra parte, il Solazzi vuol spiegare la mancanza di oggetto della ratifica con la presenza di un mandato che se avesse avuto l'effetto da lui supposto, avrebbe reso irrilevante la distinzione tra sentenza giusta e ingiusta. Quanto alla bizzarra tesi del Rechnitz, secondo cui sarebbe interpolata la frase « adiciatur ergo iniuria qui procuratori solvit », basta notare che egli ritiene « iniuria » in concetto etico, anziché giuridico, in quanto non tiene presente che ivi dovevansi intendere « iudicia », e che l'esperzione iniuria iudicia, frequentemente attestata dalle fonti, aveva un preciso significato giuridico. In definitiva solo l'ultima proposizione « magis tamen est » è assurda, in quanto apertamente contraddice il resto del passo, deve ritenersi interpolata, come si spiega nel testo e anche infra.

sores), garantivano al terzo che l'interessato (*dominus*) avrebbe ratificato gli atti per lui compiuti. Giuliano, nell'ampio frammento riportato in D. 46, 8, 22, si prospettava diverse ipotesi di riscossione di denaro per conto del *dominus* da parte del *procurator*: nel *principium* e nel § 1 trattava della riscossione stragiudiziale, rispettivamente, di denaro non dovuto e di denaro dovuto, nei §§ 2 e 3 trattava invece della riscossione giudiziale ugualmente di denaro non dovuto e di denaro dovuto. Inserito il nostro brano in questa più vasta trattazione il suo significato riesce chiaro. Giuliano affermava che nell'ipotesi prospettata, diversamente che in tutte le altre, la *stipulatio de rato* praticamente non operava e che quindi i garanti non risultavano vincolati verso il terzo che aveva pagato; e la ragione da lui addotta si riassume nella negazione che ci fosse qualcosa da ratificare o che esistesse un interesse del terzo a ottenere la ratifica: infatti questa non avrebbe potuto servire (come poteva invece nel caso considerato nel *principium*) a rendere il *dominus* soggetto alla *condictio indebiti*, perché, essendo il pagamento avvenuto in seguito a sentenza, nessuna *condictio indebiti* era ammissibile; e non poteva servire a impedire una seconda azione da parte del *dominus*, perché una seconda azione era di per sé impossibile per l'accertata inesistenza di un credito a favore del *dominus* ⁽²⁸⁾.

⁽²⁸⁾ In generale il significato di questo passo sottilissimo non è stato interamente capito, e di qui sono sorte le varie congetture di alterazione. Già il COEACIO, *Opera*, III, 1337, nonostante un'ampia disamina, non aveva trovato la vera spiegazione della seconda motivazione; e non la trovarono di recente né il SOLAZZI, *RIL*, 57, 1924, 314 (= *Studi*, II, 618 s.) né il DARTVILLIER, *Revue de droit*, 120. Questi tenti di chiarire il discorso giuliano, dicendo che « le dominus ne peut plus réclamer l'argent au stipulant puisque le paiement a été effectué sur l'ordre du juge, et ne peut plus être révoqué », ma, se una simile spiegazione reggesse, ne deriverebbe che, anche se la sentenza fosse stata giusta, il convenuto non avrebbe avuto interesse alla ratifica. In verità, come la prima motivazione non può essere capita, se non si pensa all'imammissibilità di una *condictio indebiti*, così la seconda motivazione rimane oscura, se si dimentica che, riacquisita la somma da parte del *procurator*, il *dominus* avrebbe potuto in teoria agire una seconda volta e che nella specie questa possibilità gli era invece preclusa dal fatto che l'atto non esecutiva.

È vero che il presupposto, su cui mi fonda, ossia la negazione che il *procurator*, agendo in giudizio, consumasse l'azione del *dominus*, sebbene conforme all'opinione tuttora dominante, è stato di recente, come già da altri in passato, vigorosamente contestato dal BOCCACCIO, *Procurator e preclusione processuale*, in *Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari*, 38, 1955-56, 151 ss. Ma, pur senza potere discutere ora l'intero suo assunto, osserverei che egli stabilisce un'inesatta contrapposizione tra *procurator* con mandato e gestore privo di incarico, laddove la casistica

Vediamo operare in questo passo, più chiaramente che non in altri, una duplice valutazione della sentenza: essa, avendo dichiarato l'esistenza di un debito, esclude che chi l'ha pagato possa avere la *condictio indebiti*; ma l'accertamento successivo della sua infondatezza dimostra che in realtà nessuna azione spettava prima, nè può spettare poi, al *dominus* e che, non esistendo quindi il rischio di una nuova domanda da parte di costui, una sua ratifica non avrebbe scopo nemmeno sotto questo aspetto. Pertanto il problema di stabilire chi dovesse sopportare il danno della sentenza ingiusta (anche qui l'ingiustizia del giudice era vista come un caso fortuito che causava danno) veniva risolto da Giuliano in termini di pura logica, a prescindere dalle considerazioni di giustizia distributiva che si notano in altri passi. Simili considerazioni tuttavia si fecero sentire sui rielaboratori del passo (probabilmente i giustiniani), i quali, formati in un ambiente che non riconosceva all'*iniuria iudicis* la rilevanza classica e incapaci quindi di apprezzare il ragionamento rigoroso (e, se vogliamo, un po' formalistico) di Giuliano, disapprovarono la sua conclusione e la contraddissero con una manifesta interpolazione («*magis tamen est - teneantur*»), in forza della quale i garanti (che ora erano veramente *fideiussores*) sarebbero stati vincolati in caso

romana ci offre un panorama molto più vario: *procurator omnium bonorum* debitamente preposto dal *dominus*; *procurator omni. bon.*, a cui il *dominus* avesse conferito uno specifico mandato (cfr. p. es. D. 17, 1, 10, 5, Ulp. 37 *ad ed.*; D. 41, 1, 13 pr., Ner. 6 *reg.*; D. 41, 2, 42, 1, Ulp. 4 *reg.*); *procurator ad litem*, che aveva ricevuto il solo incarico (mandato) di stare in giudizio; semplice gestore, senza *praepositio* né mandato, il quale, equiparato un tempo e da alcuni al *procurator* (Gal. 4, 84), fu poi probabilmente escluso dal ruolo di sostituto processuale dell'attore, in seguito all'introduzione dell'*exceptio procuratoria*. Ciò posto, il *procurator* con mandato, la cui *litis contestatio* potrebbe avere avuto effetto consuntivo (lascio però ai Solazzi e al Bonifacio la responsabilità, come il merito, di questa affermazione), sarebbe da identificare con la seconda figura sopra accennata e, tutt'al più, con la terza (*procurator ad litem*), in modo che si dovrebbe nondimeno ammettere l'esistenza di un autentico *procurator* (non soggetto cioè all'*exceptio procuratoria*), il quale non consumava l'azione del *dominus* e proprio perciò doveva prestare la *cautio de rato*; tale sarebbe infatti almeno il *procurator omnium bonorum* ordinario. Ora, tutto il discorso di Giuliano, dato che considera anche riconsolazioni stragiudiziali e non menziona il mandato, è da riferirsi appunto a questo *procurator omni. bon.*, che, pur fondandosi su un'investitura del *dominus*, non aveva però ricevuto uno specifico mandato ad agire per lui in giudizio e quindi (egli almeno) non consumava la sua azione. Tanto basta per la retta interpretazione di D. 46, 8, 22, 2.

di mancata ratifica e avrebbero quindi risarcito il terzo del danno che avesse subito in seguito a un nuovo processo intentatogli dal *dominus* (29).

7. Passiamo al secondo gruppo (ingiustizia fatta valere nei confronti di un terzo da una delle parti); anch'esso è composto essenzialmente di due testi:

D. 3, 3, 46, 4 (Gal. 3 *ad ed. prov.*) *Procurator ut in ceteris quoque negotiis gerendis, ita in litibus ex bona fide rationem reddere debet, itaque quod ex lite consecutus erit sive principaliter ipsius rei nomine sive extrinsecus ob eam rem, debet mandati iudicio restituere usque adeo, ut et si per errorem aut iniuriam iudicis non debitum consecutus fuerit, id quoque reddere debeat.*

(29) L'eventualità di una seconda azione da parte del *dominus* è esplicitamente considerata dal § 4 del nostro stesso frammento, che per altro deve essere stato rimaneggiato e riesce quindi poco chiaro: «*Cum autem procurator recte petiti, dominus perperam, non debet procurator prestare, ne iniuria iudicis dominus aliquid consequatur: nunquam enim propter iniuriam iudicis fideiussores obligantur, verum tamen est hoc casu fideiussores non nisi in impensas litis teneri*». Secondo me, il passo, che era strettamente collegato col § 2, trattava di due problemi distinti, che, a causa del rimaneggiamento, sono risultati confusi: quello dei rapporti fra *procurator* e *dominus* e quello della responsabilità degli *sponsarii* (*fideiussores*). Mi pare inoltre che la situazione considerata da Giuliano, dato il suo duplice richiamo all'*iniuria iudicis*, fosse quella di una prima azione (ingiustamente) vittoriosa del *procurator*, seguita da una seconda azione, rimasta senza successo, del *dominus*, e che quindi, riguardo al primo problema, egli negasse l'obbligo del *procurator* di restituire al *dominus* la somma riscossa (posizione tuttavia contraria, come vedremo, a quella che Gaio fa una situazione analoga ritenere ovvia (D. 3, 3, 26, 4) e che, riguardo al secondo problema, ribadisce, nonostante il tentativo del *dominus* di riscuotere a sua volta il credito, l'assenza di responsabilità dei garanti della *cautio de rato*. Diversa fu invece in proposito l'opinione di Marcello (riportata nel § 5), il quale, riferendosi però forse anche al caso di condanna giusta ottenuta dal *procurator*, ritenne che i garanti, se la seconda azione era rimasta infruttuosa, fossero se non altro responsabili per le spese della seconda lite. Da questa opinione i giustiniani furono probabilmente indotti a inserire nel § 4, già di per sé rimaneggiato, la proposizione finale «*verum tamen est hoc casu fideiussores non nisi in impensas litis teneri*». Per un'altra ricostruzione, a mio giudizio non giustificata, della fattispecie e quindi della soluzione v. comunque CUIACIO, *Opera*, III, 1338, e DAVILLIER, *Iniuria iudicis*, 122 s.

L'eventualità di una seconda azione da parte del *dominus* è esaminata anche da D. 46, 8, 2, 1 (Ven. 15 *alp.*); ma il passo non suppone l'esistenza del credito né quindi un'ingiusta condanna ottenuta dal *procurator*, sicché, nonostante il suo interesse intrinseco, dobbiamo ora lasciarlo da parte.

È probabile che qualche parte del passo sia spuria, ma deve ritenersi ingiustificata l'espunzione totale che ne ha proposta il Donatutti⁽⁴⁶⁾; e certo rispecchia il pensiero giuliano la soluzione che ci interessa, ossia che il *procurator* deve rendere conto al principale di ciò che ha conseguito agendo in giudizio per lui, anche se, a causa di errore o *iniuria* del giudice, ha ottenuto quel che al principale non spettava⁽⁴⁷⁾. È degno di nota che questa soluzione non viene affatto fondata su principi concernenti la sfera di efficacia della *res iudicata*, ma appare invece trovare la sua giustificazione nel principio sostanziale secondo cui l'obbligo del *procurator* si commisurava a quanto egli avesse di fatto conseguito da terzi nell'espletamento del suo ufficio, prescindendo dal sapere se ciò era o no dovuto al principale. La medesima soluzione si adottava, se un pagamento indebito era stato ottenuto in via stragiudiziale (cfr. D. 3, 5, 22, Paul. 20 ad ed., che si riferisce in generale a un *negotiorum gestor*)⁽⁴⁸⁾.

D. 20, 5, 12, 1 (Tryph. 8 disput.) *Si aliena res pignori data fuerit et creditor eam vendiderit, videamus, an pretium quod percipit creditor liberet debitorem personali actione pecuniae creditae, quod vere responderetur, si ea lege vendidit, ne evictionis nomine obligaretur et cum per iniuriam iudicis domino rem,*

⁽⁴⁶⁾ DONATUTTI, *Studi sul proc.*, II. *Versus et falsum procurator*, in *Annali Perugiae*, 33, 1927, 695; contro già SOLAZZI, *RIL.*, 57, 1924, 314 n. (= *Scritti*, 2, 618 n. 34), che limita la congettura di interpolazione, oltre che ad alcune parole che qui non interessano, all'alternativa « per errorem aut iniuriam », da lui semplificata in « per iniuriam ». Io difenderei invece, a quest'ultimo riguardo, la lezione giustiniana, non vedendo perché i compilatori o anche un glossatore postclassico avrebbero dovuto aggiungere « errorem aut », data la loro sostanziale indifferenza per l'intero problema dell'*iniuria iudicis*, così come veniva prima impostato.

⁽⁴⁷⁾ Si ricordi che, quando il processo era condotto da un *procurator*, questi faceva bensì valere il diritto del dominus, ma la condanna era pronunciata a suo nome e a lui spettava l'actio *iudicialis*. Si ricordi, d'altro lato, che Giuliano in D. 46, 8, 22, 4 proponeva probabilmente una soluzione contraria, in quanto escludeva che il dominus dovesse avvantaggiarsi dell'*iniuria iudicis*. Siccome però questo passo appare rimaneggiato e la sua interpretazione può essere discussa, ho ritenuto opportuno non includerlo fra quelli essenziali di questo gruppo.

⁽⁴⁸⁾ Nel quadro dei rapporti fra l'erede, venditore dell'eredità, e il compratore, Giuliano, ossia lo stesso giurista a cui è dovuta la soluzione menzionata nella nota precedente, affermava che l'erede, il quale avesse riscosso un indebito, poteva tenersi per sé la somma (D. 18, 4, 2, 7, Ulp. 49 ad Sab.); ma è sostenibile la tesi che egli si riferisse soltanto a una riscossione stragiudiziale. Sul passo, e particolarmente sulla sua seconda parte, v. anche infra.

quae debitoris non fuisset, abstulisset creditor, quasi obligatam sibi, et quaereretur, an soluto debito restitui eam oporteret debitori, Scaevola noster restituendam probavit.

Nell'esaminare se il creditore, avente in pegno una cosa altrui, potesse intendersi soddisfatto col prezzo ricavato vendendo tale cosa a un terzo, Trifonino richiama per analogia la soluzione suggerita dal suo maestro Cervidio Scevola nel caso in cui il creditore, avente in garanzia una cosa altrui, fosse riuscito, grazie a una sentenza ingiusta, a strappare la cosa al vero dominus: il debitore avrebbe avuto nondimeno diritto alla restituzione di tale cosa⁽⁴⁹⁾. Nemmeno qui venivano propriamente in discussione gli effetti della *res iudicata*, in quanto Scevola non fondava il suo responso sull'estensione al debitore degli effetti favorevoli della sentenza, ma sulla corretta individuazione dei presupposti di fatto da cui dipendeva l'obbligo di restituzione del creditore garantito: non importava che la cosa fosse altrui, bensì che essa fosse stata concessa in garanzia dal debitore e che il creditore ne avesse il possesso al momento in cui veniva soddisfatto. Se mai, un riferimento ai problemi specifici della cosa giudicata può vedersi in un ulteriore motivo, che il giurista tenne forse presente, per lasciandolo inespresso, e che è enunciato in un altro testo riguardo a una diversa fattispecie: non potere colui che aveva ottenuto una sentenza favorevole sostenere, rispetto a un terzo, che essa era stata ottenuta ingiustamente (D. 30, 50, 1, Ulp. 24 ad Sab.)⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁹⁾ Il passo menziona anche il caso della riscossione da parte del creditore di frutti superiori a quelli spettanti e, nello stesso ordine d'idee, ritiene che essi debbano essere conteggiati a scomputo del debito garantito. Ma questo punto del passo, come del resto altri che si sono omessi, è stato oggetto di varie congetture di alterazione (cfr. *Ind. int.*; altra letteratura in BURRUS, *Les commissariae et ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino 1949, 180 n. 1, che, per parte sua, si limita ad ammettere un generico rimaneggiamento (175 n. 31)).

⁽⁵⁰⁾ La prima parte di questo testo è già stata esaminata (infra n. 3) e qui non interessa. La seconda parte suona: « si tamen secundum substantiam pronuntiat, an ille legataris tenetur, videamus; et cum ius facit haec pronuntiat quod attinet ad ipsius personam, nequid legataris tenetur nec enim tam infirme causari potest secundum se indicatum per gratiam, respondit ipsius et legataris, ut creditoribus ». Il brano è probabilmente tutto una parafrasi (cfr. EHRARD, *Die Digestenfragmente auf formalen hypothecarium*, Leipzig 1917, 111 n.) e quindi, come non è giustificata l'espunzione totale, così non è possibile discutere sulla genuinità di singole parole né prendere alla lettera la proposizione « nec enim tam infirme causari potest secundum se indicatum per gratiam, respondit ipsius et legataris ». La sostanza tuttavia, per quanto a noi interessa, deve ritenersi classica: ossia, presupposto che sussistessero i requisiti per il trasferimento dell'eccezione dei legati al sostituito.

8. I testi i quali, prospettando l'allegazione dell'ingiustizia ad opera di un terzo che mira in tal modo a rendere la sentenza inoperante nei suoi riguardi, ammettono che questa rimanga in realtà priva di effetti verso di lui, concernono tre classi di casi.

a) La prima classe su cui mi soffermo è quella del fideiussore che, essendo stato ingiustamente condannato verso il creditore, si fonda su questa condanna per esercitare contro il debitore principale l'*actio mandati* a titolo di regresso, mentre il debitore rifiuta il rimborso, adducendo appunto l'ingiustizia della condanna:

D. 46. 1. 67 (Paul. 3 *ad Nerat.*) *Exceptione, quae tibi prodesse debet, usus iniuria iudicis damnatus es: nihil tibi praestabitur iure mandati, quia iniuriam, quae tibi facta est, penes te manere quam ad alium transferri aequius est, scilicet si culpa tua iniustae damnationis causam praebuisti.*

Il passo si riferisce, come è palese, a un caso concreto. Forse questo era stato già sottoposto a Nerazio e Paolo lo riprese in esame, dando quindi in sostanza al suo discorso una portata più generale: un fideiussore si era sentito obbiettare dal debitore principale che nessun rimborso gli spettava, perché il creditore avrebbe potuto essere respinto mediante un'*exceptio* (46), e allora chiese un parere al giurista.

tuto (su di essi e sulla loro evoluzione ampiamente Grosso, *I legati*, I, Torino 1935, 301 ss.), si deve ammettere che la sentenza contraria all'istituto, ma favorevole al sostituto, non potesse da questi essere disconosciuta nei confronti dei legatari, i quali dunque, mentre erano pregiudicati dalla sentenza ingiusta che, escludendo l'istituto, faceva cadere il testamento, vedevano invece fatti salvi i loro diritti, se la sentenza, pur contraria all'istituto, lasciava sopravvivere il testamento grazie all'accertamento di una valida sostituzione. In altri termini il passo vuol dire che le pretese dei legatari, le quali potevano sempre essere respinte dall'istituto, sebbene essi allegassero l'ingiustizia della sentenza, non potevano però essere respinte anche dal sostituto, il quale volesse, a sua volta, allegare l'ingiustizia della pronuncia a lui favorevole. Una diversa interpretazione del passo in MARRONE, *Efficacia pregiudiziale*, 140 s., che è influenzato dal modo in cui intende la prima parte del passo medesimo (supra n. 5), e in BERTI, *Trattato cit.*, 159 ss. e 472 n. 2, che, pur in un ordine di idee simile a quello ora da me accolto, presuppone però la mancanza dei requisiti idonei a porre i legatari a carico del sostituto.

(46) L'importanza dell'omissione di un'*exceptio* opponibile al creditore emerge fra l'altro da D. 17. 1. 10, 12 (Ulp. 31 *ad ed.*); ed. 29 pr. (Ulp. 7 *disp.*); nei quali passi cfr. SZCZAK, *Le garanzie personali* (corso lit.), Torino 1934, 139 ss.; SACHS, *Zur Lehre von der Haftung des Mandatars*, in ZSS 59, 1939, 447 n. 1, 449.

(47) *Die Kontrahenten und das Unstättprinzip*, in ZSS 38, 1907, 104.

facendo presente che l'*exceptio* era stata da lui effettivamente opposta, ma che il giudice l'aveva nondimeno condannato; Nerazio, a cui fece eco Paolo, rispose che in tal caso egli aveva subito un'ingiustizia e che la sua pretesa di trasferire il relativo danno a carico del debitore principale non risultava giustificata. Non mi pare dubbio che la risposta di entrambi i giuristi si arrestasse a questo punto; il testo giustiniano invece prosegue limitando la portata della suddetta soluzione all'ipotesi (del tutto contraddittoria, come nota il Köbler (48), con la fattispecie descritta all'inizio), nella quale il fideiussore avesse dato colposamente causa alla condanna. Si tratta di un'aggiunta che è da ritenere spuria (49).

Sarebbe tuttavia un errore volere desumere da questo passo l'esistenza nell'epoca classica di un principio generale secondo cui il debitore principale avrebbe potuto dimostrare l'ingiustizia della condanna subita dal fideiussore e in tal modo esimersi dall'obbligo di regresso. Già di per sé questa deduzione di principi da soluzioni particolari dei giuristi è compito delicato da svolgersi con cautela; ma riguardo ai rapporti tra fideiussore e debitore principale, diversamente che in materia di evizione, essa è probabilmente da escludere, perché un rescritto di Marco Aurelio e Lucio Vero, riportato da Ulpiano e della cui genuinità non abbiamo ragione di dubitare, segue, riguardo agli stessi rapporti, un indirizzo alquanto diverso.

D. 17. 1. 8, 8 (Ulp. 31 *ad ed.*) *Si hi, qui pro te fideiussurati, in maiorem quantitatem damnati, quam debiti ratio exigebat, scientes et prudentes auxilium appellationis omiserunt, poteris mandati agentibus his acquitate indicis tueri te* (50).

Il debitore principale era ammesso a disconoscere la sentenza, con cui i fideiussori erano stati condannati a una somma maggiore della

(48) Cfr. Ind. int. ad l. 1; add. SZCZAK, *Le garanzie personali*, 146, 175; DAUTVILLIER, *In iura delicta*, 125, che considera l'aggiunta una glossa postclassica (analogamente CILICIO, *Opera*, IV, 185); mentre a me sembra piuttosto una volontaria alterazione giustiniana; MARRONE, *Efficacia pregiudiziale*, 175. Il BERTI, *Trattato cit.*, 163 n. 1, ammette anche la possibilità, prospettata dal LEXEL, *Palinodia*, I, 1143 n. 1, che si tratti di una nota critica di Paolo a Nerazio, il che mi sembra però assai poco verosimile.

(49) Sul punto cfr. BIERLIN, *Beiträge*, V, 3; SACHS, ZSS 59, 1939, 451 n. 2; ARANGO RUIZ, *El mandato*, Napoli 1949, 167. Da questi autori non è però illustrato il rapporto fra il testo in esame e D. 46. 1. 67; v. invece KÖBLER, ZSS 38, 1907, 104 n. 3.

giusta, solo se i fideiussori avevano consapevolmente omissso di appellare. L'importanza che così si assegna all'appello è, certo, da mettere in relazione col fatto che la disposizione proviene da imperatori e che l'appello era appunto un istituto imperiale. Ma essi, con ogni probabilità, non avrebbero disposto in tal modo (come altri imperatori non disposero in tal modo riguardo all'evizione), se il principio dell'inopponibilità al debitore principale della sentenza ingiusta fosse stato largamente seguito dai giuristi classici. È interessante, in ogni modo, che Marco Aurelio e Lucio Vero furono indotti dalla peculiarità del caso a seguire un indirizzo destinato a generalizzarsi più tardi, quello di considerare l'*iniuria iudicis* essenzialmente come un presupposto dell'appello in modo che essa poteva avere rilevanza, quale motivo che consentisse a un terzo di disconoscere la sentenza nei suoi riguardi, solo se fosse accompagnata da una negligente omissione dell'appello da parte del soccombente.

La medesima soluzione è enunciata alla fine di un rescritto di Diocleziano:

C. 4. 35, 10 (Diocl. et Max. AA. et CC. Aurelio Paio) *Fideiussorem vero seu mandatorum exceptione munitum et iniuria iudicis damnatum et appellatione contra bonam fidem minime usum non posse mandati agere manifestum est.*

Poiché il quesito posto alla cancelleria imperiale, e che si desume dalla prima parte del testo, pur riguardando l'azione di regresso del *fideiussor seu mandator* verso il debitore principale, presupponeva una situazione di fatto del tutto diversa, si può essere indotti a ritenere spuria la massima sopra riportata ⁽⁴⁰⁾.

Certo, essa rispecchia la rilevata tendenza a concepire l'*iniuria iudicis* come un vizio che poteva colpire solo la sentenza appellabile e a degradarla inoltre a mero elemento di una fattispecie più complessa comprendente, oltre l'*iniuria*, la negligenza del soccombente (il

⁽⁴⁰⁾ Cfr. SERRA, *La garanzia personale* cit., 175; DAUVILLIER, *Iniuria iudicis*, 125. Non si può tuttavia escludere, sebbene appaia poco probabile, che per un imperfetto compimento di quell'opera di massimazione che le costituzioni originali possono avere subito prima ancora di essere inserite nei codici Gregoriano e Ermogeniano (cfr. VOLTERRA, *Intorno ad alcune costituzioni di Costantino*, in *Rend. Acc. Lincei*, Cl. scienze mor., ser. VIII, 13, 1956, in specie 71 ss.) sia stato obliterato il nesso fra tale massima e un secondo quesito, a cui gli imperatori rispondevano, oppure che la massima, pur genuina, sia stata desunta da un altro rescritto.

quale p. es. non si fosse valso dell'*auxilium appellacionis*). È una tendenza che, come abbiamo visto e ancora vedremo, i giuristi classici non seguivano.

b) A una seconda classe di casi si riferisce l'opinione di Labeone citata da Pomponio nel frammento che abbiamo già preso in esame (D. 40, 7, 29, 1). Come si ricorderà, si tratta di una manomissione sotto la condizione che lo schiavo desse una certa somma all'erede e si ipotizzava l'insorgere di una controversia tra l'erede testamentario e un altro che si pretendeva erede *ab intestato*. L'opinione di Quinto Mucio era stata che, se lo schiavo aveva dato la somma all'erede testamentario e questi aveva vinto, lo schiavo era libero, mentre rimaneva in schiavitù, se la vittoria aveva arriso all'altro contendente. Ma Labeone sollevò una riserva:

Labeo hoc, quod Quintus Mucius scribit, ita putat verum esse, si re vera lege ab intestato heres fuit is qui vicit: nam si iniuria iudicis victus esset scriptus verus heres ex testamento, nihil minus eum paruisse conditioni ei dando et liberum fore.

Molti autori, muovendo dal presupposto che la vittoria dell'erede *ab intestato* non poteva non presupporre l'inesistenza, la nullità o almeno l'«inofficiosità» del testamento e che una manomissione testamentaria, a sua volta, era di necessità inesistente o invalida, se il testamento mancava o veniva fatto cadere, ritengono che la questione affrontata da Quinto Mucio, Labeone e giuristi successivi fosse quella di sapere se la sentenza, la quale, pronunciando in una controversia fra i due pretendenti all'eredità, avesse accertato la mancanza o l'invalidità del testamento, facesse stato nei confronti del manomesso. Pertanto attribuiscono a Labeone la tesi, secondo cui un terzo (il manomesso) avrebbe potuto rimettere in discussione quella sentenza e, dimostratala ingiusta, fare considerare esistente o valido il testamento agli effetti della manomissione, pur rimanendo ovviamente ferma la decisione in tema di eredità ⁽⁴¹⁾. Ma, come ho già accennato ⁽⁴²⁾, questa interpretazione, pur suggestiva, non convince, perché è in disaccordo col tenore del passo, il quale, sebbene

⁽⁴¹⁾ Così soprattutto, fra gli autori più recenti, DAUVILLIER, *Iniuria iudicis*, 77 s.; MARRONE, *Efficacia pregiudiziale*, 219 s.; WOLFF, *Tulane Law Rev.* 33, 1959, 536 s.

⁽⁴²⁾ *Supra* n. 22.

sia abbastanza diffuso, non accenna minimamente a un'eventuale inesistenza o invalidità della manomissione, bensì concentra tutto il suo interesse sulla determinazione del destinatario della somma dovuta dallo *statuliber*: si insiste infatti sempre sul fatto che lo *statuliber* abbia dato o dia successivamente la predetta somma all'uno o all'altro dei contendenti; Labeone parla del valore del pagamento effettuato all'*heres scriptus* come adempimento della condizione («*eum paruisse conditioni ei dando*»); i giuristi successivi, a loro volta, applicano per analogia una disposizione decemvirale, che non si riferiva affatto al modo di sanare manomissioni divenute invalide per la caduta del testamento, ma al modo con cui lo *statuliber* poteva adempiere alla condizione di versare una somma all'erede, dopo che l'erede l'aveva alienato. Non nego che la fattispecie, così come ci appare dal testo, potesse dare luogo logicamente alla questione prospettata da quegli autori; ma non ritengo possibile che giuristi, i quali sapevano scrivere non meno che ragionare, affrontassero e risolvessero in modo implicito una questione di quell'importanza⁽¹⁰⁾. L'unico modo di non fare torto a quei giuristi (né a noi, interpreti moderni) è quello di supporre che, per dettagli di fatto o di diritto che ci sfuggono a causa dell'imperfetta tradizione manoscritta del testo⁽¹¹⁾, la questione della validità della manomissione qui non si potesse.

La portata della soluzione labeoniana appare dunque più modesta, ma degna ugualmente di rilievo. Essendo il destinatario della somma, il cui pagamento costituiva un onere per lo *statuliber*, determinato per *relationem*, in base alla titolarità di un'altra situazione giuridica (eredità), la sentenza che avesse accertato o costituito questa titolarità poteva influire sulla determinazione di quel destinatario⁽¹²⁾.

⁽¹⁰⁾ Si badi che la soluzione non poteva sottintendersi come pacifica, dato che invece in un altro passo ci è attestata proprio la soluzione opposta (D. 20, 1, 3 pr., l'ap. 20 *passim*) e che un terzo passo (D. 30, 50, 1, Ulp. 24 ad Sab.) lascia intendere che, almeno per i legati, la questione era se non altro discussa.

⁽¹¹⁾ Vi sono in verità nel testo errori e lacune evidenti: la somma dovuta dallo *statuliber* prima è indicata nella misura di dieci, poi di venti; la risposta di Quinto Mucio è omessa; prima figura vincitore l'*heres scriptus*, poi si suppone invece che la vittoria fosse toccata all'erede legittimo. Queste cose, più che non a manipolazioni postclassiche (contro cui da ultimo Wolff, *Tulius Labeo* Riv. 31, 1959, 534 n. 34), fanno appunto pensare a una scorretta tradizione manoscritta.

⁽¹²⁾ Che poi, nonostante questa influenza, lo *statuliber* debba nondimeno essere incluso tra i così detti "terzi indifferenti" (Berti, *Trattato* cit., 293 in relazione a p. 173) o che invece la qualifica di "terzo indifferente" spetti solo a chi non è titola-

Secondo Quinto Mucio l'influenza era assoluta, perché egli non concepiva l'eventualità di una sentenza ingiusta: erede rispetto allo *statuliber* doveva in ogni caso intendersi quello che avesse vinto il processo di eredità. Secondo Labeone, invece, la sentenza relativa alla controversia di eredità forniva soltanto una presunzione, che lo *statuliber* poteva superare, dimostrando che la sentenza era ingiusta, nel qual caso veniva considerato erede, agli effetti della somma dovuta dallo *statuliber*, chi era stato soccombente nel precedente processo. A loro volta, Aristone e Pomponio, mentre, come si è visto, ammisero anch'essi la rilevanza dell'*iniuria iudicis*, negarono invece che essa potesse fare considerare erede chi, sia pure a torto, era stato estromesso dal patrimonio ereditario e ritennero di riuscire a difendere ugualmente gli interessi dello *statuliber* col qualificare l'ingiusto vincitore del processo di eredità come acquirente derivativo dell'eredità stessa, in modo da potergli applicare la nota disposizione delle XII Tavole⁽¹³⁾.

c) La terza classe di casi è quella che sembra avere più attirato l'attenzione non solo dei giuristi, ma della stessa cancelleria imperiale: evizione subita dal compratore, che in conseguenza faceva valere la garanzia contro il venditore, e rifiuto di ogni responsabilità da parte di costui sul riflesso che la sentenza a favore del terzo rivendicante era ingiusta.

Una simile situazione non sembra si potesse verificare, quando, il compratore si fosse valso della garanzia scaturente in modo automatico dalla *mancipatio*, ossia dell'*auctoritas*, poiché questa si sarebbe estrinsecata in primo luogo nell'obbligo del venditore di intervenire nel processo a difendere il compratore contro il terzo e quindi la sentenza sfavorevole al compratore sarebbe stata pronunziata

lure di nessun rapporto dipendente o condizionato da quello deciso e debba essere esclusa quando, come nel nostro caso, un qualche nesso di pregiudizialità sussista tra la sentenza e la posizione del terzo (Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, 68 ss., 88 ss., 107 ss.), è problema di mera classificazione in base a categorie convenzionali moderne, dal quale qui dobbiamo prescindere.

⁽¹³⁾ Su ciò v. anche supra § 4. È da notare che questa soluzione proteggeva lo *statuliber* in modo assai meno intenso che quella patrocinata da Labeone, poiché non valeva a rendere efficace il pagamento che fosse già stato effettuato all'erede testamentario, ma rendeva soltanto possibile un veramente successivo all'erede ad intestato. Sotto questo aspetto la soluzione (da me non riportata), con la quale il brano si chiude e che, seguendo la dottrina sostanzialmente unanime, reputo spuria, rappresenta un progresso a vantaggio dello *statuliber*.

direttamente nei confronti del venditore, il quale non avrebbe potuto disconoscerla. La situazione descritta sarebbe invece potuta sorgere, quando il compratore fosse stato garantito da una delle varie stipulazioni (*habere licere, duplae*, ecc.) oppure direttamente, come cominciò a essere possibile nel corso dell'epoca classica, dall'*actio empti*; in questi casi infatti il venditore poteva benissimo rimanere estraneo al processo tra compratore e terzo⁽⁹⁾ e trovarsi quindi in grado di allegare l'infondatezza della decisione sfavorevole al compratore. Beninteso, l'infondatezza non era l'unico argomento che in ipotesi egli avrebbe potuto addurre per disconoscere l'efficacia della sentenza nei suoi confronti: un altro argomento sarebbe stato la mancanza di *denuntiatio* da parte del compratore (cfr. D. 21, 2, 55, 1, Ulp. 2 ad ed. aed. cur.; cod., 56, 4-7, Paul. 2 ad ed. aed. cur.) oppure l'assenza del compratore nella fase *apud iudicem* (cfr. D. 21, 2, 55 pr.) oppure ancora l'essere stata la sentenza emanata da un *arbitrator ex compromisso* (D. 21, 2, 56, 1). La discussione intorno alla rilevanza dell'*iniuria iudicis* presuppone il puntuale adempimento da parte del compratore degli oneri posti a suo carico: ammesso che egli non avesse accettato nessun *compromissum*, che avesse provveduto alla *denuntiatio* o che ne fosse stato esonerato, come non era raro in pratica⁽¹⁰⁾, e che si fosse presentato e difeso dinanzi al giudice, poteva assumere autonomo rilievo l'ipotesi che la sentenza fosse intrinsecamente ingiusta.

Ora, in una simile eventualità l'atteggiamento dei giuristi romani tra il II e il III sec., nonché della cancelleria imperiale nel III sec., si rivelò nettamente contrario all'efficacia della sentenza verso il venditore. Il problema sembra essere stato già noto a Labeone ancora sul finire del I sec. a.C., ma, data la particolarità della fattispecie considerata, non risulta chiaro quale fosse il suo orientamento:

D. 21, 2, 5 (Paul. 33 ad ed.) *Servi venditor peculium accessurum dixit, si vicarius evictus sit, nihil praestaturum venditorem*

⁽⁹⁾ Indubbiamente il venditore poteva intervenire nel processo, anche se il suo obbligo di garanzia derivava da tali fonti più recenti (ARANGIO RUJ, *La compravendita in diritto romano*, Napoli 1956, 326 e n. 31; per questo appunto gli si doveva fare la *denuntiatio* della rivendicazione intentata dal terzo. Ma egli aveva allora soltanto una facoltà, non un obbligo, e poteva anche non valersene. Del resto, spesso era stabilito l'esonero del compratore dalla *denuntiatio* (v. n. seg.) e quindi il processo tra lui e il terzo si poteva svolgere a completa insaputa del venditore.

⁽¹⁰⁾ Cfr. ad es. i documenti di vendita raccolti in ARANGIO RUJ, *Negotia*, n. 132, 133; nonché LERKE, *Edictum*, 568 n. 18.

Labeo ait, quia si ve non fuit in peculio, non accesserit, si ve fuerit, iniuriam a iudice emptor passus est: aliter atque si nominatim servum accedere dixisset: tunc enim praestare deberet in peculio eum esse.

Venduto uno schiavo col peculio e evitto da un terzo un altro schiavo compreso in questo peculio, Labeone negò che si potesse fare luogo alla garanzia per evizione, poiché il venditore non aveva dichiarato che nel peculio si trovasse quel dato schiavo *vicarius*; pertanto o il *vicarius* effettivamente non ne faceva parte, e allora di nulla avrebbe potuto dolersi il compratore, o invece ne faceva parte, e allora il compratore avrebbe dovuto dolersi soltanto dall'ingiusta decisione (che — sottinteso — sarebbe rimasta a suo carico). Ciò non dice nulla intorno alla soluzione che Labeone avrebbe adottata, qualora, asserita la presenza nel peculio di un dato schiavo *vicarius*, questo fosse stato ingiustamente evitto.

Anzi la nettezza con cui si dichiara la sussistenza dell'obbligo di garanzia autorizza a supporre che in tale secondo caso l'ingiustizia subita dal compratore non avrebbe avuto rilevanza, ossia non avrebbe escluso l'obbligo di garanzia.

La soluzione opposta è invece chiaramente attestata per la più tarda epoca classica:

V.F. 8 (Pap. 3 resp.) *Evictione citra dolum emptoris et iudicis iniuriarum secuta duplum ex empti iudicio secundum legem contractus praestabitur.*

V.F. 10 (Pap. 3 resp.) *Iniquam sententiam evictae rei periculum venditoris non spectare placuit neque stipulationem auctoritatis committere.*

D. 21, 2, 51 pr. (Ulp. 80 ad ed.) *Si per imprudentiam iudicis aut errorem emptor rei victus est, negamus auctoris damnum esse debere: aut quid refert sordibus iudicis an stultitia res perierit? iniuria enim, quae emptori fit, auctorem non debet contingere* (41).

C. 8, 44, 8 (Alex. A. Clementino) *Emptor fundi, nisi auctori aut heredi eius denuntiaverit, evicto praedio neque ex stipulatu*

⁽¹¹⁾ Il passo è probabilmente rimaneggiato; in particolare la domanda retorica «quid refert - stultitia res perierit?» ha tutta l'aria di un'aggiunta postclassica (PERROUX, *Les asseptions-jur. évictionem*, in ZSS 42, 1911, 659). Ma la sostanza è genuina, come è confermato dagli altri passi.

neque ex dupla neque ex empto actione contra venditorem vel fideiussorem eius habet. Sed et si iudicio emptor non adfuit, aut praesens per iniuriam iudicis victus est, absente auctore vel fideiussore, regressum adversus eum non habet ⁽⁸²⁾.

C. 8, 44, 15 (Philipp. A. et Philipp. C. Menandro) *Si non iniuria iudicantis, sed iuris ratione imperatus es, pignus ob evictionem acceptum solemniter persequi poteris.*

La medesima soluzione venne applicata in una permuta:

C. 4, 64, 1 (Gord. A. Thraseae militis) *Si, cum patreus tuus venalem possessionem haberet, pater tuus prolii nomine, licet non taxata quantitate, aliam possessionem dedit, idque quod comparavit non iniuria iudicis nec patris tui culpa evictum est, ad exemplum ex empto actionis non immerito id quod tua interest... consequi desideras.*

Era dunque sicuramente stabilito nel II-III secolo che il venditore (o chi vi poteva essere assimilato) era in grado di escludere la propria responsabilità per l'evizione subita dal compratore (o assimilato), se riusciva a dimostrare che la sentenza, in forza della quale questi era stato privato della cosa a favore di un terzo, era ingiusta. Spesso questa soluzione viene enunciata come un dogma; ma anche dove sembra darsene un accenno di giustificazione, non ci si fonda sulla natura o la sfera di efficacia della *res iudicata*, ma su considerazioni

⁽⁸²⁾ L'interesse di questo rescritto sta, fra l'altro, nell'enumerazione delle cause che giustificavano l'esclusione della garanzia: a) mancanza di denunziatio; b) assenza del compratore dal giudizio; c) ingiustizia della sentenza. Nelle ipotesi sub a) e sub b) la sentenza non era sicuramente ingiusta, ma l'irregolare contegno del compratore permittiva di presumere senza doverla provare; nell'ipotesi sub c) invece il venditore si liberava solo provando che « se vera » il terzo rivendicante non era proprietario. Il sistema in vigore nel nostro codice civile, su cui si è fatta sentire in qualche misura l'influenza romano-classica, in quanto non impedisce al riguardo da un contrario orientamento giustiniano, è però diverso, giacché, secondo l'art. 1485, solo la mancanza di chiamata in causa (che è più della *denunziatio*) o lo spontaneo riconoscimento del diritto del terzo (che è più dell'assenza dal giudizio), rende rilevante l'ingiustizia della sentenza, la quale poi non è presunta in modo assoluto, ma deve essere provata dal venditore (prima ipotesi) o può essere smentita dal compratore (seconda ipotesi). Sul significato di questa disposizione nel quadro degli ordinamenti principali regolanti la cosa giudicata cfr. in vario senso ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, 75 s., 219 ss.; LIEBMAN, *Corso di diritto processuale civile*, Milano 1932, 243; MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, I, Milano 1932, 303. Invece sul rescritto di Alessandro Severo v. anche DAUVILLIER, *Iniuria iudicis*, 113 ss.

di carattere sostanziale. Presupposto che la sentenza può essere ingiusta, la si paragona a una calamità e ci si domanda chi debba risentirne il danno, se l'alienante o l'acquirente (D. 21, 2, 51 pr. « *negamus auctoris damnum esse debere* ») oppure chi dei due debba sopportare il corrispondente rischio (V.F. 10 « *iniquum sententiam evictae rei periculum venditoris non spectare placuit* »), le quali questioni sono risolte alla luce dei principi sostanziali che si erano venuti affermando in tema di compravendita durante l'epoca classica.

9. Valutando nel loro insieme i testi studiati nei due paragrafi precedenti, se ne desume che i giuristi classici, mentre presupponevano la possibilità che gli effetti di una sentenza si ripercuotessero su terzi ogni qual volta essi fossero parti di un rapporto, la cui sussistenza o modo di essere dipendesse (per ragioni sostanziali) dalla sussistenza o dal modo di essere del rapporto deciso, ritenevano, d'altra parte, plausibile che si discutesse in proposito della fondatezza o meno della sentenza. E mentre, nonostante tale plausibilità, non accordavano in massima rilevanza all'ingiustizia, quando essa fosse opposta al terzo da una delle parti (e in specie da quella vittoriosa), viceversa gliela accordavano, quando l'ingiustizia era adottata dal terzo; e da ciò derivava che il rapporto già deciso potesse venire diversamente configurato, quando nel nuovo processo se ne trattasse come del presupposto (o uno dei presupposti) del rapporto facente capo al terzo.

Si potrebbe allora ritenere di avere individuato nell'operare dell'*iniuria iudicis* entro questi limiti il criterio generale, che i giuristi classici seguivano per risolvere i problemi dell'efficacia della sentenza rispetto ai terzi. E si potrebbe inoltre constatare che la teoria di diritto processuale moderno formulata decenni fa dal Liebman, secondo la quale l'efficacia naturale della sentenza (distinta per lui dall'autorità della cosa giudicata) comprenderebbe tanto le parti che i terzi, ma potrebbe essere impedita, nei confronti di un determinato terzo, dalla prova, che questi fornisse, dell'ingiustizia della sentenza medesima ⁽⁸³⁾, ebbe precisi precedenti storici (di carattere non solo

⁽⁸³⁾ LIEBMAN, *Efficacia e autorità della sentenza*, Milano 1935, in particolare 219 ss.; Id., *Assenza della sentenza e della cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 13, 1936, I, 237 ss., in particolare 255 ss.; Id., *Corso*, 235 s., 247 s. Fra le reazioni che questa tesi ha suscitato ricordiamo quelle del CARLUCCI, *Efficacia, autorità e immutabilità della sentenza*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 12, 1935, I, 205 ss.; del SATTA, *Efficacia e autorità della sentenza*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 33, 1935, I, 363 ss.; e del SEGGI, in *Studi stu-*

teorico ma anche pratico) nel periodo classico del diritto romano. Ma entrambe queste proposizioni devono essere sottoposte a serie riserve, già in parte anticipate nei paragrafi precedenti.

Supposto per il momento che le soluzioni riferite nei paragrafi 7 e 8 fossero l'espressione di un principio applicato a tutti i casi rientranti in quelle classi, non possiamo tuttavia dedurre che quel principio (rilevanza dell'*iniuria iudicis*, se addotta e provata nei confronti di una parte da un terzo trovandosi nelle situazioni ivi considerate, sua irrilevanza, se addotta e provata da una delle parti nei confronti di un terzo) servisse a stabilire in modo esauriente i così detti limiti soggettivi della cosa giudicata. Basta infatti dare un'occhiata alle fonti per accorgersi che si prevedeva la possibilità che i terzi si trovassero in situazioni diverse da quelle finora contemplate e che le soluzioni allora suggerite o applicate divergevano da quel principio, in quanto prescindevano dal problema dell'*iniuria iudicis*.

Non è possibile in questa sede esporre compiutamente le soluzioni romane in materia di limiti soggettivi della cosa giudicata e ordinarle storicamente e dogmaticamente⁽⁴¹⁾, in modo da delineare in proposito una vera e propria teoria. Ai fini che qui interessano basterà riferire alcuni dati sommari.

Dunque, vi erano terzi, ai quali la sentenza era in ogni caso opponibile: giusta o ingiusta, essa li vincolava, sicché non aveva rilievo la prova della sua eventuale infondatezza. Tali erano in primo luogo gli aventi causa e gli acquirenti in genere di diritti dipendenti⁽⁴²⁾, in quanto la sentenza fosse anteriore al loro acquisto o almeno (soluzione forse più tarda) in quanto avessero permesso al dante causa di stare in giudizio in vece loro: v. p. es. D. 44, 2, 28 (Pap. 27 *quest.*); D. 20, 1, 3, 1 (Pap. 20 *quest.*); D. 44, 2, 11, 10 (Ulp. 75 *ad ed.*); D.

sarzi, 14, 1936, 181 ss. Già nel primo decennio di questo secolo il KUTTER, *Nachrückungen*, 190 ss., aveva negato che l'ingiustizia della sentenza potesse venire allegata da terzi per evitare il ripercuotersi su di essi della sentenza medesima. Un punto di vista conforme almeno in parte a quello del Lieberman è espresso invece dall'ANDRIOLA, *Commento*, II, 636 s.

(41) Per questo secondo aspetto rimane fondamentale, se pure si possa non condividere talune impostazioni, l'opera del BATTI (*Trattato cit.*).

(42) È noto che, secondo un'opinione diffusa tra gli autori moderni, costoro non sarebbero veri terzi, in quanto, nella loro qualità di successori, si identificerebbero giuridicamente con la parte. Ma una simile tesi non sarebbe probabilmente proponibile per il diritto romano pregiustiniano, che non conosceva la figura dei successori a titolo particolare, bensì solo quella dei successori universali (eredi e assimilati).

42, 1, 63 (Mac. 2 *appell.*)⁽⁴³⁾. Tali erano inoltre i legatari e i mancomessi rispetto alla sentenza pronunciata contro l'*heres scriptus*: v. p. es. D. 20, 1, 3 pr. (Pap. 20 *quest.*); D. 30, 50, 1 (Ulp. 24 *ad Sab.*)⁽⁴⁴⁾. Tali erano infine tutti i terzi, i cui interessi potevano essere influenzati dal fatto che una persona avesse uno status piuttosto che un altro⁽⁴⁵⁾.

Vi erano, per contro, altri terzi, che risultavano ammessi a disconoscere la sentenza, senza bisogno di affermarla e dimostrarla ingiusta; quella sentenza non li riguardava e quindi non spiegava effetti rispetto ad essi (salvo il pregiudizio di fatto per l'influenza che poteva avere sul nuovo giudice). Tali erano gli stessi aventi causa e

(43) Quest'ultima è la celebre legge *Saepe*, a cui gli autori di diritto comune costantemente si richiamano e che anche dal BATTI fu presa a base della sua trattazione. Ivi si trova, fra l'altro, enunciata la regola che chi, essendo legittimato a stare in giudizio, sa che il processo si svolge invece nei confronti del suo dante causa (debitore che ha costituito il pegno, suocero o moglie che hanno costituito la dote, venditore che ha trasmesso il possesso della cosa) e non vi si oppone con specifica « *prohibito* », rimane vincolato alla sentenza (sul tema cfr. tra gli autori di diritto comune Alessandro TARTAGLIA, *Commentaria cit.*, 169 num. 18-22 e, fra i moderni, BATTI, *Trattato*, 63 ss.).

(44) Sulla subordinazione dei legatari alla cosa giudicata formatasi circa il testamento nei riguardi dell'erede istituito cfr. TIRAGUELLO, *Res inter alios acta*, in *Opera*, V, Francofurti 1574, 123; FELLERONI, *De fideicommissis*, Venetiis 1598, art. 53 num. 49; CUSACIO, *Opera*, I, 50; SCACIA, *De sententia et re iudicata*, Venetiis 1669, gloss. 14, *quest.* 12, num. 77-78; BATTI, *Trattato*, 469 ss. (e ivi altri testi, specie in materia di *quarta inefficaci testamenti*).

In senso contrario MARRONE, *Efficacia pregiudiziale*, 129 ss., che, muovendo dal solito presupposto che la sentenza del processo per leg. act. avesse effetto pregiudiziale assoluto e che quella del processo formulare non avesse mai simile effetto, ritiene che facesse stato contro i legatari la sentenza pronunciata in seguito a *quarta inefficaci*, perché questa si esercitava con la procedura per leg. act.; e nega invece che facesse stato la sentenza pronunciata in seguito a *hereditas petita*, perché formulare: all'uopo adduce D. 40, 7, 29, 1, che abbiano già visto essere estraneo al tema, ricostruisce in modo che a me è parso inusitato (*supra* n. 5) D. 30, 50, 1 e da questa ricostruzione argomenta per ritenere interpolato D. 20, 1, 3 pr.

(45) Abbiamo già visto (*supra* n. 5) che il MARRONE, *Efficacia pregiudiziale*, 365 ss. nega che le sentenze emanate nei processi di status svoltesi nella forma del *praeiudicium* (che era quella tipicamente prevista dalla procedura formulare) producessero effetti all'indosso del processo principale su cui si innestavano. Ma, fermi gli effetti nell'ambito di questo processo (a cui forse si riferisce D. 43, 30, 1, 4, Ulp. 71 *ad ed.*, dove è esclusa la rilevanza dell'*iniuria iudicis*), è ovvio che ulteriori questioni potevano sorgere, sulle quali lo status avesse parimenti influenza, e non è provato che in tal caso occorresse un nuovo accertamento; anzi D. 2, 4, 8, 1, Ulp. 5 *ad ed.*, e D. 37, 14, 14, Ulp. 5 *ad leg. Jul. et Pap.*, sembrano proprio provare il contrario.

acquirenti di diritti dipendenti, in quanto il loro acquisto fosse anteriore alla *litis contestatio* compiuta col dante causa (D. 44, 2, 11, 10, Ulp. 75 ad ed.; D. eod., 29, 1, Pap. 11 resp.)⁽⁸⁶⁾ e in quanto (ulteriore requisito più tardi richiesto) essi non fossero *scientes* del processo svolgentesi nei riguardi del dante causa (D. 42, 1, 63 Mac. 2 de appell.); tali pure coloro che facessero valere un diritto incompatibile con quello riconosciuto dalla sentenza, ma indipendente da quello negato al soccombente (D. 42, 1, 63: « si fundum a te Titius petierit, quem ego quoque, sed non ex persona Titii ad me pertinere dico ... quauvis contra Titium ... iudicatum sit, nullum praedictum ... patier »)⁽⁸⁷⁾; tali infine i terzi, che avessero un diritto concorrente con quello di una parte, ma autonomo (p. es. un coerede rispetto a un altro coerede: D. 42, 1, 63, Mac. 2 de appell.; D. 44, 2, 29 pr., Pap. 11 resp.)⁽⁸⁸⁾ o un diritto distinto da quello di una parte, ma collegato ad esso e incluso insieme in una graduazione (p. es. un creditore pignoratizio rispetto a un altro creditore pignoratizio: D. 20, 4, 16, Paul. 3 quæst.).

Anche la coincidenza tra la dottrina del Liebman e quell'interessante gruppo di soluzioni romane deve essere valutata con cautela. In primo luogo essa non è totale; da un lato, perchè, se è vero che anche il Liebman ammette l'esistenza di terzi a cui non può giovare la dimostrazione dell'ingiustizia della sentenza, o che, viceversa, non ne hanno bisogno⁽⁸⁹⁾, le categorie da lui individuate non sono tutte quelle che abbiamo messo in luce⁽⁹⁰⁾; dall'altro lato, perchè la rile-

⁽⁸⁶⁾ D. 44, 2, 11, 10 « Item si rem, quam a te petierat, Titius pignori Seio dederit, deinde Seius pignoratitio adversus te utatur, distinguendum erit, quando pignori dedit Titius: et si quidem antequam petierit, non oportet ei nocere exceptionem... ».

⁽⁸⁷⁾ Ho già notato che anche nel sistema delle *litis actioes* la sentenza pronunciata in un processo di rivendicazione tra A e B non doveva impedire a C di rivendicare, a sua volta, la cosa e dimostrarla propria (RIDA, 1959, 355 ss.; sopra n. 6).

⁽⁸⁸⁾ D. 47, 1, 63 « Sententia inter alios data... actionibus nihil praedictum, sed ut si ex duobus heredibus debitorum alter condemnatur, nam alteri integra defensio est »; D. 44, 12, 29 pr. « Iudicatum... rei praescriptio calcedi, qui non litigavit, obitare non potest ».

⁽⁸⁹⁾ Efficacia ed autorità della sentenza, 119 s.

⁽⁹⁰⁾ Può darsi che ciò sia puramente casuale, ma può darsi che dipenda da ragioni sostanziali, in quanto p. es. non si riscontrano oggi una situazione paragonabile a quella del legatario, a cui era opponibile, anche se ingiusta, la sentenza contraria al testamento pronunciata nei confronti dell'erede istituito, o in quanto, d'altra parte, i rapporti fra titolari di diritti concorrenti siano oggi diversamente disciplinati in seguito, poniamo, alla diffusione del litisconsorzio o all'esistenza di dispositivi particolari, come l'art. 1366, c. 2.

vanza che i giuristi classici assegnavano all'ingiustizia si estendeva al di là del problema concernente l'efficacia della sentenza verso i terzi: in taluni casi infatti la rilevanza dell'ingiustizia era ammessa, non per escludere che la sentenza facesse stato riguardo a certi terzi, ma per farne discendere conseguenze diverse; in altri casi l'ingiustizia era addirittura presa in considerazione nei rapporti fra le parti.

La coincidenza inoltre, là dove effettivamente sussiste, riguarda piuttosto i risultati che non le premesse. Il Liebman perviene a riconoscere la suddetta rilevanza all'ingiustizia della sentenza muovendo da un'approfondita analisi teorica della cosa giudicata e fondandosi in particolare sulla distinzione tra autorità della cosa giudicata, per legge limitata alle parti, e efficacia della sentenza, naturalmente estesa a tutti i terzi finchè essi non la dimostrino ingiusta. I giuristi classici giunsero agli stessi o ad analoghi risultati attraverso varie vie, non sempre facili da individuare, ma certo non coincidenti con quella del Liebman. Non solo infatti essi non parlavano di distinzione tra autorità della cosa giudicata ed efficacia naturale della sentenza, ma non erano nemmeno guidati da premesse teoriche intorno alla cosa giudicata o agli effetti della sentenza. Un solo presupposto di carattere processuale stava a fondamento delle loro soluzioni: l'ipoteizzabilità di una sentenza ingiusta, e la libertà in tal caso di valutarne o stabilirne le ripercussioni, salva l'immutabilità fra le parti; la negazione insomma, finchè si rimaneva entro i confini del processo formulare, del principio « res iudicata pro veritate accipitur ». Ma il modo in cui le ripercussioni erano valutate o stabilite dipendeva da ragioni che non avevano a che vedere con la dottrina della cosa giudicata né con la natura della sentenza: talvolta si precisavano i presupposti del rapporto da decidere, includendo fra essi, anziché il rapporto deciso dalla sentenza ingiusta, una pura situazione di fatto (p. es. si chiariva che l'obbligo del *procurator* di trasferire al principale i crediti da lui riscossi dipendeva, non dall'esistenza dei crediti accertati con sentenza ingiusta, ma dal semplice fatto della loro riscossione); altre volte, e più spesso, si considerava la sentenza ingiusta come una fortuita calamità che avesse colpito il soccombente e ci si domandava chi in definitiva dovesse sopportare il conseguente danno, rispondendo in genere nel senso di negare il trasferimento di quel danno dal soccombente a un terzo, ma fondandosi ora su un'argomentazione di pura logica (come Giuliano riguardo alla sentenza ingiusta ottenuta dal *procurator* e alle sue ripercussioni sugli obblighi assunti con la *cautio de rato*), ora invece sui principi circa la ripartizione del

rischio tra le parti di un contratto (come in qualche passo relativo all'evizione), ora ancora su ragioni di equità (come Nerazio e Paolo riguardo alla condanna ingiusta subita dal fideiussore).

È poi importante notare che, se la scelta della persona, che doveva subire il danno della sentenza ingiusta, poteva dipendere da ragioni di equità, era inevitabile che questa scelta non fosse né costante né uniforme. E qui viene alla luce un ulteriore motivo per limitare la portata della coincidenza tra la dottrina del Lieberman e le soluzioni romane in materia di *iniuria iudicis*: queste soluzioni, infatti, non erano necessariamente espressione di un principio che valesse al di là del caso concreto risolto o che fosse accettato con una certa costanza dagli altri giuristi. È possibile che ciascun giurista intendesse suggerire una soluzione valida, non per il singolo caso da lui eventualmente preso in considerazione, ma per tutta la classe di casi simili; e tuttavia accade che, proprio perché quella soluzione era fondata sull'equità, altri giuristi non la seguissero: ciò si è visto riguardo alla ripercussione sullo *statu* della sentenza che determinava chi era erede, giacché la tesi di Labone, che negava ogni ripercussione della sentenza ingiusta, non fu poi accolta da Aristone e Pomponio; e lo si è visto anche in tema di ammissibilità dell'azione di regresso da parte del fideiussore ingiustamente condannato, poiché la soluzione negativa di Nerazio e Paolo risulta contraddetta dai *divi fratres*, che fecero dipendere l'esclusione del regresso, non dalla semplice ingiustizia della sentenza, ma inoltre dalla negligenza del fideiussore consistente nell'omettere l'appello.

A maggior ragione occorre astenersi dal desumere da quelle soluzioni, che tutt'al più riguardavano classi di casi, un principio applicabile ad altre classi, in cui sussistesse un'uguale relazione fra il rapporto accertato con sentenza e un altro rapporto del quale si dovesse giudicare.

La prudenza, che è sempre raccomandabile in diritto romano, quando si voglia estendere per analogia la soluzione documentata riguardo a date classi di casi, qui è imposta dalla testimonianza inoppugnabile che proprio in una classe affine era stata suggerita e — si direbbe — accettata una soluzione opposta.

Si domandava in materia di vendita dell'eredità, se l'erede dovesse trasmettere al compratore o farsi rimborsare da lui ⁽¹⁾ le

⁽¹⁾ Gli obblighi tra venditore e compratore dell'eredità riguardo alla trasmissione delle somme riscosse e al rimborso di quelle pagate avevano la loro fonte normale in apposite *stipulationes* (Gai. 2, 83) (sulle quali Crotta, *Spunti storici e dom-*

somme riscosse o pagate per crediti e debiti inesistenti o invalidi; e Ulpiano, (l. 49 ad Sab.) in D. 18, 4, 2, 7, dopo avere esposto le soluzioni suggerite da Giuliano in caso di pagamenti o riscossioni stragiudiziali ⁽²⁾, soggiungeva, rifacendosi ancora — a quanto pare — all'opinione di quel giurista:

Si autem condemnatus praedictis, hoc solum heredi sufficit esse cum condemnatum, sine dolo malo suo, etiamsi maxime creditor non fuerit is cui condemnatus est heres: quae sententia mihi placet.

L'eventuale ingiustizia della sentenza che avesse condannato l'erede era ritenuta irrilevante, in quanto costui, anche se avesse pagato l'indebito, poteva farsi rimborsare dal compratore; in pratica, dunque, il compratore non era in grado di impedire le ripercussioni a suo carico della condanna subita dall'erede con l'allegare e provare l'ingiustizia della condanna, ma, se mai, soltanto coll'allegare e provare il dolo dell'erede. Può darsi che questa soluzione sia stata determinata dal tenore delle ricordate *stipulationes*, ma l'importanza del testo rimane notevole. Esso conferma che l'esonero del terzo dagli effetti riflessi di una sentenza ingiusta costituiva bensì una direttiva, ma non un principio generale e assoluto.

Ora queste precisazioni, mentre non intaccano minimamente la dottrina proposta dal Lieberman per il diritto vigente ⁽³⁾, non inducono nemmeno a svalutare il significato che per i giuristi classici aveva l'ingiustizia della sentenza, giacché questo significato si manifesta in una serie di campi e non solo in quello a cui tali precisazioni si riferiscono. Come il problema della sottoposizione dei terzi agli effetti

matrici sull'alienazione dell'eredità, in *Studi Rosta*, Milano 1939, I, 326). Altro problema, che non interessa per l'interpretazione del passo sottoposto, è quello di sapere se il compratore avesse direttamente azione contro i debitori dell'eredità (sul che D. 2, 14, 16 pr., Ulp. 4 ad ed.). Quanto al trattamento dei casi in cui l'erede era creditore e debitore del *de cuius* e, acquistata l'eredità, la vendeva a un terzo, cfr. DAUNE, *Sale of Inheritance and Mergers of Rights*, in ZSS 74, 1957, 234 ss.

⁽²⁾ Come abbiamo già visto (supra n. 41), Giuliano riconosceva qui rilevanza all'inesistenza del rapporto obbligatorio, escludendo che l'erede dovesse trasmettere l'indebito riscosso o potesse farsi rimborsare l'indebito pagato.

⁽³⁾ È chiaro infatti che, in linea teorica, nessuna conferma lo potrebbe venire da soluzioni adottate nel diritto romano, dato che esse non possono ovviamente pretendere a una validità assoluta, mentre, in linea pratica, rimane comunque a suo favore la suggestione di cospicui precedenti storici.

della sentenza aveva per i Romani un ambito più vasto di quello entro cui essi riconoscevano rilevanza all'ingiustizia, così questa ingiustizia era presa in considerazione ben al di là della questione di sapere se e in che limiti la sentenza vincolava i terzi. Abbiamo visto infatti che, anche quando dell'ingiustizia si discuteva rispetto ai terzi, non sempre era per stabilire se essi erano o no sottoposti agli effetti della sentenza, bensì per trarne varie altre conseguenze; e abbiamo visto pure che in non pochi casi l'ingiustizia era prospettata riguardo alle stesse parti. Il significato di tutta questa problematica rimane dunque intatto anche dopo i chiarimenti che si sono dovuti dare.

10. Le ultime manifestazioni a noi note di rilevanza accordata all'ingiustizia della sentenza sono i citati rescritti di Gordiano e Filippo in tema di garanzia per evizione (C. 4, 64, 1 e 8, 44, 15). Se C. 4, 35, 10 menziona ancora l'*iniuria iudicis* è probabile che questa parte del testo sia spuria e deve comunque notarsi che essa nega che l'*iniuria iudicis* possa da sola (ossia non seguita da colpevole omissione dell'appello) avere conseguenze pratiche. È dunque fin troppo facile affermare che nel corso stesso del III secolo e durante l'epoca postclassica il problema della sentenza ingiusta perdette ogni interesse e cessò di attirare l'attenzione di quanti si occupavano ancora di diritto.

In contrario non gioverebbe addurre certe alterazioni che, come si è visto, furono qua e là apportate a testi classici, sia perché molte di esse, se non tutte, sono con ogni probabilità giustiniane e si conducono a un risveglio meramente dottrinale dell'interesse per il nostro tema, manifestatosi più che altro come riflesso dell'utilizzazione delle opere antiche ai fini compilatori, sia perché esse mirano, non a sviluppare o adeguare, ma precisamente a contraddire le soluzioni classiche fondate sulla rilevanza dell'ingiustizia oppure, se eccezionalmente ammettono o magari accentuano questa rilevanza, lo fanno, come vedremo, per motivi e su un piano nettamente divergenti da quelli antichi.

Insistere dunque sull'effettiva sussistenza dell'indicato fenomeno storico non mi sembra necessario. Piuttosto conviene chiedersi perché proprio nel corso del III secolo il mondo del diritto sia divenuto insensibile al problema dell'*iniuria iudicis*. Si sa che quello fu un periodo di crisi profonda anche sul piano giuridico, fra l'altro per il decadere della giurisprudenza e il completo instaurarsi del regime autocratico noto come Dominato. Ma a noi interessa soprattutto ricercare le particolari ragioni tecniche che, sia pure come riflesso dell'uno o dell'altro

aspetto di quella crisi, possono avere determinato il fenomeno. Io ne indicherei tre: a) il definitivo prevalere della *cognitio* ufficiale sul processo *per formulas*; b) lo sviluppo e la generalizzazione dell'appello; c) l'affermarsi del principio secondo cui la sentenza *contra ius* era nulla.

La *cognitio* ufficiale o *extra ordinem* conquistò nel corso del III secolo l'intero campo del processo, estendendosi dalle province a Roma e da talune particolari materie a tutte quante le controversie di diritto privato; e non importa che in questo espandersi abbia assorbito talune caratteristiche esteriori del vecchio procedimento *per formulas*. Ora l'aspetto essenziale della *cognitio* stava nel fatto che il compito di giudicare spettava direttamente ai magistrati o funzionari imperiali in virtù dei loro poteri pubblici e che, se in pratica la decisione poteva anche essere pronunciata da altre persone, queste derivavano la loro investitura esclusivamente da una delega del magistrato o funzionario competente e non da un accordo delle parti, tanto meno da una loro libera scelta. La sentenza dunque si presentava, in ogni caso, come un atto dell'autorità e rispetto ad essa, quando non si volesse o potesse ricorrere ad una superiore autorità, era difficile o addirittura inconcepibile assumere quell'atteggiamento di disinvoltata spregiudicatezza con cui i giuristi classici valutavano la sentenza formulare, per immutabile, ed eventualmente riconoscevano rilevanza alla sua infondatezza. Proprio con riguardo a una specifica pronuncia *extra ordinem* fu enunciata da Ulpiano la massima « *res iudicata pro veritate accipitur* » (D. 1, 5, 25: pronuncia di ingenuità da parte dei consoli), la quale, nell'ambito della *cognitio*, assunse abbastanza presto un valore generale ^(*), combinandosi con la nozione di *ascutitas rei iudicatae*, la quale, a sua volta, non era nuova, ma solo in quest'epoca e in questo sistema processuale venne a indicare l'indiscutibilità della pronuncia ^(**).

Ciò, beninteso, non significa che l'ingiustizia della sentenza abbia perduto allora qualsiasi rilevanza: ne acquistò anzi una più intensa,

(*) Questo valore generale è palese dall'inclusione della massima nel titolo 30, 17 del Digesto sotto la rubrica « *de iuris regulis iuris antiquis* ». Ma è probabile che i compilatori non abbiano fatto che prendere atto di una portata generale già delineata in età postclassica.

(**) Su tutto ciò non ho che da rinviare al MARROU, *Efficacia pregiudiziale*, 406 ss., 445 ss., aggiungendo però la solita avvertenza che ciò che egli scrive non vale tanto per il problema dell'efficacia pregiudiziale o normativa della sentenza, quanto per quello relativo alla possibilità o meno di valutare la sentenza come ingiusta, senza che questa valutazione fosse il presupposto di una formale impugnazione.

ma solo quale presupposto di un nuovo procedimento inteso a fare cadere quella sentenza o a riformarla. La concezione per cui la sentenza era considerata valida e immutabile, ossia costituiva cosa giudicata, e tuttavia poteva essere riconosciuta ingiusta con determinate conseguenze pratiche, era ormai al tramonto e venne echeggiata dagli ultimi giuristi classici e dalla cancelleria imperiale della prima metà del III sec. con riguardo alle sole controversie che rientravano tradizionalmente nella procedura *per formulas*.

La nuova rilevanza dell'ingiustizia, a cui di per sé tendeva il sistema della *cognitio*, poté dunque attuarsi grazie allo sviluppo dell'appello e alla formulazione del principio, che considerava nulla la sentenza pronunciata *contra ius*. Questi sono invero gli altri due fattori, a cui ho fatto dianzi risalire la scomparsa dell'autonoma considerazione dell'*iniuria iudicis*.

L'appello divenne un normale mezzo di impugnazione nell'età dei Severi all'inizio del III sec. (76). I libri *de appellationibus* di Ulpiano, Marciano e Marco attestano l'importanza da esso conseguita, non solo nella pratica, ma anche nella teoria del processo. Le doglianze fondate sull'ingiustizia della sentenza trovarono allora il loro naturale sfogo proprio nell'appello; ma se in tal modo esse poterono ottenere risultati più soddisfacenti (e in proposito deve essere sottolineato che il rimedio era offerto non solo alle parti, ma anche a terzi pregiudicati dalla sentenza) (77), la contropartita era che rispetto alle sentenze pronunciate in appello e non impugnate tempestivamente o, comunque, inappellabili, simili doglianze non venivano più ascoltate. Si ebbero dunque sentenze, di cui era possibile sostenere l'ingiustizia, ma che appunto perciò non costituivano cosa giudicata, e sentenze costituenti cosa giudicata, ma che non era concepibile dichiarare ingiuste, perchè non soggette a appello. Ciò era appunto conforme ai

caratteri della *cognitio*, ma trovava un'ulteriore giustificazione nel fatto che le sentenze non appellabili erano in massima quelle pronunciate dall'imperatore o in nome di lui da suoi delegati (nell'età dei Severi anche dal senato: D. 49, 2, 1, 1-2, Ulp. 1 *de appell.*), sicchè ai motivi di procedura si univa un fondamentale motivo di sostanza riconducendosi alla posizione dell'imperatore (in via subordinata e transitoria anche del senato) come suprema (e non criticabile) fonte del diritto e della giustizia.

Il rigido meccanismo sopra descritto fu parzialmente attenuato dal principio che permetteva di considerare nulla la sentenza pronunciata *contra iuris rigorem*. Ma bisogna precisare sia storicamente, sia dogmaticamente, la portata di questo principio.

Esso sorse nell'età dei Severi e si riferì dapprima specificamente alle sentenze pronunciate *contra constitutiones* (78): infatti Callistrato, nel libro 3° *de cognitionibus* scritto sotto Settimio Severo, parlò solo di *sententia contra constitutiones* (D. 42, 1, 32), allo stesso modo di Macro nel libro 2° *de appellationibus* scritto fra Caracalla e Alessandro Severo (D. 49, 8, 1, 2), mentre una violazione del *ius* in ge-

(76) Un precedente più antico è riferito in D. 24, 3, 17, 2 (Paul. 7 *ad Sab.*) « Si in iudicio datus iudex ignorantia iuris lapsus condemnaverit maritum in solidum, Nervatius Sabinius doli exceptionem cum sui oportere sicut caput tutum fore ». Qui non si trattava di violazione di una disposizione imperiale, bensì di disapplicazione di una regola consuetudinaria, quella cioè che attribuiva al marito chiamato a restituire la dote il cod. detto *beneficium competentiae*. E da notare tuttavia che la sentenza che, trascurando tale *beneficium*, condannava il marito all'integrale pagamento non era ripetuta nulla, bensì suscettibile di venire resa inoperante in virtù di un intervento pretorio fondato sull'*aequitas*: non appariva conforme all'*aequitas*, perchè aleale, il proposito di fare valere integralmente il *iudicium*, nonostante l'errore del giudice; pertanto Nerazio e Sabino, approvati da Paolo, ritennero doverosa la concessione dell'*exceptio doli* al marito. Ma questa soluzione, non solo equitativa, bensì pure di specie (e non possibile da una particolare situazione processuale), non poteva fornire lo spunto per la formulazione di un principio. Infatti in un caso analogo la medesima esigenza, secondo la testimonianza dello stesso giurista Paolo, fu appagata col restringere sensibilmente la portata dell'atto *iudiciali* alle possibilità patrimoniali del condannato: D. 42, 1, 41, 2 (Paul. 24 *quasit.*) « In solidum condemnatus de vi actor actione iudicati nisi in quantum facere potest non tenetur beneficium constitutionis ». Può darsi che le parole « *beneficium constitutionis* » siano un glossema (Graziano, Studi sulla « *causae in id quod facere potest* », in *SDHI* 7, 1941, 33); tuttavia, siccome la limitazione della responsabilità del condanna fu stabilita proprio da un rescritto imperiale (di Antonino Pio), è lecito attribuire al fatto che la sentenza violava una simile disposizione l'automatico adeguarsi dell'atto *iudiciali* alla regola obbligatoria del giudice. E allora questa soluzione, non invece la prima, può ritenersi un antecedente del principio che si espongono di seguito nel testo.

(77) ORNSTADT, *L'appello civile in diritto romano*, Torino 1953, assume appunto l'età dei Severi come punto di riferimento per la descrizione dell'istituto, osservando (206) che in questa età esso aveva raggiunto una « maturità » sufficiente.

(78) D. 49, 1, 4, 2-4 (Mac. 1 *de appell.*) « Alio condemnato in cuius interest appellare potest. (...) Item si emptor de proprietate victus est, an cessandi auctor viam appellare possit. (...) Idque ita constitutum est in persona creditoris, cum debitor victus appellasset nec ex fide causam defenderet. »; D. 49, 1, 5 pr. (Marcian. 1 *de appell.*) « A sententia inter alios dicta appellari non potest nisi ex iusta causa, veluti... fiduciariorum pro eo pro quo intervenimus, igitur et venditoris fiduciariorum emptore victo appellabilis... »; D. 49, 4, 2, 1 (Mac. 1 *de appell.*) « Sed si alius, quem qui iudicio expertus est, appellat, qualis est cuius interest, an alium iuris die appellare possit, videamus ». Ampio esame in ORNSTADT, *Appello*, 300 ss.

nere o delle *leges et sacrae constitutiones* è considerata sia da Modestino (D. 42, 1, 27, 1 *resp.*; D. 49, 1, 19, *lib. sing. de emul. cas.*), che scrisse dopo Caracalla e in misura notevole sotto Alessandro Severo, sia dallo stesso Alessandro Severo (C. 7, 64, 2). La ragione prima del principio fu dunque strettamente politica e può individuarsi nell'esigenza di assicurare il rispetto delle costituzioni imperiali, in vista della supremazia e anzi del monopolio normativo che l'imperatore andava assumendo⁽⁷⁹⁾; più tardi, consolidatosi il principio e constatato inoltre che tutto il diritto derivava ormai in un modo o nell'altro dall'imperatore, il principio fu esteso a qualunque violazione di precetti giuridici. Una seconda precisazione da fare, sempre sul terreno storico, è che le sentenze dichiarate nulle per la ragione di cui si tratta furono quelle pronunziate *extra ordinem*, e non quelle formulari⁽⁸⁰⁾.

Se ed in quanto il principio si applicò poi a controversie che potevano un tempo rientrare nella procedura ordinaria *per formulas*⁽⁸¹⁾, ciò è da porsi nondimeno in relazione con l'estendersi della *cognitio* e con l'assorbimento in essa, prima parziale, poi totale, dell'antica procedura.

Sul terreno dogmatico le precisazioni da fare sono due: a) che la nullità, mentre sicuramente si fondava su una violazione di precetti giuridici, non era però ammessa per qualunque errore che oggi qualificherebbero di diritto⁽⁸²⁾; b) che, a quanto pare, solo le sentenze

(79) ORNSTADT, *Appello*, 277 e n. 2; PUGLIESE, *L'essere della prova*, in RIDA, 1956, 401. Il KOHLER, *Prozess und Nichtprozess*, 111, citato e seguito dal CALAMANDREI, *La situazione civile*, I, 55 n., aveva più specificamente individuato la ragione politica della necessità di far prevalere la legislazione centrale sui diritti locali. Il fenomeno deve, comunque, coordinarsi con quello della punizione del giudice, che venne pronunziato *contra constitutionem* (p. es. D. 48, 10, 1, 3; Marcian, 14 *inst.*; Paul. Sent., 5, 25, 4); sul tema DE ROBERTIS, *Le sentenze contro constitutionem e le sanzioni penali*, in ZSS 67, 1943, 255 ss.

(80) CALAMANDREI, *Cassazione civile*, I, 54 n.; RIONDI, *Studi Bonfante*, 4, 69 e n. 152, che anzi tende a potere spiegare la soluzione apparentemente contraddittoria di D. 42, 1, 27 (*Mod. 1 resp.*), riferendola al processo formulari; ORNSTADT, *Appello*, 279.

(81) Ritengo p. es. che C. 7, 64, 1 (Alex. Apollinario et alibi), nel dichiarare nulla la sentenza pronunziata in contrasto con una precedente *res iudicata* (il che, secondo me, era ugualmente applicazione del principio disponente la nullità della sentenza per violazione di diritto), potesse riferirsi a una di tali controversie.

(82) In proposito cfr. i chiarimenti e le osservazioni di VASSALLI, *L'arbitrio e iudicium nelle fonti giuridiche*, in *Annali Purgio*, 28, 1914, 22 ss. e CALAMANDREI, *Cassazione civile*, I, 40 ss. Nell'intero tema della nullità per errore di diritto è poi

appellabili erano suscettibili di questa nullità, giacché nelle fonti essa viene menzionata o come rimedio più pronto e radicale dell'appello (a cui dunque, quando è ancora possibile scegliere, dovrebbe preferirsi) o come un rimedio non soggetto ai termini di decadenza dell'appello e al quale quindi rimane possibile ricorrere dopo che l'appello è ormai precluso⁽⁸³⁾; certo nessun passo menziona la nullità di una sentenza imperiale o pronunziata in nome dell'imperatore.

Non potremmo dunque dire che la nullità per pronunzia *contra ius* abbia sostituito l'antica rilevanza dell'*iniuria iudicis*. Non la sostitui per la ragione essenziale che questa presupponeva una sentenza valida costituente *res iudicata*, mentre quella si estrinsecava proprio nel negare la validità della sentenza e quindi l'esistenza di una *res iudicata*; non la sostitui inoltre perché, come si è ora visto, la sfera di applicazione della nullità era di gran lunga più ristretta di quella, entro cui si manifestò invece la rilevanza dell'*iniuria iudicis*. Tuttavia essa contribuì, insieme con l'appello, a far spostare l'angolo visuale, da cui il problema della sentenza ingiusta veniva prospettato, limitando la rilevanza o addirittura la concepibilità dell'ingiustizia ai casi, in cui essa potesse fungere da motivo di appello o da causa di nullità radicale della sentenza, ed escludendola negli altri casi.

Durante l'età dei Severi, in cui questa trasformazione maturava, i giuristi più tradizionalisti come Paolo e Ulpiano, muovendosi nella scia dei loro predecessori e riferendosi a sentenze formulari, annettevano ancora all'*iniuria iudicis* i meno intensi ma più ampi effetti che abbiamo illustrato⁽⁸⁴⁾; e nel medesimo senso disposero, riferendosi però alla sola materia dell'evizione in cui la rilevanza dell'*iniuria iudicis* si dimostrò evidentemente più vitale, imperatori contemporanei o immediatamente successivi, come Alessandro Severo, Gordiano e Filippo. Ma dopo la metà del III sec. quell'impostazione fu definitivamente abbandonata; per lo meno le fonti posteriori non ne fanno più

in generale da tenere presente ARNTZ, *Die Urteilslosigkeit im röm. Prozess*, senza luogo e data (1937), 91 ss.

(83) In tutti i passi concernenti il nostro tema è evidente l'una o l'altra relazione con l'appello.

(84) Non è invece probabilmente senza motivo che non ne abbiano parlato i giuristi della stessa epoca, che si mostrarono più interessati ai nuovi istituti e più sensibili alla nuova atmosfera, come Callistrato, Macro, Marciano e Modestino, ai quali pare non mancarono frequenti occasioni di occuparsi della sentenza e della *res iudicata*.

il minimo cenno. L'unica attività che può attribuirsi nel nostro campo alle scuole postclassiche è quella di avere introdotto nei testi classici le alterazioni messe sopra in evidenza e che tendevano a eliminare la rilevanza autonoma dell'*iniuria iudicis*. La maggior parte di queste alterazioni sono probabilmente giustiniane; ma potrebbero ritenersi postclassiche, per il coordinamento che tentano di stabilire tra *iniuria iudicis* e appello, quelle riscontrate in D. 30, 50, 1 e in C. 4, 35, 10, con le quali la possibilità per certi terzi di disconoscere nei propri riguardi una sentenza ingiusta venne fatta dipendere, oltre che dall'ingiustizia, dalla negligente omissione dell'appello da parte del soccombente.

11. Quando dunque i compilatori giustiniani riprodussero nel Digesto e nel Codice alcuni testi che proponevano quella particolare valutazione della sentenza ingiusta, essi rievocavano un problema e un modo di pensare, che appartenevano nettamente al passato e che mal si coordinavano con gli istituti più recenti, dell'appello, da un lato, della nullità della sentenza per violazione di diritto, dall'altro. Una simile disarmonia è tutt'altro che unica nella compilazione e rispecchia in fondo i suoi caratteri e i suoi fini, anche se doveva necessariamente determinare non poche difficoltà per chi sarebbe poi stato chiamato a interpretare e applicare il vario materiale raccolto come diritto unitariamente vigente.

Ma a noi interessa ora mettere in luce che, se alcune volte i compilatori si limitarono in tema di *iniuria iudicis* a riprodurre la soluzione che trovavano nei libri antichi⁽⁹⁾, svolgendo una mera opera di conservazione e documentazione, altre volte essi furono indotti alla lettura dei testi classici a ripensare al problema della sentenza ingiusta come a un loro problema e quindi a esprimere propri punti di vista. Questi punti di vista seguono in massima due indirizzi. Il primo è quello di negare la rilevanza della riscontrata infondatezza della sentenza, sviluppando e integrando i risultati di altre altera-

zioni che abbiamo presupposto postclassiche⁽¹⁰⁾; il secondo, per contro, è quello di impostare sotto il profilo della sentenza ingiusta problemi che i classici impostavano diversamente e di cercare la loro soluzione nei criteri, consoni ai nuovi tempi, del *ius naturale*.

Esempi del primo indirizzo sono le alterazioni di D. 46, 1, 67 e D. 46, 8, 22, 2. Si tratta di interpolazioni molto semplici e molto nette, che in modo brusco e autoritario disconoscono la rilevanza attribuita dall'autore classico (Paolo e Giuliano) all'infondatezza della sentenza. Nel primo passo, dove Paolo, aderendo a Nerazio, negava che il fideiussore ingiustamente condannato avesse diritto di regresso verso il debitore principale, la mera ingiustizia del giudice fu integrata dalla colpa del fideiussore soccombente⁽¹¹⁾ come motivo

⁽⁹⁾ Naturalmente attribuire l'alterazione di un testo del *Corpus iuris*, la quale non si riveli senz'altro come semplice parafrasi o mera glossa, a rielaboratori postclassici piuttosto che ai compilatori giustiniani è operazione estremamente delicata e incerta, tanto più delicata e incerta in quanto la moderna critica dei testi non si appaga di qualificare postclassica un'alterazione, ma vorrebbe potere precisare se essa risale alla prima, alla media o alla tarda età postclassica, se sia orientale o occidentale, ecc. (cfr. da ultimo WILCKEN, *Texts from Hellenistic Jurists*, Göttingen 1960, 14 s., 427 ss. e *passim*). A me è sembrato che i passi in cui la rilevanza dell'*iniuria iudicis* è stata subordinata all'omissione colpevole dell'appello e quelli in cui, viceversa, essa è stata negata in aperto contrasto con precedenti proposizioni del medesimo passo, non possano essere stati alterati dal medesimo rielaboratore o gruppo di rielaboratori. E poiché non è da pensare all'opera di due diverse sottocommissioni di compilatori giustiniani, in quanto D. 30, 50, 1, in cui ricorre il primo tipo di alterazione, apparteneva alla stessa massa sabiziana di cui faceva parte (e quindi fu esaminato dalla medesima sottocomm.) a cui fu sottoposto D. 46, 8, 22, 2, caratteristico esempio invece del secondo tipo di alterazione, appare plausibile l'ipotesi che i rielaboratori abbiano agito in due diverse epoche. Ora, considerando che il primo tipo di alterazione corrisponde a una soluzione già stabilita nel diritto imperiale classico col rescritto di Marco Aurelio e Lucio Verus (D. 17, 1, 8, 8) e che inoltre si preoccupa di coordinare la precedente rilevanza dell'*iniuria iudicis* col nuovo sistema dell'appello, ho ritenuto probabile che esso sia il più antico, e quindi il postclassico, e che l'altro sia il più recente, ossia il giustiniano. Più in là di questa contrapposizione, oggi in certo senso grossolana, non oso spingermi, benché i motivi ora addotti per ritenere postclassiche le alterazioni del primo tipo siano tali da permettere anche, eventualmente, di collocarle nella categoria delle frühmarkkaiserlichen interpolazioni, prediletta dalla romanistica tedesca contemporanea.

⁽¹¹⁾ La colpa non consisteva, come in altri due testi concernenti lo stesso tema (D. 17, 1, 8, 8 e C. 4, 35, 10), nell'omissione dell'appello, ma nella negligente o inesperta difesa. Nonostante una certa analogia (cfr. KÖHLER, *ZSS* 38, 1907, 104), le soluzioni sono sostanzialmente diverse e con ragione si possono attribuire a due distinte epoche.

⁽¹⁰⁾ Fra i testi che i giustiniani conservarono immutati devono particolarmente menzionarsi quelli in tema di evizione, il cui orientamento poté quindi essere ereditato dal diritto comune e influenzare in qualche misura i codici francese e italiano. Già si è notato, del resto, che tra le soluzioni classiche ispirate alla rilevanza dell'*iniuria iudicis*, quella era la più vitale, poiché enucleata ancora in costituzioni del III secolo avanzato.

che il debitore principale poteva addurre per esimersi dall'obbligo di rimborsare al primo quanto questi avesse dovuto pagare al creditore. Nell'altro passo, come abbiamo visto, la soluzione di Giuliano (non essere i garanti della *cautio de rato* in alcun modo vincolati in caso di sentenza ingiusta ottenuta dal *procurator*) fu puramente e semplicemente rovesciata.

Il secondo indirizzo, che fu del tutto indipendente dal primo, anche se può risultare una sua attenuazione o correzione, consistette nell'ammettere la rilevanza dell'ingiustizia, anziché nel campo del diritto positivo in senso stretto, in quello del *ius naturale*. Il *ius naturale* in molti suoi aspetti appariva un diritto ideale, privo di addentellati con la pratica, sicché ammettere nel suo ambito quella rilevanza era come inquadrarla nel contrasto fra diritto vigente e giustizia, rinunciando a trarne corollari propriamente giuridici⁽¹⁴⁾. Tuttavia vi erano casi in cui il *ius naturale* assumeva, diremmo, forme sensibili e operava, sia pure in modo particolare, come diritto vigente, e il caso più notevole è senza dubbio quello delle *obligationes naturales*; esse erano, secondo i giustiniane, vincoli fondati su principi che, « divina quadam providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent », ma, grazie alla sopravvivenza tradizione classica, avevano pure effetti sul modesto terreno della vita quotidiana, come quelli della *soluti retentio*, della idoneità a essere garantiti da terzi, della deducibilità dal peculio, ecc. Ora, mentre altre ipotesi di contrasto fra la reale situazione giuridica delle parti e la sentenza valida e non impugnabile rimanevano per i giustiniane fuori della sfera di interessi del giurista, e quindi non furono menzionate nella compilazione, l'ipotesi in cui la situazione reale fosse l'obbligazione di una parte verso l'altra e la pronuncia del giudice consistesse nel negare l'obbligazione e nell'assolvere il debitore, assumeva rilevanza giuridica e pratica, poiché il debitore sarebbe nondimeno rimasto vincolato da un'*obligatio naturalis*, ossia da un vincolo, che, sebbene fondato sul *ius naturale*, aveva però, come ho accennato, effetti pratici.

(14) Sul *ius naturale* nel mondo giustiniano v. di recente GAUDENET, *Quelques remarques sur le droit naturel à Rome*, in *RIDA*, 1953, 460 ss.; VOGGENSPERGER, *Der Begriff « ius naturale » in röm. Recht*, Basel 1952, 115 ss.; WENGER, *Zur christlichen Begründung des Naturrechts*, in *ZSS* 69, 1952, 5 ss.; BROWN, *Il diritto romano cristiano*, Milano 1952, II, 7 ss. (e, per l'applicazione alle *obligationes naturales*, 83 s.).

In tale senso i compilatori intesero due noti testi (D. 12, 6, 28; *ead.*, 60 pr.), che, come abbiamo osservato, si riferivano a due diverse situazioni, risolte pertanto dagli autori classici con due differenti criteri; e li riportarono entrambi al nuovo principio secondo cui il debitore ingiustamente assolto, il quale pagava o aveva in precedenza pagato, non poteva ripetere, perché sussisteva nondimeno a suo carico un'*obligatio naturalis*, che comportava la *soluti retentio*⁽¹⁵⁾.

Come si vede, Giustiniano si allontanò dal pensiero classico, non solo quando respinse o attenuò talune soluzioni riferite dai testi antichi, ma anche quando estese a nuove ipotesi la rilevanza accordata all'infondatezza della sentenza. Egli infatti ammise la possibilità di negare valore alla sentenza (e addirittura tra le stesse parti) solo uscendo dal sistema giuridico nel cui ambito la sentenza era stata pronunziata e ponendosi sul terreno di un altro sistema, il quale, a sua volta, nonostante il nome tradizionalmente datogli, era ormai più un complesso di valori metagiuridici che non un vero e proprio *ius*.

Il punto di vista dei giuristi classici fu invece sempre informato, come credo di avere messo in luce nell'intero corso di questo articolo, all'esigenza di impostare il problema della sentenza ingiusta in puri termini di diritto, non solo intendendo ovviamente l'ingiustizia come semplice difformità della reale situazione giuridica preesistente, ma assegnando inoltre ad essa quella rilevanza che, ferma l'immutabilità della pronunzia fra le parti, potesse esplicarsi nell'ambito del sistema di diritto, in cui la sentenza stessa rientrava.

(15) In tale senso fu appunto interpolato D. 12, 6, 60 pr., come è stato già messo in luce. L'altro testo rimase invece probabilmente inalterato, ma acquistò un nuovo senso nella compilazione, e ben se ne accorsero gli interpreti medievali a cominciare dai Glossatori.