

1
L'ordine di lavoro per
loze

~~per il~~ per

Vi sono anche
le persone in...

2
Cic. Acc. II. 97
(denegatio exceptionis)

Raccaro Studi Storici
N. S. I (1913) 123 ss.

Macrobius Saturnalis
(sive fontis)

Behrens Frons legis

Pascione Frons legis

3
Dall' antichità al ME

citare Vismara SDH 1981, 10.
sulle fonti romane nell' alto ME,

e nello studio per Iglesias

4
Pierino La Rossa
Pro Sindaco

Bisceglie 70052

Caro solo con invito manifestazione Calace
spiacentissimo non poter intervenire esprimo
mi viva solidarietà ricercando forza grande
combattenti libertà et repubblica

Francesco De Martinis



CAMERA DEI DEPUTATI

20

Atas 2 97

Atas 1 168

232

295

44 9 54

50 13 6

51 15 1

Kaser 344 processo familiare in famiglia
gründliche mündliche - vornehmlich alle cognatio

in Romi nella cognatio extra ort. istituta
or in index nella form al index notus
pedaneus -

Kaser 122 la corrispondenza tra
processo familiare e cognatio in fm.
mai ma esse sono a priori
Anche nella cognatio in fm l'istituta
di un index notus pedaneus

7

7025 SP 1983 28
1984 170
1985 627



CAMERA DEI DEPUTATI

8

ante in die
acceptum

6, 1, 25 Ulp 70 ad
21. 1. 25. 8 Ulp 1
ad. ar.

31. 13 id.

post 1. a.

5. 3. 40 pr. Paul
20 ad

Keller dity antest.
und Urtheil 1327 5

49. 1. 28 pr. Scaev.
25 dig.

Bethmann - Hollweg
II, 478 s. e. note

Koser 218 s. e. note -

Hieronymus Seite

8 7. 6. 6 Paul
21 ad

8 3 2 14 Paul 5 ad

inditum
c. actionem

3 5 7 5 Jul 3 dig
21 2 5 5 Ulp 2 ad
lur

36. 27 11 "

36. 31. pr. Marcian = 4 inst.

Ulp Frag Xiii
5.

37 1 7 7 Ulp 1 ad Scaev.

49 1 28 pr.

passivo (inter)

(27),
36, 1.28, 11

~~Int. 40 dig -
at. Manley -~~

indicium receptum inter . . .

8. 12. 1. 42. 1

les 6 dig

indicium receptum
cum alio

46 3 95 10

Cap. 28 quoniam

Cic Tull 26 38 41

in Cael 56

in Sen II 31

Off. Paul. Om. de
Francisco
de praetorio

un. = praetoria

Testi in opuscoli
Veropliis Georgicon I

10

Cicerone de fato
Cato maior

orationes Caesarianae pro Marc.
pro Ligario, pro
lege Licetaro

pro M. Marcello
pro lege Licetaro

pro C. Rabirio

pro Milone

post reditum in Senatu

de imperio br Pompeii

M

pro Balbo

pro Ligario

in Catilinam

Philippicae

de lege agraria

ad Q. Favianum de imp. Asiae

epist. scilicet prima e dopo
l'esilio



CAMERA DEI DEPUTATI

Tacito Germania

D'ors de lex Ploucia

12

municipalis AHD E 1984,
535 ss.

lex Ploucia municipalis - Roma
1986

~~Pringsheim ZSS 1932 78 ss.~~

~~poi in Gesammelte Abhandlungen
I, 173 ss.~~

~~Bethmann II~~

~~Cichorius Untersuchungen zu
Lactius~~

~~Mario Di Studi Iuliani~~

~~Krenkel miscellanea critica
II (Leipzig 1965)~~

~~Tirfari disertation Torino 1934~~

Brugheim, Bonum et aequum,
255 1932, nt. 115-128 =
Ges. Abhandl. Heidelberg 1951, I, 190 s.
n. 115-120

adrisce alla tess. di dens. e dens.
per il carattere postclassico della
figura di 8.5.1.15.1. per aestimatio
e sostiene che l'azione fosse in bonum
et aequum.

nel senso proprio Presela. Presela
marco Annio Probo de Familiis.

A sostegno della sua opinione adduce che
l'azione in concepta in mente all'a.
minimum. La cifra di 8.5.1.15.1 è
insostenibile mentre 8.50.1.36 è soste-
nibile nonostante Presela. Ven aesti-
matio non raramente è giuristio-
na. Tutti citati nt. 128 § 35 2 51
50 16 179 50 16 193 - di
8 45 172 per iusti aestimatio in p.
Presela 255 1925, 484.

non appaiono se la formula contenuta
7.

26 l'acquum o anche il
 lumen: un in sostanza non
 è differente.

Theoph. I. 4. 5. pr (Favini
 412) e Bos. su D 50. 13. 6
 (Heimbach 5, 138) non hanno
 acquum, ma coincidono per
 un'azione con la ~~ritorica~~
 velutazione del giudice -

Pericia 168 n.

Lex et a n. 18; Lex et a n. 12

lupus

p 20 iudicatori iudicant critici
 i giudici

Francesco De Martino

nt. 1176

2046

Anticipo la USL 38 all'avviso numero 417588
invece che al numero puntato -

(Buc.) 417588

5

Francesco De Martino

18
P. 111. d.
p. 170

Relat. [redacted] Progetto p. 172

382 -
denegata giustizia - dolo fede e confessione -

la discussione nella Commissione x coordinamento riguardo
la condotta o meno dell'attore ad una multa - in deciso
di mantenere l'art. (792) che recita la condotta -

precedenti art. 793 - Cod. francese libro III tit. IV prise a
partie -
art. 505-506 -

Cod. Sardo 1859 art. 640-648
1855 622-632

Loce' / X, tit. I n. 14 VI n. 43 VII n. 34

lesì previsti dolo fede e confessione
rifiuto di giustizia - (prise a partie)

Progetto cod. Stato pontificio tit. II n. 3094-3095
(Bartolucci 1815) favoreggiamento
denegata giustizia

art. 55 CPC dolo fede e confessione
rifiuto assistenza o ritardo

art. 56 azione. ministro

Senato della Repubblica - Archivio Storico

du Hunschke p. 363 nota a IV, 52

Senec. de benef. 3, 7; de elem. 2

ult. 1. De act. 4, 6. 32

4. 3. 4. 5. pr. 8. 5. 1. 15. 1; 50. 13. 6

Parti:

Qui IV, 52 Item suam pecuniam: se &
iudice condemnare in p[er]i del contentu stabilito
nelle interm[un] o oltre la taxation.

Parti

7. 4, 5 - quod ex maleficio teneri et in
quantum de ea re aequum religioni indicantibus
videbatur, poenam sustineret

8. 50 13 6 Qui 3 rer. cottid. live Auctionem
quod ex maleficio teneri in factum actione
et in quantum de ea re aequum religionem
indicantis visum fuerit poenam sustineret

8. 44. 7. 5. 4 §. 3 rer. cott. unde p[er]i videtur
ex maleficio teneri - p[er]i manet et res.

Francesco De Martino

18
Cronaca SDHI da
1982 in poi

litium suam peere
de frarim? § 84 sentenza emessa in mala fede: solo malo
e nota ex fraudem legis sententiam dicere
Ulp. X. 5. 1. 15. 1

Bartoli su juge qui litium suam put. 1910
Dauviller Rec. Acad. Toulouse 1937

Hübner Jur 1954, 200 n.

Muc Cornick 19 A I 1977, 149 (= Acta iudicia)

8105 SDHI 1982, 368 n.

Land EP § 59

Institute de Bergey
Luz Privatstiftung 48
de Bonner Symposium
D. 129; Kribler 25
1918, 215; Palffy Oberst
ginn quasi ex delicto 31

Muc. Set. III 16 15

J. 4, 5 quas delicta

fr. 50. 13. 5 e 44. 7. 5. 4 (non utat de
Wiecker)

titolo da Schulz 296 n. 4

to per la completezza del titolo

Mucini di privatrechtliche Verantwortlichkeit des
öim. Rechts. Wiss. Zurich 1977 (de Hübner 203)

da Hübner (1954)

art. 505 cfr.

§ 810 BGB

Am. Jurisprud. X,

Judges Liability § 43 n.

Schulz e Hübner conferiscono la
la res cadit. - nota di un tanto
grazie a loro ingenuità

25 x 50 n. 4

Kaser P.R., 142 e note

assente dal giudizio salvo esclusione
negligenza - culpa secondo i classici

J. 4. 5 pr. = Qui § 46, 7, 5, 4 =

50, 13, 4 - 3 preclari quod

delitto = Raygi 352 ss. Postulatum

in integrum nella c. c. o. 1965

Jhering. Scherz und Ernst
179 ss. quomodolibet per
fontes, nullo (180 n. 2)
e 8.1.2. 2.6

Pride a parte Postum XIII, 123

litterae f. Cuius VII, 106 B-C

La teor. di Hubner è in un'affermazione
con la precisione del tutore nel processo.
Tutta la rappresentazione che in un oggetto
rappresenta con gli altri c.d. quora
delitti sotto la misera della rappresentazione
e mostra che la resp. per l'aspetto degli
avere mostrando la sua forza come cultura
in misera, quindi al principio di versuchten
da mostrare l'elemento portatore del fatto
in Hubner del fatto - (p. 207)

Prima norma inietta - Karlowa 1349
poi a. in prima ^{argomenti nella resp. del}
f. f. index - e de Giuliano

Denel EP 168 che rinviata
n. p. l'idea solo nello altro
... andes in 5.1.15.1

J. 4,5 e di 50.13.6 inaffidabile
e alternata quasi ex materia

(c. s. f. come traduzione in dieci
secondo Voigt die XII Tafeln I, 554
Karlowa II, 1349 (non c'entra)
fu la norma
inietta)

Beseler I, 77

Una azione a Denel per
8-15 5.1.15.1 in text
I, 399 - lett. a n. 86

Hubner conclude (p. 208) che il
dente quistione in la per il
fatto deciso, l'equivalenza si delitti.
e fa riferimento all'attornamento del livello
norma del fupikari e è stato tenuto
in senso i giudici. L'equivalenza risulta
rappresentabile e è trasformata nell'atto
fatto in una legge politica. In questo
della cosa -

Hubsner: 202 nt. 5 de la perna capitale
premita dalle XII Tar. 9.3 fa la congrua
del quidui (Sel. 20, 1, 7) senza congre-
dere a litem summa facit oblo malo in
frudem legis (X. 5.1.15.1) e congrua for
aria, perché il con delle XII Tar. è quello
della pecunia scripta -

Arangio Ruiz *Ist*¹⁴ (1960) p. 377 o.
nei vari luoghi de forma capo al testo
delle res cotidianae (X 44 7 51; 50,
13, 6; J. 1, 4, 5 pr.) quasi delicta -
Il senso originario dell'espressione via frase
l'appropriazione indebita della cosa contro-
versa in un tempo nel quale il giudice
l'avrebbe tenuta in consegna fino alla
sentenza - La epoca classica è piena
del giudice più o meno male si fiondano

2
legis (litigiorij? Reser)
sententiam dixit (X. 5.
1.15.1), frase questa co-
tecnicamente perfetta che
non l'anni N essere
trascritta dall'editto. Una
non detinere de atene
esigibile l'epoca contro il
quidui che per negligenza
avere mal giudicato, fu
esposto nelle res cotidianae,
opera postulare di o
prestito da fiondano; in
suntum che qui dell' epa
repubblica altri tanto
qualche seguito fu gravito
interventi di filosofi qua
(Ella e hinc 1136 b 2
fino alla sentenza viginti -
samento al carattere dell'editto
di Fionda Summ. II 129

Aranga 293 diverse in la
 comparsa delle Holgerdini in (ao
 III 88 e 8.44.2.1-5 (res 402.1.)

Qui 3 180
 da Me Carrot

Iglesias Lirico romano 1982 J.
 506 - clausa: dolo malo in fraudem
 legis
 quistissima unde negligenda
 8 50 13 6 44 7 5 e
 7. 4 5 per.

Quarino Actiones in aequum conceptae
 Lober 1902. 13 -
 il giudice dover assegnare in un
 autem restrictio nel giudicare
 in quantum aequum - li 7
 etiam de 8.5.1.15.1 (Ulp.)
 [dolo malo - sordes] e un fosse
 p. 14 discussiones (importante)

in verum aequum rem
 impugnat a Levy Daniel Bringham
 in difon.

Liv. 3.72.2 / orare ne pessi-
 num facinus peius exemplo admitta-
 rent, iudex in suam rem litem
 vertendo

Liv. de or. II, 75 - Jell X.1
 in insat. Sol. 21 (da Keller)
 322
 Mater. fut.

testi au dolo malo in nt. 83

Liv. Vind III, 23, 57 tu de acri
 stultitia et persequere ut even quidam
 immemore, quod saepe per impudens
 fit - hai ante di mondia impudens - quello
 che avevano preso amare...
 X E' 2.75.305
 de or.

litij nomen omnem actionem
significat sive in rem sive in
personam § 50 16 36

litis erit objecto della controversia
litem aestimare - praedes dare
litis et iudiciorum § 4. 10
pro lite et iudiciis... debantur
praedes § 18. 94

[id est res et fructuum]

iurandum in litem
(vari testi in Hermann-Loocke
p. 318)

da vedere Behrens in Pandem legis
Fasciole in Pandem legis

Kason PR. 425

la responsabilità l.s.f. continua
e si estende a tutti i figliuoli
giudici. Inoltre il giudice è
espressamente dichiarato responsabile
da single leggi per determinate azioni
C. 3 1 13 6 (530); 15 (531)
chiarendo la condanna nelle
cause giudiziali § 39 m.
(relativa a condanna nelle spese)

1. plurimum est et etiam
14. truce 23

qui formula accipit intendere debet nec amplius
us quam certa condemnatione constringi

itl
~~autem~~
et rem uti

2. eandem formula accipit
2 203

11

certa pecunia in con-

32. demnatione posita non sit. ind aestimare rem debet et o sed
et ~~sed quoniam de us erat~~
~~quoniam vellet condemnari una probat~~

qui formula accipit intendere debet nec amplius

pluris quam certa condemnatione constringitur
7 neque eandem formula non accipit & qui petit

etiam vice tertium petit aliquam consequatur
~~consequatur~~ ~~consequatur~~ ~~consequatur~~
utque velit

t quis rem pe

tetur in certam, ne consequatur
us quam velit. index condemnet plu
aut ma magis

dis minus cum

inquirere de in certis

Prisco & Paus. p. 8 F11 & IV, 86 ss
H. Grot. V, 495
Senato della Repubblica - Archivio Storico

d'epigrafe di Sta. el nro 5 non consente la
restituzione di Hu. ~~nec amplius~~
~~quoniam certa~~ [sed nec iterum] eand[em]
formul[am] am[plius] accipit[ur]

vi sono solo tre spazi all'inizio del nro, poi
una r e tre spazi - è invece possibile
[ite]r[um] eand[em] formulam accipia[t]

Se autem qui petit iudicium potest
(potest condemnare) usque velit
iudicare

e i p[er]missum ē at si etiam

37 -

qui formulam accipit[ur] intendere debet nec
certa condemnatione constringi[tur]

17 (la rec. di H e N 19)

eand[em] formulam accipia[t] si autem qui
petit[ur] iudicium petit iudex condemnare potest
usque velit.

At si etiam taxatio p[er]ita non sit sed
de certa res agitur, inde quanti velit condemnare
non potest cum qui formulam accipit nec
amplius quam certa condema. constringitur.

eand[em] formulam accipia[t]
iterum eandem formulam
accipiat. Si autem qui petit
iudicium potest iudex condemnare
potest usque velit.

eand[em] formulam accipia[t]
iudex potest iudex condemnare
potest
usque velit

La tesi V'Y' Oas è che il co. pres. è
 in quella della sentenza N. sentenza,
 l'adone in in factum e la condenn-
 nati in quanto il concetto sarebbe sta-
 vuto essere condannato (tipo or penale
 in p. 391)

Contro la derivazione dell'istituto N. sen.
 p. 392

La responsabilità è oggettiva indipen-
 te da dolo o colpa -

[In questa tesi della sentenza
 rinviata in sentenza Gi. 4.52 -
 che Gi. V'oy aggrava interpretando
 di loro nel senso della sentenza
 nella norma rinviata]

26
 Sell. X. 1.5 il tribunale rinviava
 nel testo intende le parole nel
 senso di essere parties personell-
 reate da lontano -

Propp. La costituzione in integrum nella
 cognita extra ordinem N. sen. 1955 352 ss
 variata N. sen. in l. 2 f. meglio si opor-
 alla rinviata in l. p. 8. 5. 1. 15.1

La molteplicità dei reati apparsi
 presuppone la validità penale della
 p. rinviata (p. 354)

rinviata alla norma della
 responsabilità p. 354 s.

responsabilità penale p. 355

In contrario che i presunti N. sen. sono
 in tal caso la rinviata ^{in la rinviata} (p. 359)
 che allora presunti rinviati -

Destina l'appello 59 invece alla
circoscrizione di Caluso e nella
validità della sentenza

p. 99 elenca 5 chiamamenti -

p. 273 art. di Jav. § 10 3 18 mm
corrispondenza alla prima, ma si
tratta di un'altra divisione
appena C. 7. 48. i Alex sentenze su
una diversa da quelle pertinenti alla
stessa specie -

§. 48. 10, 1, 3 (human. 14 inst.)
sed et si iura constitutionem
principum reguntur, puniuntur

27
Appello esten anche all'ordo
Ragge, l'impropriezza 7 e n. 4 (trib. l.) -

l'impropriezza presuppone la validità
della sentenza

§. 5. 1. 40. 1 (Pap 4 quest)
Index ar quid diversas legis
pneceptionem si indicando solo
male praemissum, [legem offensam]?

Keller 322 n 83: il testo non era
più applicabile

C. 3. 1. 13. 6 (Just. 530) omnes
condemna nelle spese -

Costoro la loro N. V. 22 della
una clausura N. 8. 5. 1. 15. 1
fu la montagna del solo basta
stare che nel dir. q. 10. la
stazione accolta non è quella del
solo una bella colina - Allora chi
avrebbe fatto questa interpret. ?

Secondo d'ora indipendente non è
colpa ma ignoranza - La Paraphrase
dunque è necessaria - (p. 389)

Wenger 46 n. 69 - con riferimento a W. 1000
P. 29⁵⁵ fu Roma la trasmissione dei
quindici punti quindici fin alle prime
visti del 3° secolo - fu la prima
prima circa in corso

pre intermedia della cognizione
tipologica del sistema quindici con
trattamenti istintivi 2° affetto
Wenger 59

una tale esaltazione si esprime a
partire dal 2° secolo
che alla metà del 4° secolo la
prima ragione è data dal tutto -
cfr. 252 ss.

Le Martine Girard. part.
339 ss. fu la prima -

355 - epoca di Severi come
epoca del Impero - per designare
riforme

Esistono in studio i problemi
N. 1000 della cognizione = intermedio

nel lungo fido in terra montana del
fiume 'extra ordinem' (di norma
vatici e in costrutti) - St. N. Polara
II, Milano 1971, 665-757 (dalla
n. 251 risulta che l'articolo era
già in stampa quando apparve Kaser
RBLPR 1966.

Nota 143

Nota 65 n. 1 l.s.f. completamente
ritratto o negligente

Nota 65 n. nota requisiti del giudice

Presenza di agniti nel
contorno del giudice e c.c.
Top. 17 65 Schaff, Roma
RW 62 e n. 5

giudici: Monumae St. A.
II, 1, 338.

Con la cognita si riduce sempre
il più e con il 3° secolo si arriva
al processo con giurati. Desumendo
la lista, per lo meno nel 3°
secolo un ^{ne} homo iure
Marco è l'ultima nipa
per il quale Troiano ^{eterna}
attestò il giudice nelle ventose
539 n. 1

L'uomo M. T. de valle
indiviso in Perugia de Ove
95 in ...

4402
34 n. 23

stato un'ottima agidica della Tera M.A
(unite 120) - Al termine il conte del
261 in all'ingr della sua carriera
in oltre nelle 5 decarie dei agidici
della 3100 differenziale prima
e l'era con rivestito questa poe
(Sera 193-211). L'epoca de u
non u' conti era or non molto
in questa commessione.

Nell'ingr e l'era della lista
anno Heli ing. e in anno
una lista dei putri (Xenothote):
Geli. XIV, 1, 1 Heli Winter
PW. IX, 2, 2406

Il piazzi del pancia fronde
a quella della cognita nelle e in
contenuto con la caduta de i. p.
e la antitadmi de il i. muniti
del ingrat, quindi ripartite.

Wider peduni - (Stenir, 2470)

gratifica e minima de i. per
Heli l'era Kasur 142 : 85180
62 1 57 - diversamente xto de
Rosa Labeo 1953, 39 m. Guter Puyler
228 d.

McLornick 155 male diffusos Aids
= incompetent adjournment
confermati da Macrobin

Per il discorso di Tizio erale
francese, Studi Storici N.S. 1, 123 m.
utro da Malcovati

Le lettere erano riservate... i neurologi
metodi letini e vari con tra di darvino
PW 6, 310

I carolini spingono alla
opportuna alla utra antea x.
Lanciano. ~~qui gli ucraini~~
~~battono. con durezza~~
accusano per via
fra i test ut. CIL X, 3704

1X, 4206-4208 4399 Ver Ryms

CIL XIV, 2065 a CTh VIII, 5, 46

PW XII 1 1011 -

de ub. coll. IV, 1 indicum (gov. prov.) excoarata cupressae - nois. 25.
1963, 116 -

la compressione delle legni fornisce l'energia
per i motori - in 11/2.

ingegneri, 104 distinguo sociale che
causa di differenza sostanziale - corso
finir 1943

Conta la fase della cognizione linguistica
maestranza int. Winger 263 n. 85

Norman Ziffle Robinsons Wagon 26

Eth. postlors in Wanger 334 v.
 CTh. 1, 10, 7 x lobatum - Hearia
 allen cruminate dei spinidit - eth
 test -

der zentrale Bethmann Hollweg
III.

Kaser 424 nimm a Winger

last particular C 3 / ~~12~~ 6
last 15 (0 3 1 13 6)

con Chiorelli da condannare
nelle spese quindi fino al 1935
59 ss.

nel processo e ord. giudic. non
 vi era perdita irrimediabile della parte
 data l'irrimediabilità dell'appello, la
 responsabilità del giudice era in equilibrio
 in relazione al danno subito per il ritardo,
 mentre in quello attuale era corrisposta
 il valore della causa, la vera
 certificazione: Stojevic, June 1957, 74

una dimostrazione è l'affermazione dell'esi-
 stenza della responsabilità al tempo della
 legis actiones

una comprensione bene il fondamento dell'azione
 causa quasi delitto - mancanza di atti
 relativi al sopra dell'obbligo: p. 73

Spiega l'idea della perdita irrimediabile:
 Hübner 201 n. Stojevic 73

[con quale non si è più vicino alla
 restituzione in integrità?]

[che per irrimediabilità - qual'è
 l'elemento comune con il quasi ex
 malicia?]

l'errore nel giudizio o può far riavere
 nel futuro s. f.?

[in praesentem legem è fatto doloso
 giudizio per informazioni no]

testo di Massimo Kelly 108 n. 1
 (cf Stojevic e Bartoli)

Kelly 113 una responsabilità del
 giudice per irrimediabilità avrebbe fatto
 la mancanza di giudizio irrimediabile
 e la funzione non popolare
 la mancanza dell'appello fino a circa
 il 100 d.c. spiega come non

argomenti a favore della sua
ragionabilità. Non è contrario

Insufficienza della ragione del Re
nel test N. Melfian - ipotesi di
un'iniziativa che doveva esistere
• sapere dopo la fine della guerra?
R. attribuisce grande importanza
alla questione - Il Re può essere
presunto

116 Estrema novità del caso - la lettera
non mi ha ancora permesso di esprimere
basta non pensare a lei
le parti sono state in un certo modo
hanno alcuni riferimenti al C.C.F.

ata 8. 17. 2.52.18
8. 46.1.67

E' difficile resistere all'idea -
forse che la Regina colata
ha una morte p. 117

vedi Pugliese p. 73 m.
St. Betti III

Pene per gli appellanti contro
spectabiles
respirati (temerari?)

Bethmann 337

Pugliese, Il processo civile
romano II, Milano 1963, 253
conferma la violazione dell'obbligo
di garanzia d.s.f.

preclusione o estinzione dell'azione
in la litis contestatio: Biscanti (1968)
245 o. Cpi IV, 106-107 - IV, 114
bibl. 428 ss. veteres -

Bonipaci Studi di diritto II, 207 sulla
legittima e i q. imp. c.

Kaser 227 s.

Cpi III 180 IV 107 FA 106
veteres - atto in forma di
iudicium legitimum - consumma-
zione -
entra in vigore del test. e
entra a data 228 n 29

Biscanti ritiene che la lex Albiarum
affini legitimato solo le conditiones
praelari e quindi ritiene che i veteres
un potessero fruire di emendazione
alla obligatoria diretta da quella di dare 161

34
B. discute la natura di testamento
in forma un glossa nel 1814
fra le quin litis desist. p. 171

172 donna Bonipaci

entra in test. e Proc. in 4, 114 e
discussione - la causa è sempre nell'opti-
mane dei veteres seguita dal Proc. 174 s.

Nell'omologazione dei iudicii ignoranti de
Cpi IV 182 m e indica il l. s. f.
(Wenger 179)

1. Rivedere p. 3

Il nuovo testamento nel
sentire il filosofo greco?

Un termine potrei aver fatto nel
giudice romano e quello inferiore
d. s. i. 2, 2 app. Wenger 303 s. e
Wenger -
i/

Quintiliano C. 3, 1, 13, 1
 omnes tunc ... non recte trinitati
 motus post tunc in contestationem
 nec probandum? Wenger 307
 propositio a quantitate - non
 in ea l'exceptio rei in inveniunt
 deductae

non in nullum Wenger 307
 contra constitutiones § 49 § 1 2
 Wenger 307 e no 34 in et.

Humani l'agere et responsibilitate per il
 quibus qui l.s.f. Wenger 308 in
 videri a J. 4, 5, pr.

Termini per l'examen - Tempus ad
 allegati - Quintiliano 4 mor W. 309

Exempli repositio in indicata
 §. 4. 3. 25 Paul. 11 ad ad.

altri cas §. 4. 2. 14. 9; G. 1.
 72, 9. 4. 28 ^{Ulp} utilis dei
 mali repositio; 21. 1. 14. 9 repl. ^{Ulp}
 de dolo malo (l'itp ?) § 4. 1.
 2, 1-2 ^{Ulp} generale definitio, § 4
 1. 22. 1 ^{Paul} contra exceptio
 quam exceptionis exceptio -
 §ai IV 126-127 J. 4. 14. pr.
 1
 nelle formule de repositio
 apper dopo l'exceptio et
 e introdotto con aut si -
 §ai IV 126a - §. 15. 1.
 32. 2; 3. 3. 48; 27. 10. 7.
 1-2; 50. 17. 154

35 Si non Cas N. 126; D. 2. 1. 10.5

44.2.24 e da chazzingere

replicare = offerta all'eccezione del
de dolo utitur replicans -
no: 2 14 35; 3.3.48;

12.2.9.4; 17.1; 13.7.3

12.2.17.1 laro di exceptio e replicatio
nel caso di insinuatione presento nel
pupillo sine tutor auctore -

13.2.3 replicatio de dolo et fraude.

Si non o aut si Keller 245

eccezioni perizonie - manca l'offerta
di diminutione nell'exceptio; no
fu introdotta nel processo tanto sotto,
48

reperitur exceptionis Keller 125

36 excepti non formale
neque in ea re dolo malo A. A. aliquid
petitum est aut fiat.

Keller 126

In integrum restitutio nel caso che l'attore
avesse adotto in giudizio contro il pupillo
senza tutore auctore

Ulp.
A. 27.6.1.6 ~~per~~ 12 ad ed.

in integrum restitutio contro l'attore
compensando del processo tutore -

tutor et tutor e utile per il compensato nel Pomponio
N. Antimugli -

26.6.7.3 (Ulp.)

omni a Pomponio actor restitutio
agendo -

solazios d'exceptio in diminutione della
condemna (1934) Scritti III, 463 p.
per il carattere non clerico entro
Arrigo Ruiz -

monogynis exc.

8.23.4.12.2 1.23.4.22 (Jul.)
14.6.9 gr. (Ulp.) C. vol. 1
8 44 4 4 14 (Ulp.)
44 1 18 (Afric) 46.2.19 (Paul)
44 2.23 (Ulp.) non competit
exc. rei ind.

prudenti more constitutorum
J. 1, 8, 2 i. f. (Antonino Gi)

in finem legis etc. mi tunc in
Klammann 221 r.

in v. Edith de Jolly 8 1 3 29 30
2 14 7 7

Karlowa 1349 e n. 3
con titolone di HSTON e WINDSCHOT
II 5470 n. 1. Pernice Laberz, 29/5.
corp. in dlo ven estimato
per m. p. Quantam aquam

37
falsus duo Lencil 119
Comp. 1.3 4 7 3
9 gr.

8 3.3. 46-4
ut. Kelly 147 n. 4.
ritiene valida la sentenza in
un processo mentre da un
procuratore, che aveva chiesto
per errore o involontariamente
qualche cosa non dovuta,
sue restituire al mandante.
[ma il libro non dice che
vi era ancora riferito alla
condemnatione della formula]

Batruudy Paus Lexi 1982
Pausone Paus Lexi 1983
re. Horvill 25 1985,
573 m.

1. appendere 2. 11. 2. 3

D'ors muns d'ors de la
Lex Iustam sobre l'indiciu
municipal SDH 1984 2800.

de la Flavia municipalis
AHDE 1984 5350

de muns sobre la ley municipalis
BDH 1984 1700

Spitzel Lex municipalis Indiciu
1984; SDH 1985, 627

Gonzalez The Lex Iustam
a new copy of the Flavian
municipal law JA'S 1986 1475

7 muns 251-5

343 236

315 258

29 271

22

Wundschied II 823 8470

note per notizie nel dmsch
tedesco e sulle epistole di
quinta del lungo (dolo - colpa
gore - colpa)

Francesco De Martino

Mura... ben... : ... dei ...

Nella legge Iuvintana apprendiamo
che vi era un obbligo di diffondere diem
in testimonia e di dare notizia - da
villaggio a due villaggi e per il giudice
in una multa (damnum esto dei) di
1000 HS con azione popolare (cap. 90)

dimostrata in testimonia nei due giorni successivi
(al primo) - rinvio - ordinamento che il rinvio
in avvenute prima del giudice o della
litis aestimatio nei giorni leali e obbligati
ex h.l.

in caso di omissione del rinvio e della
sentenza lig damnum esto.

se non si giudicava entro il tempo statot-
tato dal capo della leg. Iuliana nisi priv.
e relativi sc. in modo che la res non
si più oggetto del processo isolato alla
lex Romana - e questo si vi tutus co
de regnandi l'afano, go atis, la dimostrata

il rinvio del dies o l'overment anni,
il giudice, il danno per il giudice, l'asce
della con due parlere, come avvenire nei
giudici ordinati dal Pretore romana tra uoluntis
romani, salvo i casi in cui questa legge di op-
nem diversamente per altri termini e luoghi
di giudice e rinvio

Anche in questi casi la validità era a
danno del giudice

Se il giudice non era entro prima
il tempo - sopra compreso e la con non in
non in giudice il danno era come per i lives
Romani in Roma, al di fuori dei casi in
cui vi erano tempi diversi e luoghi diversi ex
h.l.

Indice libro VIII 2^o 326
Senato della Repubblica Archivio Storico

8' on 1983 p 84

diffon 45

om sono conseguenza in
atto in pratica

mess - l'at - dr 2. 46.7.2

1984 stimolo ad un approfondimento
alla ricerca e alla ricerca
della mat. - nel libro ^{la mat. alla} la Dini

8' on 45 ritira de non lo amede
nel cap 91 l'atto in pratica
non un'azione non formulare
in il medesimo fra (che vuole
due?)

h 23

da vedere in Krüger - Stadenum
giu 14.52-53 (fotografia
dell'Agrographus)

40

Mac Cormac ANRW 14 4 la per
capitale per il giudice signale non condanna
giudicata per a morte [non vi erano
oggetti giurati]

Lery - B. m. l. Rechenes non ha azione
R. la loi Paris 1968 222 - il giudice
istituisce la sua persona a quella del re e
si espone alla conseguenza esecutiva - Periodo
giu. l'attore

Mac Cormac 9 nella sua ripetizione in
messa recitata l'atto istituisce la sua persona in
sequenza (res. att.)

Trippe Tard per ascoltare di caso. (Cun-
cine di aprire allora e per essere
di lui)?

Ingru letto. nella mattina della
risposta. 17 n. 52

Spiegazione di Compendio di de Luchini 18 s.

Int. p. o. gli in un altro di cui altro 19 n. 56

in frondem legis lett. p. 21

Botti la cognita extra ordinem
ANRW. 14, 31 restituita nella
c.

// Kelly 121 anni - rimedi per
intare la fine della vita etc -
azioni valide altre intenzioni -

Rebrenols Zwolfstapel Buzzo.

94 e n. 342 L. S. f. rose note
in fr. leg. o. caso postumamente

v. biondome in ufficio etc -

anche 77 e note -

v. anche L. S. f.

di legge repetendum e le norme
confezione nei giudici penali, delle
le della crisi, rientrano nel capitolo
della legge penale più sanzionata e
caratterizzata e un or perenne adduce
come prova della corruzione X tutti
i giudici, anche quelli penali. In
di rose acute contraddizioni in
Fascione. Alquanto in di ciò che -
convincere e da in discussione
pecunia necessaria, Arch. Giur.

1975 1 m

Leggiposte X Lis. 88 n. 3/7

42

~~2000 tu litem meam cum N.W.
tuam factus es et mihi per indicat^{es} 2
H.S. X mihi, grande un elvisti, de
canon rem tibi H. mihi in 120 indicati
manum in eis -~~

in 120
120

Modifica a p. 17

19-23-26

21-25

d'alione in duetia contra
il f.f. e mihi contra il
foter 7 4.5.2. decisione v
fotiano al oro di leictum et
affasum e fotianum magerumve -
8 5 2 15 per Puglia Lignis
II³ 285 n. 19 in tabl.

5 1 15 per sorgetta di nito
Perrice habeo II, 2.1 171
n. 1

[in tantum - fin] Brondi act.
no X. 63 n. 8
Lend Ed. 216 n. 3 4

Lend 217 durante il oro in elap-
ne di una valle legge nella
garumie - mppone de 8 gdon
messe abbejato i lunt della
lex Franc o Cornelia -

Albani - Sisti ^{III}, 135

non anche a Sisti. Et ad
hic. Sisti. N. un mostro protel.
di anche p. 91. M. Sisti. N. per
fig. e il M. Sisti. N. q. d.
il M. Sisti. N. -

Esaminare il più bello della
città. in città. e in città. all'altre
città. la possibilità che non
forniva al padre

S. 4.4. 3.4. La Rosa
Detta. N. 189

Intp. S. M. Sisti. I, 398
con città.

p. 16. mon. / città. per
giudic. Mon. 535 - n. 3

d'ordine dei Sisti. della
figura di quidam. in e
altre. espresamente, non
risposta dalla moneta. N.
per epigrafe (Moneta)

Esaminare la città
N. 8.5.1.15 per e Sisti.
città. città. in città.
N. 202

Secondo Sisti. in città. 1986
318 Sisti. Estudio. N. la
città. in città. in città. in città.
1986, p. 91. N. l'a. aduersus iudicium
qui l. s. f. è città. all'altre
città. - N. città. in città. di Sisti.
la città. in città. a Sisti.

Flori d'interfontezione storica
del diritto a guerra minime 1981

Prelli Injustitia un

da emulare ^{mentello} ~~mentello~~ per un
storici della giurisprudenza. maun p.
201 n. 97

da cf. Hernandez e Paricio de
regionalistiche del juca - AHDE
1984, 179 n.

da fr. Christol Note de topographie
queste: 14 un chevalier romain juge des
cinq delitti originale de laici
2 FPE 1986, 185-194 (Titu)
CIL III 1085^{gms}

44

~~Luq Manuel 589 l'esperienza
L. s. f. piccole della legge
decomposizione - con anche storico
Tun 195769 n. de un n. p.
mentis del tipo di l.a.~~

citare autori a proprio del centro
più o dell'azione - in 8/92,
1982 381 n.

Turcivortoli prova 2° n. 383

due azioni distinte ivi 388

nt 68 Rudoff ED. 559

Karlowa RC. 2.1349 n

Kübler 25 1918, 221

~~Guardo Aziones in sequenza
conceptae Sabes 1962 13 n.~~

Privatstr. 50 n. 10

Send § 93

Pringsheim 255 1932, 78 ss

e Gesammelte Abhandlungen

I. 173 a.

vedere age AA daugno

il cantiere in b.e.a. Pringsheim
n. 116-120

Per § A per le due condanne. Aug, 590
(il più vicino alla un)

Loce. St. 176 (D)

Ido ai forum et pauperi
tutela geram

lunga nota N Wenger 138 n. 19
sulla storia della condanna pecuniaria
e sulla cond. in forma di multa nelle
leggi antiche, nome della "castrum"
in età.

damatio - Wenger 223 n. 12
lunga vede al danno la
sentenza di un arbitro (giudice
stimatore) da origine la liti
castrum - a più volte della
l.a. p. m. in.

altri nei arbitrari - arbitrari
lunga castrum Wenger
142 n. 32

rimar N egniti nel processo
classico Betheun II 5
103 n. 105 107

III. 299 per il dir. cristian.

d'ora per un modello
della d. N. Bonifacio, che
della la P. m. m. m. m.
di Castilla m. d. m. S. D. R. 1936
3903. m. l. m.

5A

spesso. V'oss che h'ce l'v'm
in un archimato velle de Julia.
mariapp. per i mariapi spymet-
Castillo - 393

1958-
Llesias 7 1982. 506 - comput.
Moto - arrive i. b. d. a. j. u. et.
agist. n. e. g. a. z. a. , r. i. d. a. n. e. a. d. l. l. e.
v. e. l. l. e. a. s. s. u. m. e. n. t. o.
10-1934 9 507
1932 Bonifante - sentenza M. a.
12-1909
1896

2^a 1935 - 3 1949
Jens - Kuntze Winger 193
evoluzione del mio dovere di
ufficio, specificamente transi-
samento del diritto nell'uni-
mazione della sentenza

1921 - 1963
Byrdland³ 598 fu mancante N
negli anni o non si
~~era~~ ~~o~~ informazioni da un
carta decise o forse in neg-
giute nel suo ruolo a determinate
N una parte - o un guidavo
non autorizzato dalla famiglia

4. 1970 7 884 Ampelo La utra' anta Bari 1980 46
Gravino in male fase d'attesa
1981 uigrida (1939) - 3 1956
Biondi 520 e n 39

Voci 3 sentenze negative
per role o brani legd

1897 - 8.6. 1929
Girard³ 632. Catina scatenza
per negligenza o mala fede.
manomissione di propri documenti, per
es. non presentandosi (ata manomissione)
in tutti i casi - la condanna in
pene di prigionia - segue d'ind.

A man sometimes the fire is the
upheld. answer made quite
beginning in giving in the
first of grace with a will.

Solo per me nel div. class.?
ato Penaggio² II, 387
1906 - 1928

1423-16.1480
Alcunzo 378 frase citha
do uolo w f. l. Nuova
dottrina di Roy catt. opera
prot. e prefato da p. st. A

(1939) - 3 1956
Biondi 520 e n 39
dolo e neppure (provvisa
in finitimus) programma
ai progetti studi - Per il
dato pieno risarcimento
del danno.

Bundere³ 534
representativa sistem
alla colpa -

Valturn ¹⁹⁶¹ 50g s
guidato male per

Vol. o per imprudentia
originariamente sua
(caso di furore) o cattiva
fede dell'acquirente

l. s. f. para N cor mar
e pile uterine - la p. lla
il mio p. s. a

Francesco De Martino

Berger, Enc. Ric. 548
sentenza ingiusta per Me -
una ingiustizia personale più
che la negligenza - L'atto
che giurava di cadere
l'anno finito nella famiglia
senza -

Hu¹⁹

taxatio posita non sit |
 quanti velit condemnare potest unde quia
 quod petit |
 qui formulam accipit⁴⁴ intendere debet, nec ampli |
 [us in dex. quam] certa condemnatione costringitur⁹ sed nec |
 [ita] & [cum] eandem formulam accipit¹⁷ [qui legit et
 in condemn] | cent⁴⁷ tam pecuniam quam petit
 ponere debet, ne consequatur min] | us quam velit

nota. 1. ubi ubi deficient spatium
 accurate servari, praeter de
 signa tantum negligenter

At si etiam [quanti ex res sit positum sit
 quanti velit condemnare non potest eum] qui
 formulam accipit nec ampli [ius] quam] quam
 certa condemnatione costringitur [tu] & [et] si
 ite] & [cum] eandem formulam accipit.
 Si autem qui petit uideretur petit
 index con. inuare per

spaci

17

37 per per marginem

3 per marginem

7

3

11

5-6

29

48

At si etiam [quanti ex res sit
 positum sit] quanti velit condemnare
 non potest eum] qui formulam accipit
 nec ampli] us quam certa condemnatione
 costringitur et si eandem formulam
 accipit.

At si etiam [certa pecunia in con-
 demnatione posita non sit, quanti ea res erit]
 qui formulam accipit intendere debet nec ampli
 plus minusve quam] eam condemnatione < iudex > contringat
 [neque] eandem formulam accipiat quia res pe-
 titur in certa, ne iudex condemnet in plus ^{<aut>} mi-
 nus quam velit.

- 1) Responsabilità per solo - aeternatis
 2) " per infamitatem in bonum et aequum } clausa -
 m. b. a. oppositio
 3) due azioni una per solo una per culpa } non pced. oppos.
 4) determinazioni rimessa alla } solo una clausa
 prae et alla quistione. in bonum et aequum deus
 5) responsabilit  oggettiva 2/3 con condanna in quantum d. t.
 condannari levisset, tantum pecuniam etc

Insieme fanno da il solo in
 presentati nell'istituto
 per cominciare la questione
 della prae-
 poi passare all'impugnazione
 e indicare le varie stadi
 poi tutto di clausa

Francesco De Martino
 rifac
 pg. 5-8

Litem suam facere

Litem suam facere, un'espressione che ricorre nelle fonti giuridiche ed in quelle letterarie. Nessuna ce ne spiega esplicitamente il senso. Intesa alla lettera dice poco: che cosa significhi realmente che il giudice fa propria una lite non si sa bene. Certo possiamo ritenere che essa implicava una responsabilità del giudice, ma non certo quali comportamenti od omissioni la facessero nascere ed

(1)

in quali modi si potesse perseguire.⁽¹⁾ La fonte più antica

(2)

nel campo giuridico a noi pervenuta è Gaio, il quale ci fa sapere che il giudice litem suam facit, se egli nelle azioni in certum pronuncia una sentenza in una somma di danaro maggiore o minore di quella fissata nella condemnatio della formula. Anche nel caso che egli superava il limite posto nella taxatio incorreva nella stessa responsabilità, ma non se stava al di sotto del limite, il che è logico, perchè la taxatio stabiliva un limite massimo da non superare. Nel testo segue una lacuna, che inizia con le parole At etiam che evidentemente introducevano altri casi. Huschke ha tentato una restituzione della parte mancante, immaginando che essa riguardasse l'ipotesi di una condanna in minus rispetto alla taxatio, il che è poco verosimile, sia perchè ovvio, sia perchè at etiam fa pensare ad ipotesi differenti trattate però allo stesso modo delle altre (3).

(3)

Poichè nelle fonti giuridiche manca una definizione di questa nozione di litem suam facere, occorre trarla da altre ricerche. Quelle puramente filologiche non ci danno però alcuna certezza. Lis ha vari significati, cosa litigiosa, azione, controversia giuridica, ma litem suam facere nel linguaggio comune è usata per cose diverse. In modo più sostanzioso e fedele al senso letterale Livio chiama in tal modo l'atto di un giudice o arbitro - nel suo caso lo Stato romano - il quale profitta della funzione affidatagli per impadronirsi

4 della

cosa controversa (4). In altri autori si usa l'espressione per chi fa proprie le ragioni di una parte in una controversia o si immedesima nel dolore di altri.⁽⁵⁾ La varietà dei significati ed i contrasti delle

5

fonti giuridiche fanno sorgere opinioni diverse tra gli studiosi, a cominciare dalle origini di questa responsabilità. Degna di essere ricordata per il suo carattere originale è l'ipotesi dell'Arangio Ruiz secondo il quale l'atto del giudice consisterebbe nell'impossessarsi della cosa dedotta in giudizio, affidatagli temporaneamente (6).

6

Se comunque quelle parole si intendono in senso letterale, esse indicano il comportamento di un giudice, che fa propria l'azione o la

7 Controversia, divenendo così parte nel processo, la prima idea che viene alla mente è quella della translatio iudicii(7), un' idea che peraltro trova pochi appigli nelle fonti e nella logica del sistema, dove il mezzo della translatio non veniva impiegato per trasferire il processo da una parte al giudice.

8 Quella della translatio non è la sola ipotesi formulata per le origini. Qualcuno pensa ad azioni esecutive, come la manus iniectio(8) il che lascia molto dubbiosi, data la natura del processo esecutivo e la totale mancanza di leggi in proposito.

9 Andare dunque alla ricerca di una figura originaria in questo campo è come addentrarsi nelle tenebre. Quel che conosciamo delle XII Tavole, salvo la condanna capitale per il giudice che si lasciava corrompere, ci ha appreso ben poco, al di là dell'esistenza di cause che scusavano l'assenza dal processo delle parti, il morbus soticus e lo status dies cum hoste (9). Ma vi sono sopravvivenze di istituti e norme arcaiche sui termini ed i tempi di un processo. Il Behrends (10) in un libro accurato e molto documentato ha raccolto tutti i dati disponibili su questo tema e da essi risulta l'importanza della diffidatio dies, l'aggiornamento del giorno fissato per il giudizio, che appare assai più importante di come non si ritenesse per il processo formulare. La responsabilità del giudice per litem suam facere potrebbe ricollegarsi al sistema dei termini, mentre l'atto compiuto dolo malo in fraudem legis, di cui parla l'Editto, come vedremo, sarebbe sicuramente postdecemvirale. Non si può peraltro ignorare che non vi è traccia nelle XII Tavole di sanzioni per il caso di assenza del giudice dal processo fuori dei casi previsti. Si può pensare che l'assenza ingiustificata si punisse come l'iniuria? Per questa è prevista una pena di XXV assi.

Ma si tratta di congetture con deboli addebbellati nelle fonti. Preferisco quindi lasciare ad altri studiosi con una fantasia più fertile della mia di scrutare nelle ombre fitte del processo arcaico e mi limito ad avvertire chese vi fu una responsabilità del giudice, questa non poteva che ricollegarsi a violazioni del rigido formalismo del sistema delle legis actiones, nel quale termini e tempi avevano un'importanza fondamentale. Aulo Gellio del resto ce ne dà una precisa sensazione, parlando di un suo caso - o fingendolo -, nel quale, nominato giudice, si trovò nella necessità di apprendere le norme concernenti tale funzione. Vi era povertà di parole vive e fu necessario ricorrere a maestri muti: in dierum

quidem diffissionibus comperendinationibusque et aliis quibusdam legitimis ritibus ex ipsa lege Iulia et ex Sabini Masurii et quorundam aliorum iurisperitorum commentariis commoniti et adminiculati sumus(11). Il racconto di Gellio riguarda il suo tempo, la lex Iulia quello di Augusto. Essa evidentemente aveva raccolto almeno in parte l'antico formalismo dei termini, dei rinvii e delle comparizioni. I giuristi nei loro commenti avevano istruito il giovane, ma non lo avevano aiutato a veder chiaro nel groviglio delle argomentazioni contrapposte dei casi concreti !

11
Uno dei più autorevoli sostenitori della tesi che il diritto civile arcaico avesse previsto il caso, E. Levy, non ci dà alcuna ragione del suo convincimento e si limita ad affermare che la pregnante espressione di l.s.f. non la si deve all'azione pretoria. Egli rinvia ad altri autori (12), che però a loro volta non dispongono di molti argomenti. Anche a me pare che l'espressione non poteva essere contenuta nella formula, come ora vedremo, ma non per questo essa era di origine antica.

12
Il fatto che Gaio nelle Istituzioni non si occupi diffusamente della responsabilità del giudice, ma si limiti a parlarne solo nei casi di formulae in certum e di taxatio e casi analoghi, che però non conosciamo, dovrebbe essere valutato come un segno della scarsa importanza che l'argomento rivestiva nelle scuole del periodo classico. Se la affermazione della responsabilità del giudice sia sorta già nel sistema delle legis actiones e sia stata disciplinata nel diritto decemvirale, non sappiamo con certezza. Noi sappiamo semplicemente che l'Editto del Pretore la prevede. Era la norma edittale un'attenuazione di un mezzo primitivo più rigido e duro o era al contrario l'introduzione di un nuovo rimedio che salvaguardasse una parte rimasta priva del suo diritto per effetto di un atto del giudice in violazione di norme sui termini o sul formale rispetto di regole processuali e della lettera della formula ? Se però esisteva in precedenza un rimedio di diritto civile, perchè non se ne trova più traccia ? La stessa clausola dell'Editto suscita dubbi per la sua ricostruzione, come ora vedremo.

13
Nella tradizione storica romana si rileva qualche traccia sul cattivo comportamento dei giudici anche in età repubblicana. Si ricorda la pittoresca descrizione di Macrobio, il quale asserisce di averla tratta da un discorso di C. Titius, una suasio a sostegno della proposta di legge suntuaria di C. Fannio console nel 161. Ma in che misura questo brano di Macrobio si può ritenere una prova storica attendibile, come fino ad oggi è stato fatto ? Macrobio asserisce che C. Titius era un contemporaneo di Lucilio (13), ma Cicerone lo

14
15
16
ritiene contemporaneo di L. Crasso e lo pone tra quegli oratori
che furono attivi tra i Gracchi e la guerra sociale⁽⁴¹⁾, mentre
Frontone lo nomina assieme a C. Gracco ⁽⁴²⁾. Così è nata fra gli
studiosi una disputa intorno all'età di questo oratore-poeta. Il
Cichorius ha tentato di superarla, supponendo che il discorso di
Titius non sarebbe una suasio a sostegno della proposta di Fannio,
ma un discorso pronunciato alcuni decenni più tardi per combat-
tere l'abrogazione della legge. Ma egli non può addurre alcun
indizio diretto e deve invocare soltanto l'esistenza di altri casi
di interventi per impedire l'abrogazione di leggi analoghe, il che
rende più debole la sua tesi, proprio perchè di altri casi le fonti
parlano, ma non di questo. Il Fraccaro ha difeso la tesi tradizio-
nale, che ha avuto l'appoggio del Mommsen nella sua Storia⁽⁴³⁾. Nessun
a quanto io ne sappia, si è posto il problema dell'attendibilità della

fonte cui Macrobio attingeva.

Si può osservare che tutto il contesto suscita non pochi dubbi. Es-
so fa parte delle conversazioni della seconda giornata, pomeriggio,
dedicate alle abitudini di lusso ed alle raffinatezze degli antichi.

Il passo in questione è incastrato in un racconto relativo ad una
autentica leccornia, il lupus, cioè la spigola, pescato tra i due pon-
ti. Il fattizio commensale cita Varrone e poi C. Titius, poi dice di
voler ~~citare~~ proprio le parole di quest'ultimo, non solo perchè si
occupa del lupus, ma anche perchè ^{descriptive} quali fossero le abitudini degli
antichi. Ma del pesce il brano citato non parla più, bensì dei ricchi
fannulloni, destinati tra l'altro ad essere giudici. Tema che nel
contesto dedicato ai pesci più pregiati c'entra come il cavolo a
merenda. Esaurita la citazione sui giudici si torna ai pesci e que-
sta volta si riferisce la cruda ironia di Lucilio, il quale chiama
il pesce pescato tra i due ponti un ligurritor catillo, vale a dire
un goloso leccapiatti, che si nutre dello sterco vicino alle rive.
Poi si citano i versi di Lucilio, che però non contengono questa
definizione, ma con ironia più sferzante, se possibile, descrivono i
gusti di chi vuole in tavola mammelle di scrofa e chi un piatto di
volatili grassi. Per il pesce leggiamo solo: "hunc pontes Tiberi=
nusduo inter captus catillo".

L'esempio doveva essere consueto nella satira romana: il
lupus Tiberinus pescato tra i pontes si ritrova in Hor.
sat. II, 2, 31.

5
17
18
E' difficile credere che l'orazione originaria saltasse di palo in frasca e volendo stigmatizzare il lusso e la raffinatezza eccessiva finisse con l'occuparsi di cattivi giudici, i quali non sembrano dediti alle raffinatezze, ma a grandi bevute. Quanto al testo, esso non presenta le caratteristiche stilistiche di un latino pur sempre arcaico ed è abbastanza confuso. Vi si parla di comitium genericamente; anche se in qualche fonte questo è il luogo in cui si amministrava la giustizia, è anche vero che molte fonti parlano di tribunale e la sede di esso è tra quelle che formano materia di controversia tra gli studiosi (14). Ma del comitium i crapuloni si interessano per una quantità di altre cose, di attività che in esso hanno luogo. Alla fine si rammentano di essere giudici e corrono tutti assieme verso il luogo della giustizia, come se assieme dovessero giudicare, ma il iudex è uno solo, che però siede nel consilium. Insomma il testo non è un bel modello da tutti i lati ed il suo contenuto somiglia piuttosto all'imitazione di un'invettiva di tipo catoniano, scelta per far risaltare i cattivi costumi di altre epoche. E' vero che le accuse di corruzione dei giudici erano all'ordine del giorno, tanto da provocare varie leggi per combattere il fenomeno negli iudicia repetendarum (15), ma questo rientrava nella lotta politica fra senatori e cavalieri per le giurie in tali processi nell'età della crisi.

19
Dove Macrobio abbia tratto le sue citazioni si può supporre, perché egli cita ai cap. XVI e XVII Sammonico Sereno, ma è più probabile che abbia avuto per le mani una compilazione alquanto disordinata, nella quale si mescolano citazioni e commento, degli scritti di questo erudito. Tutto sommato, Macrobio è una fonte scadente e sospetta per la storia della responsabilità dei giudici. Chi sa per quante mani era passato il brano attribuito a C. Tizio e l'espressione *litem suam facere*.

II

Nell'età successiva è sicuro che il Pretore avesse previsto nell'Editto una clausola per il *litem suam facere*. Ricostruirla non è agevole, perché le fonti sono contraddittorie. Un testo di Ulpiano attesta l'esistenza di una responsabilità derivante da dolo, anzi da dolo in fraudem legis e di un'azione contro il giudice diretta a conseguire l'*aestimatio rei*. Viceversa un'altra fonte tratta dalle *Res cottidianae* di Gaio prevede anche un comportamento colposo - *licet per imprudentiam* - ed un'azione in *factum in bonum et aequum* (20). Era inevitabile che sulla base di queste fonti sorgesse una controversia tra gli studiosi, i quali attribuiscono all'una od all'altra di esse maggiore credibilità. Sono quindi nate varie ricostruzioni secondo le quali la responsabilità era dolosa o semplicemente colposa.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

pos. Lo stesso è a dirsi per l'azione, se essa fosse una sola, in bonum et aequum, ovvero che ve ne fossero due, una per il dolo l'altra per la colpa nello stesso tempo. Si pensa anche ad un'evoluzione storica fino ad includere la colpa, già in età classica o in quella postclassica e giustinianea. Il D'Ors ha sostenuto una nuova ricostruzione e cioè responsabilità oggettiva del giudice per violazione di norme processuali, dalle quali era derivata una sentenza nulla in modo assoluto, con la conseguente perdita dell'azione da parte dell'attore.

La ricostruzione dell'Editto è per questo stato delle fonti non facile.

Il Lenel non ci dà la clausola dell'Editto e si limita a dire che il Pretore aveva lasciato alla pratica ed alla scienza di stabilire il grado di responsabilità del giudice. Per quanto riguarda la formula, egli ritiene sicura la condemnatio:

quantum ob eam rem aequum videbitur N^m N^m A^o A^o condemnari tantam pecuniam rel.

Per l'intentio avverte che mancano punti di appoggio e perciò suggerisce in modo dubitativo

S.p. N^m N^m litem, quam inter A^o A^m et Lucium Titium iudicare iussus erat, suam fecisse.

Nel corso della sua analisi critica delle fonti egli aveva però salvato nel testo di Ulpiano la frase : iudex tunc suam litem facere intellegitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit.

A me non sembra che il Pretore avesse potuto lasciare alla prassi di fissare la responsabilità del giudice, limitandosi ad enunciare in modo generico il concetto di litem suam facere, senza enumerare i casi concreti, come omissione della sentenza, violazione dei termini, assenza dal giudizio, non corrispondenza della sentenza con la certa pecunia indicata nella condemnatio della formula e così via. Questo sarebbe stato possibile, anche se insolito, soltanto nel caso che già vi fosse stata un'elaborazione giurisprudenziale molto precisa, tale da evitare tutte le comprensibili difficoltà della pratica. Ma di tale elaborazione non ci è giunto il ricordo ed è improbabile che vi fosse prima dell'Editto. Sappiamo ora che nella lex Irnitana, della quale più oltre ci occupiamo diffusamente, il termine ado-

perato era diverso e cioè *damnum iudicis* e vi era altresì l'enumerazione dei casi di trasgressione. E' inverosimile che l'Editto, se era preesistente all'età Flavia, si fosse comportato diversamente. Per quel che riguarda la menzione del dolo, va in primo luogo rilevato che l'espressione *dolo malo in fraudem legis* appare impropria, perchè il dolo in tal modo è richiesto solo in caso di frode alla legge. Da alcuni studiosi il testo è ritenuto interpolato e lo è certamente in altre parti, non in questa, perchè nella compilazione giustinianea si era accolta la configurazione della responsabilità per *imprudentiam*.

La previsione del dolo non può dunque che essere di origine classica. L'Arangio Ruiz ha notato che le parole relative sembrano essere proprio quelle dell'Editto e tale opinione è giusta, salvo che per la limitazione del dolo alla *fraus legis*. Si tratta di due previsioni diverse, come è nella clausola concernente i *pacta conventa* (IV § 10). Si potrebbe pensare che il testo affermi che la *fraus legis* debba essere dolosa in riferimento alla controversia tra i giuristi, che Ulpiano ricorda altrove, se il dolo debba consistere in una simulazione o possa esservi frode senza simulazione (I § 1). Ma tale spiegazione a me sembra poco convincente, perchè più adatta al comportamento di soggetti di un atto negoziale che a quello di un giudice.

Alcuni studiosi hanno spiegato la dizione in *fraudem legis* con il riferimento a leggi determinate. Il Rudorff ed il Lenel anche se con differenze tra loro hanno supposto che la clausola riguardasse le leggi che avevano imposto limiti alle garanzie personali, la Furia o la Cornelia (I § 1). Questa congettura si fonda sulla *inscriptio* del testo di Ulpiano, 21 ad edictum, nel quale si trattava della *lex Cicereia* e della *lex Cornelia*, mentre nel libro 20 della *lex Furia*. Può darsi che l'espressione di Ulpiano sia occasionata da un esame del tema delle garanzie personali, ma questo non toglie che del dolo si poteva trattare anche in altri casi, come del resto ci apprende la citata *lex Irmitana* e ci suggerisce la logica. E' quindi preferibile credere che la menzione del dolo abbia un valore più generale e si applichi ad altri casi nei quali vi era stata una violazione dolosa della legge. Si può allora supporre che la clausola dicesse: *si iudex dolo malo aut in fraudem legis in aliquem sententiam dixerit, actionem dabo*.

248

Queste considerazioni riguardano la parte del testo relativa al dolo ed alla fraus legi. Ma anche la parte finale è stata sottoposta alla critica per l'uso di vera aestimatio, sospettata di essere espressione giustiniana (240). Che essa non sia felice è difficile negare, vera sta nel senso di vera e propria, stima corrispondente al valore effettivo, quindi in parole più tecniche equivale al quanti ea res erit consueto nella formulazione classica. Ma desumere da questa poco elegante terminologia la conseguenza che anche la sostanza si debba attribuire ai compilatori ci corre, perchè vi erano certamente casi nei quali la corrispondenza del valore al danno recato all'attore era evidente e perciò non occorre far ricorso ad un apprezzamento equitativo.

Per quanto riguarda la tesi opposta della responsabilità per colpa occorre affrontare la questione dello sviluppo storico, vale a dire stabilire in quale epoca vi sia stato l'estensione della responsabilità ad ipotesi di colpa. Convien far cenno di un testo di Cicerone, che sebbene non possa costituire una prova diretta sulla data e sul carattere dell'azione, tuttavia offre qualche indizio. E' un

25 E' un passo delle Verrine , nel quale si accusa Verre di perseguire giudici che avevano errato, il che spesso avviene per imprudentiam, ed invece di mandare impuniti quelli che si erano lasciati corrompere(25). La censura si fonda sull'iniquità del rigore nel reprimere fatti più lievi di errori per colpa e l'indulgenza nel caso più grave di dolo. Ma da queste parole si può desumere che nell'Editto urbano non era ancora considerata l'ipotesi di errore per colpa, altrimenti sarebbe stato difficile accusare Verre per avere infierito nella giurisdizione provinciale contro quelli che avevano errato per imprudentiam.

Come si è accennato, la responsabilità per colpa è attestata nelle Res cottidianae di Gaio, in un testo riportato due volte nel Digesto ed accolto nelle Istituzioni, il che prova in modo certo che questa era la soluzione prevalsa in età postclassica e giustiniana. Il caso è inquadrato nella nuova teoria dei cosiddetti quasi delitti. All'enumerazione precisa di casi concreti ed al dolo si sostituisce una dizione generica, un aliquid peccasse licet per imprudentiam nella quale il carattere innovativo è rivelato dal licet, termine che nella mente del giurista si ricollega ad un'ipotesi diversa, cioè a quella del dolo. Per quanto riguarda l'azione essa non recava più la condanna nella aestimatio rei, ma in bonum et aequum.

Il testo è stato criticato da più parti ed anche dal Lenel, che però salvava la parte concernente l'azione in bonum et aequum. Egli muove dalla constatazione che il motivo addotto è insostenibile. Aggiunge che il caso più grave, quello del dolo, avrebbe una sanzione più lieve, cioè un'aestimatio certa, mentre quello più lieve della colpa, della semplice imprudenza, ne avrebbe una più grave, in quanto la condanna in aequum poteva anche superare l'entità della pura e semplice aestimatio rei e tener conto dei danni non solo materiali, ma anche morali e psicologici. Ma l'argomento convince poco, perché^{se} la condanna in id quod aequum videbitur dava al giudice un maggior potere discrezionale, ma è anche vero che essa poteva essere in un valore più basso di quello reale della cosa.

11
60
non classica. Ma si trattava di un riassunto delle scuole postclas-
siche di un testo classico, che però non aveva intaccato la sostanza
ovvero di una rielaborazione del principio, di una vera e propria
alterazione? L'idea in sé, che non si trattava di un vero e proprio
delitto, di un maleficio, ma di qualcosa che vi si avvicinava non è
assurda o priva di una certa logica. E che oltre i casi di dolo
si potesse pensare a colpire anche atti colposi non è impossibile.
Ma lo stato del testo non dà molto affidamento e nessuno può dubitare
che si tratta di una infelice raffazzonatura di un testo classico,
20 che induce quindi a guardare con sospetto il suo dettato. (26). Non
basta dire, come fa il Levy, che la classicità del principio vale,
indipendentemente dalla tesi che si voglia sostenere intorno alle
vicende delle Res cottidianae. Vi è invece un altro aspetto del
problema, che ci riserviamo di esaminare più innanzi, se cioè nella
rielaborazione postclassica sia sopravvissuto qualche elemento
classico, che va quindi utilizzato nella ricostruzione che stiamo
tentando. Ma per questa non ci si può affidare soltanto alla cri-
tica dei testi, ma occorre anche percorrere altre vie, quelle che
portano alla individuazione dei casi concreti, che danno luogo
alla responsabilità, agli effetti dei comportamenti del giudice
nell'ambito dello sviluppo storico delle forme processuali. Tutto
questo sarà fatto via via, mentre per ora rileviamo che esistevano
incertezze sulla natura dell'azione, come risulta dalla controver-
sia tra i giuristi romani sulla trasmissibilità agli eredi del
giudice degli obblighi nascenti dalla trasgressione dei suoi do-
veri. Giuliano si era pronunciato per l'affermativa, ma Ulpiano
seccamente asserisce: quae sententia vera non est. (27).

27
28
ta est. Il testo del Digesto è confermato dal Fragmentar Argentora-
tensia (28) e sebbene la classicità di essi sia stata posta in dubbio,
non si può negare che la coincidenza dei due testi è un indizio di
classicità. Il passo di Strasburgo anzi allarga la controversia,
estendendola al caso degli eredi del magistrato, che Giuliano aveva
invece risolto negativamente a differenza del giudice. Ricordiamo
ancora che la responsabilità del giudice filius familias era rico-
nosciuta nei limiti del peculium (29). Tutto questo non può avere
altra spiegazione se non quella dell'esistenza di contrasti sul

carattere dell'azione e sulla sua affinità ad un'azione penale.
Inoltre se si pensa che le leggi sul processo potevano aver disposto
la responsabilità del giudice l'azione non avrebbe potuto essere in
factum, ma in quanto derivante da una legge sarebbe stata in ius con-
cepta.

In primo luogo si deve osservare che l'opinione abbastanza diffusa secondo la quale l'azione contro il giudice si poteva far valere nei casi di sentenze ingiuste non è accettabile. Basta ricordare che nel processo formulare, non essendovi l'appello, non vi erano mezzi giuridici per fare accertare l'ingiustizia di una decisione. Si potrebbe pensare ad un'actio iniuriarum ed un testo di Ulpiano sembra accennare a tale possibilità (29), ma esso è oggetto di molte critiche sulla sua classicità.

Contro la tesi che la responsabilità del giudice poteva derivare anche dagli errori o dall'ingiustizia della sentenza è stato fatto valere dal Birks il testo della *Tbula Contrebiensis* scoperta pochi anni or sono in Spagna(30), nella quale si riferisce in modo sommario e senza nemmeno indicate le ragioni della controversia una decisione assunta da membri del senato della città di Contrebia dell'87 a.C. nominati giudici da un comandante militare, imperator, C. Valerio Flacco. Le parti in causa erano i *Sallyienses*, i quali affermavano di aver acquistato un terreno per condurvi un acquedotto dai *Sostineani*, e gli *Allavonenses* che dovevano vantare qualche diritto per impedire l'acquisto, senza che si specificasse quale esso fosse. La decisione fu a favore degli attori. L'azione ed il giudizio sembra che si siano svolti in forme romanizzate, con qualche somiglianza con le *formulae* romane.

Il Birks giustamente rileva che la sentenza è "imperscrutabile" per quel che riguarda il merito e da questo trae la prova che non poteva nascere una responsabilità del giudice per il merito della decisione. Che la sentenza del processo formulare non dovesse essere motivata dipende dalla natura delle cose, ma non si può escludere che vi fosse una sorta di verbale del procedimento, dal quale si sarebbe potuto trarre la conoscenza dei termini di fatto e di diritto della questione decisa. La Tavola in questione si limita a ricordare in modo molto succinto a favore di chi i giudici si erano pronunciati e non dà altri particolari. Essa è utile per la storia del processo in provincia e per

il modo come si svolgeva una sorta di arbitrato tra due comunità, ma non ci dice nulla sulla responsabilità del giudice. Se il silenzio sui motivi e sulla procedura dovesse essere assunto come prova che essi non potevano risultare, ciò dovrebbe valere anche per la procedura e per i casi di dolo, per i quali invece il Birks ammette che vi era possibile un litem sua facere.

Non si può non consentire in quest'ultima opinione, perchè è a prima vista inverosimile che il pretore potesse trascurare un caso così grave di violazione dei doveri del giudice e lasciare senza tutela i comportamenti dolosi. Si è già visto che la lex Irnitana almeno in una delle sue previsioni prevedeva il dolo e non si può ammettere che questo fosse un caso isolato. E' dunque improbabile che il pretore non desse alcuna tutela a chi era stato vittima in un giudizio del comportamento doloso del giudice, nè questo si può limitare soltanto a trasgressioni di norme procedurali.

In secondo luogo vanno ricordati i casi nei quali il giudice non si atteneva ai termini formali della condemnatio della formula, dei quali ci informa^{il} Gaio veronese, nonché quelli di inosservanza di obblighi propri del processo, dei termini fissati per determinati atti, principalmente di quelli fissati, a quanto sembra dalla lex Iulia per concludere un processo formulare, cioè diciotto mesi nei processi legittimi ed un anno in quelli fondati sull'imperium del magistrato. In taluni di questi casi la trasgressione produceva la decadenza dell'azione e la perdita del diritto da parte dell'attore. Inoltre il giudice rispondeva della sua assenza dal processo, violando un obbligo che era già sancito nelle XII Tavole. Macrobio, ~~come si è visto~~, vi aggiunge anche la neghittosità nel trattare la causa, ma abbiamo visto come la notizia sia poco attendibile.

Il D'Ors ha sostenuto che la responsabilità del giudice era di carattere obbiettivo e nasceva dal fatto di non avere pronunciato una sentenza valida per violazione di norme processuali. Egli trae nuovi argomenti da un testo rinvenuto in un Papiro di Antinopoli,

30 frammentario ed incerto nella lettura di alcune sue parti (30). Esso appartiene ad Ulpiano e contiene fra l'altro una citazione di Pomponio relativa ad un processo intentato contro un pupillo assistito da un falsus tutor- uso questo termine per comodità, nonostante la critica di Solazzi alla sua classicità. Il testo afferma che il giudice aveva concesso un rinvio viziato e non aveva emesso la sentenza. In conseguenza egli aveva fatta propria la lite ed il Pretore non concedeva la restitutio in integrum. Da questo si trae la conseguenza che la responsabilità del giudice derivava dall'invalidità del rinvio e dall'inesistenza della sentenza, cui equivaleva la sua assoluta nullità. Io sarei più cauto nel sostenere che il testo provi tutte queste cose e che esso comunque si possa ritenere sicuramente classico. Che Pomponio nel suo commento all'editto si occupasse diffusamente dei casi di restitutio per la presenza di un falso tutore è certo (37), ma nei testi

37

pervenutici non vi è accenno al nostro caso. Nel nuovo frammento non si spiega perchè mai non si potesse concedere la restitutio come negli altri. Dal lato stilistico non è un esempio di chiarezza il termine male, generico e vago, per dire che la diffisio del dies era viziata. (32) Questo vizio dipendeva dal fatto che l'assenso era stato dato da un falsus tutor o perchè non ricorrevano i casi nei quali si poteva aggiornare il giudizio, che erano, com'è noto, non solo il morbus senticus delle XII Tavole, ma anche eventi di forza maggiore, tempeste, inondazioni, naufragi e così via. Non sappiamo se l'incertezza sulla persona del tutore e sul suo stato mentale poteva essere una causa legittima di rinvio.

22

Nell'ipotesi di intervento di un falsus tutor possiamo fare varie congetture. Se questa condizione appariva già nella fase in iure, prima della litis contestatio, allora la soluzione era semplice. Il pretore non dava corso all'azione, per mancanza di un presupposto fondamentale del rapporto, la capacità di una delle parti. Se invece essa non era nota e si procedeva alla litis contestatio ed alla dazione della formula, il giudizio proseguiva e si concludeva con la sentenza senza che si scoprisse nulla. Ma se dopo di essa si rilevava dal soccombente che il processo contro il pupillo era avvenuto falso tutore, tutta la procedura non poteva che essere nulla e non si poteva negare l'azione restitutoria.

In questa ipotesi di assoluta ignoranza del vizio, come si poteva addebitare al giudice ignaro di essere incorso in un litem suam face-

re ? Rmane dunque una sola ipotesi possibile, che dopo la litis contestatio si fosse scoperta la condizione della persona presentata³² si come tutore e ciò nondimeno il giudice avesse proseguito nel iudicium senza emettere però la sentenza. Ma poteva un giudice essere riconosciuto responsabile di un illegittimo inadempimento dei suoi doveri, fino ad essere dichiarato personalmente responsabile del danno provocato alle parti, qualora si fosse rifiutato di emettere una sentenza in un processo che sapeva viziato dalla mancanza di capacità di una parte ? A questi interrogativi il testo attribuito a Pomponio non dà nessuna risposta. Esso si ferma al fatto oggettivo che una sentenza non era stata emanata e che il dies non era stato diffusus. Quanto meno bisognerà ammettere che non abbiamo tra le mani un passo genuino di Pomponio, ma un testo raffazzonato, abbreviato e sunteggiato dalle scuole.

32
34
Dall'altro lato si può aggiungere che l'Editto concedeva la restitutio in integrum all'attore per un'obbligazione nascente da un negozio posto in essere da un pupillo, falso tutore auctore, qualora egli non fosse stato consapevole della condizione di costui⁽³³⁾. La clausola edittale è riportata in un testo di Ulpiano, lo stesso in cui cita varie volte Pomponio⁽³⁴⁾ ed è da supporre che se il giurista avesse trovato nell'autore che consultava una decisione che escludeva il iudicium restitutorium difficilmente avrebbe ommesso di dirlo.

Ma il testo di Antinopoli, come si è visto, esclude in modo tassativo la restitutio a favore della parte interessata. In tal modo il comportamento del giudice per trasgressioni procedurali diviene sostitutivo della responsabilità nascente dall'auctoritas data da un falso tutore. La decisione è tanto importante che avrebbe richiesto qualche parola di commento, che invece manca. Essa infatti si risolveva in un ingiusto vantaggio sia del pupillo, se era dalla parte del torto, sia del tutore falso, contro il quale pure l'Editto concedeva un'azione⁽³⁵⁾. Questo era tanto più grave, se non vi era un'azione di rivalsa nei confronti di chi era tenuto alla prestazione.

25
Gli editori e primi commentatori del testo devono aver avvertito l'esistenza del problema, ma non vi hanno prestato attenzione sufficiente. L'Arangio Ruiz si limita a rilevare che vi era stata una responsabilità del giudice. Nemmeno il Seidl, che pure ha ricostruito il testo nella parte mancante è andato oltre la constatazione che bisogna partire dalla responsabilità del giudice per giungere alla comprensione del caso, il che è vero ma non basta. Il caso era di una lite intentata contro il pupillo, presente un falso tutore;

<Ei, qui rem in litem deducit cum falso tutore> (lin. 20) pup(illi), si [de] [nu]o [ag(it)], obstabit exc(eptio) aut restitutoriu(m) iud(iciu)m dabitur. A queste parole, che ristabiliscono il principio dell'editto fanno seguito quelle che invece legittimano l'esclusione della restitutio per la conoscenza da parte dell'attore della presenza di un falso tutore: quod si sciens eum pupillum esse lit(igaverit) s(ine) t(utore) a(uctore) repel(l)etur iure pr(aeto)rio. Fino a questo punto, il testo è immune da critica, salvo la mancanza di un non, che si impone prima di obstabit exceptio, come già aveva rilevato l'Arangio Ruiz. Del tutto opposta è la decisione contenuta nel periodo seguente, sebbene essa si inizi con un item. Per lo meno ci si attenderebbe una spiegazione. Viceversa quella introdotta con il quia non spiega nulla, anzi introduce un elemento nuovo, la mancata pronuncia della sentenza. Allora si rispondeva per il dies male diffisus o per l'omessa sentenza? Tutto dunque concorre a farci dubitare del testo in quest'ultima parte.

Infine per sostenere la classicità del testo di Pomponio e l'alterazione di quello di Ulpiano bisognerebbe almeno dimostrare che i compilatori giustianei si ispiravano al principio di restringere la responsabilità del giudice ai soli casi di dolo, mentre al contrario essi hanno accolto due volte nel Digesto e poi nelle Istituzioni il testo del Gaio delle Res cottidianae, che invece ammetteva la responsabilità anche nel caso di imprudentia. Sarebbe allora un bel caso di interpolazione compiuta dai compilatori contro loro stessi. Nè vale dire che le alterazioni sono dovute a mano postclassica, perchè questo non cancellerebbe il fatto che la compilazione le aveva accolte addirittura con endasi.

III

In tempi recentissimi il ritrovamento fortunato di una nuova legge epigrafica municipale, la lex municipii Flavii Irnitani⁽³⁵⁻⁶⁾, copia più ampia di una supposta lex Flavia municipalis, la stessa dalla quale derivano la lex Salpensana e la Malacitana, ci offre nuovi interessanti dati per la nostra ricerca. Ma essa è ben lungi, a me pare, dal recare conferma al Pomponio di Antinopoli⁽³⁶⁾, perchè non contempla il caso del falso tutore, nè l'alternativa tra restitutio e azione con

siderata nel testo di Pomponio non è nemmeno sfiorata, nè poteva esserlo. Ciò nondimeno essa ci fornisce nuovi dati molto importanti non solo per il diritto municipale, ma anche per quello urbano, dato l'espresso riferimento alle norme regolanti la giurisdizione del pretore a Roma. La *diffisio dies* acquista un valore maggiore di quanto non si sapesse. La fissazione del *tertius dies* nel quale doveva aver luogo la comparizione delle parti davanti al giudice forma un obbligo del magistrato, al quale spetta conseguentemente di dar notizia di questo mediante pubblicazione di esso, nella maggior ^{di ciascuno} parte dei giorni che precedono quello fissato. Si tratta di una versione nuova della *comperendinatio*, che nella tradizione riferita da Gaio era compiuta dalle parti (37). La violazione dell'obbligo da parte del magistrato lo esponeva ad una multa di 1000 HS verso il municipio, un *damnas esto* con azione popolare. Questa violazione deve però essere cosciente e compiuta *dolo malo*. Questo è dunque un inizio di pubblicizzazione del processo, non sappiamo se specifico soltanto della giurisdizione municipale o già verificatosi a Roma. Nel testo è previsto anche l'accordo delle parti con il giudice per la fissazione del giorno, ma questo spetta poi sempre al magistrato municipale. Forse una procedura analoga era in atto anche a Pompei, ma la documentazione in proposito se permette di parlare di un *tertium dies* in forza di un accordo delle parti, non ci dice se esso doveva o meno essere approvato dal magistrato (38).

Del pari interessante è il capitolo seguente (91). La rubrica ce ne indica il contenuto: *denuntiatio del dies tertius, diffisio del dies, iudicium, lis con danno del giudice, cessazione della lite dal giudizio*. Questi argomenti sono trattati con la solita pedante formulazione tipica delle leggi epigrafiche romane. Talvolta il testo è confuso. Nella prima parte soggetto dell'obbligo è il *iudex*, ma poi si comincia con la *denuntiatio* che deve esser fatta *adversario, iudici arbitrove*, il che ovviamente non poteva riguardare che una delle due parti (39). Si enumera poi la *diffisio del dies*, il giuramento che essa è avvenuta prima del giudizio o della *litis aestimatio*. La legge considera quindi *aestimatio* e sentenza come due atti separati. Se non vi era stato nè il differimento nè il giudizio nei giorni stabiliti, la legge disponeva che la *lis* fosse in danno del giudice, ma non precisa in che cosa esso consistesse nè stabilisce, come nel capo precedente, una sanzione. Seguiva poi un'altra ipotesi di inadempimento, che era diversa da quella finora considerata, e cioè la mancata pronuncia della sentenza entro il termine fissato dal cap. XII della *lex Iulia de iudiciis privatis proxime lata* e dal *senatusconsulto* ad esso relativo, la lite non doveva essere più in giudizio identicamente alla legge Romana. Ma la previsione si allarga a tutta la procedura: essa doveva svolgersi come davanti al Pretore in Roma nei giudizi tra *cives Romani*, azio-

37

7 per ciascun
giorno di om-
sione,

38

39

T in tal
caso

ne, atti, rinvio, giudizio, danno per il giudice, fine della lite nel processo. Il riferimento alla procedura in vigore a Roma davanti al Pretore inter cives è schematico e non fornisce alcuna esplicitazione o specificazione e perciò non dice nulla sul *damnum iudici*. Sembra tuttavia, dato il tenore del testo nella parte che precede ed anche in quella che segue, che questa previsione di responsabilità del giudice fosse relativa all'inosservanza delle norme sui termini. Infatti subito dopo si prevede un'eccezione per i casi nei quali la legge stabiliva diversamente per i tempi ed i luoghi del giudizio. Ma in quest'ipotesi si applicavano le stesse norme vigenti a Roma per i processi in Roma tra cives Romani davanti al Pretore.

Il testo che abbiamo riassunto ci spinge a qualche considerazione. Non vi è il minimo accenno a responsabilità del giudice per errori e colpe nel giudizio. Norme rigide regolano la ~~346~~ durata, la comparizione delle parti, il rinvio del giorno fissato, l'emanazione della sentenza. Il riferimento alla *lex Iulia* è chiarissimo e riguarda la regola secondo la quale gli iudicia legitima, che la *lex municipalis* esplicitamente menziona, dovevano esaurirsi entro un anno e mezzo. Ora apprendiamo che un *senatusconsulto* aveva trattato di questo argomento, forse per eliminare dubbi insorti nell'applicazione. La legge non dice come nel capo precedente, che il giudice doveva aver agito *sciens dolo malo*, ma non dice nemmeno il contrario. La *lex Iulia* viene detta *proxime lata* e l'avverbio stupisce per il senso inconsueto di precedentemente e non di prossimità del tempo, visto che la legge di Augusto era di un secolo prima. Questo dubbio dovrebbe essere presente agli storici, che considerano la *lex Irnitana* come tratta da quella Flavia (40). Anche l'aperta equiparazione ai giudizi che si svolgono a Roma inter cives è sospetta, perfino se si ammette che questo ignoto *municipium Irnitum* avesse la cittadinanza romana.

Quel che precede ci permette di precisare in quale misura la *lex Irnitana* rechi nuovi elementi utili per la nostra ricerca. Essa non conferma la decisione attribuita a Pomponio di negare il *iudicium restitutorium* nel caso di processo viziato da violazioni del giudice in un processo contro un pupillo falso tutore auctore. Ma essa ci dà informazioni utilissime per individuare i casi di responsabilità del giudice, come l'omessa diffisio dei od un vizio nel suo impiego, l'omissione della sentenza. Non si trova nella legge l'espressione *litem suam facere*, ma vi si parla di un *damni iudici esto*. In

che senso la trasgressione provochi un danno per il giudice non è detto, salvo che nell'ipotesi della multa per un atto doloso di omessa pubblicazione del dies. Per il resto la violazione è oggettiva. Infine la legge conferma, che vi erano casi provocati dal giudice, nei quali la res non poteva più essere in giudizio e tali casi erano disciplinati dalla lex Iulia per l'inosservanza del termine fissato per la durata del giudizio stesso. Essa quindi induce a riflettere su di un problema che il Kelly aveva visto acutamente, quello dei tempi del processo. A giudicare dalle fonti letterarie, che lamentano la lungaggine dei giudizi e da qualche testo giuridico (41) non sembra che i termini fossero tanto tassativi. Può darsi che il potere di diffondere diem fosse più ampio di quanto appare a prima vista e permettesse di superare gli scogli nascenti da rigide norme. nè si può escludere che il Senatuconsulto esplicativo del cap. XII della lex Iulia fosse più largo per i rinvii.

IV

Veniamo ora all'esame dei mutamenti avvenuti nel sistema giudiziario e nell'ordinamento del processo. A me questa ricerca appare più utile per venire a capo dei contrasti tra le fonti, mentre la questione sulla categoria dei quasi delitti, sebbene sia in qualche modo connessa alla nostra, non è della stessa importanza. La storia di questi mutamenti investe la qualificazione dei giudici ed il processo formulare, che venne trasformandosi, ancor prima di essere definitivamente abolito e sostituito interamente dalla cognitio cosiddetta extra ordinem.

La storia della qualificazione richiesta per essere giudici è ben nota e qui ci limitiamo a ricordarne taluni aspetti, che possono avere avuto qualche influenza nella definizione della responsabilità dei giudici. Nell'età repubblicana dall'età arcaica in poi e fino alle riforme graccane ed alle lotte successive, il munus iudicarium era riservato ai senatori e solo da quelle riforme in poi fu esteso ai cavalieri con alterne vicende. I senatori erano spesso esperti del diritto, allorchè la giurisprudenza era un'arte coltivata da coloro che si dedicavano alla politica. Gli studi più recenti sulla nascita ed evoluzione della giurisprudenza hanno sempre più chiaramente posto in risalto il legame fra politica e diritto, fra *na*bilitas e giurisprudenza (42). Il giudice, secondo il diffuso uso romano, poteva avere un *consilium* di esperti o sentire l'opinione di

giuristi .I casi di ignoranza o scarsa conoscenza del diritto dovevano essere rari. Ma anche quelli di negligenza, scarso impegno, colpevole mancanza di cura, non dovevano essere frequenti. Il Kelly ha rilevato che le fonti non ci hanno tramandato nessun esempio di processi intentati contro giudici e questo è un fatto, anche se non se ne può trarre la conseguenza che le norme dell'editto erano letteralmente morta. Eppure non riesce facile immaginare che una nozione così pregnante, per usare le parole del Levy, fosse sorta in età arcaica senza lasciare tracce della sua evoluzione, salvo l'aneddoto poco affidabile narrato da Macrobio e senza che un sottile lavoro dei giuristi trasparisse da qualche segno posteriore.

Quali effetti produsse sulla qualità delle persone chiamate a formare gli elenchi da cui si sceglievano i giudici il forte aumento del numero? E' difficile dirlo. Ricordiamo solo che Augusto istituì tre decurie di giudici scelti fra i cavalieri con mille persone ciascuna. Poi ne aggiunse una quarta, cui si assegnarono persone con un censo di 200.000 HS per i processi minori. Caligola ne istituì una quinta. La carica era popolare e poteva ancora essere ambita, ma l'impegno richiesto al giudice lo era meno. Dopo tante lotte per mantenere il monopolio delle giurie i senatori non sembrano più interessati. Non vi è una prova diretta che essi fossero stati esclusi, ma poiché non si trovano prove epigrafiche della loro partecipazione è lecito pensare che sotto Augusto essi siano stati esonerati e questo non si può attribuire ad una politica antisenatoria.

Infine si deve ricordare che secondo l'opinione comune le parti potevano accordarsi anche su di una persona non inclusa nelle liste, il che fa pensare che talvolta si preferiva come giudice una persona di cui ci si fidava per conoscenza diretta anziché quelle comprese nelle liste di nomina imperiale. L'opinione comune è stata però criticata non senza qualche ragione da F. La Rosa, difesa dal Publiese ed altri (39).

Scuse legali per essere esentati dal munus esistevano già in età repubblicana, ma nell'impero esse sembrano derivare da riluttanza a rivestire un ufficio divenuto un noioso obbligo.

Altri mutamenti che possono avere avuto influenza sul nostro tema sono quelli di carattere costituzionale. Essi hanno favorito la nascita e l'estendersi della cognitio imperiale, fonte del ius novum. Anche il processo formulare subì le conseguenze del nuovo regime e così si venne affermando una forma di procedura per dir così statalizzata, come si ha già verso la fine dell'età classica. In essa esistono ancora elementi del sistema formulare, ma il giudice non è più un privato, bensì un delegato del funzionario giusdiscente, dunque una sorta di cognitio bipartita.

Non per caso le testimonianze delle fonti sui giudici privati si arrestano all'età di Marco Aurelio, come le iscrizioni ci attestano (47)

Un solo testo potrebbe far pensare alla metà del 3° sec. lo, precisamente al 261, una dedica a Petronio Tauro Volusiano, console in quell'anno, fra i cui titoli si menziona anche ex V dec. Laur. Lav. (48), che però sembra riferirsi più a cariche municipali o ad una di quelle designazioni onorifiche, ambite dagli equites, dell'antica città latina (49).

Bisogna infine ricordare che nel processo provinciale, segnatamente nelle province imperiali, non esistevano giudici privati e la stessa forma della procedura era notevolmente statalizzata, come il Wlassak ha dimostrato in ricerche che rimangono ancora fondamentali. Nell'età classica dunque il campo nel quale operava l'antico processo formulare bipartito con il giudice privato risalente ad un'età anteriore alle leggi che introdussero e regolarono le formule, era abbastanza ristretto e lo fu ancora di più in conseguenza dei mutamenti che abbiamo ricordato. Dopo la decadenza e la fine di questo tipo di

processo, il giudice privato scomparve dovunque, sostituito da un funzionario. Questo era dunque già avvenuto prima che gli imperatori Costante e Costanzo abolissero formalmente le formule (48).

Il quadro generale dell'età postclassica e giustinianea è dunque interamente diverso da quello classico. Il processo formulare, nella nuova procedura interamente statizzata il giudizio compete al funzionario elevato investito della giurisdizione ovvero ad un giudice subalterno da lui nominato. Non sembra che questo mutamento dei poteri costituzionali abbia migliorato lo stato della giustizia. Lasciamo da parte le denunce contro l'improbitas dei processi dell'Anonymus de rebus bellicis, che investono più lo stato di confusione delle leggi e degli iura ed esprimono un giudizio di ordine sociale come ha giustamente visto il Mazzerino (48). Lasciamo le rampogne veementi dei predicatori cristiani del V secolo, che possono essere estremizzazioni, ovvero i lamenti di Libanio contro i tribunali, che hanno espulso i retori quasi come fossero criminali, lamenti di un conservatore, come nota Fr. Schulz, cui non piaceva che agli avvocati fosse stato imposto di studiare il diritto anziché la retorica (49). Prendiamo fonti ufficiali raccolte dagli storici del processo (50), in primo luogo la costituzione del 331 di Costantino ripresa da Teodosio (51). Di fronte alla dilagante corruzione dei giudici e dei loro ufficiali bollate con violenza di linguaggio si minacciano pene severe, come era nelle tendenze dell'epoca. Si va ben oltre la responsabilità del litem suam facere, del tutto inadonea a correggere i mali denunciati. Costantino e poi i suoi successori non comprendono che le leggi e le dure sanzioni sopravvivono poco. La responsabilità delle nomine spettava al potere burocratico, tipica espressione, anzi fondamento della monarchia assoluta.

In buona parte i fatti che potevano dar luogo alla responsabilità patrimoniale del iudex erano scomparsi con la fine del processo formulare e dell'ordo iudiciorum. Cadute le formule, la non corrispondenza tra il testo fissato nella litis contestatio e la condanna era impossibi-

le. Del pari l'omissione della sentenza conclusiva del giudizio entro i limiti di tempo fissati per le due forme di giudizio, quello legitimum e quello fondato sull'imperium. Sopravvive la corruzione, ma con questa si entra nel campo del diritto penale pubblico.

Dall'altro lato nella cognitio era ora possibile l'appello ad un'autorità superiore, che invece mancava nel giudizio dell'ordo, dove la sentenza del giudice popolare era inappellabile. Così vizi ed errori potevano essere corretti e non occorreva far ricorso alla minaccia di un'azione civile per danni contro il giudice.

Se questo è lo stato delle cose, che valore ha nelle fonti postclassiche e giustinianee la sopravvivenza dell'antica figura della responsabilità del giudice per litem suam facere? Se non si trattava di una pura reminiscenza classicheggiante, si deve pensare ad un travisamento o profonda trasformazione dell'antica nozione. Oltre i casi dolosi e di frode alla legge, nei quali poteva ora rientrare la violazione cosciente delle costituzioni imperiali, si apre la via ad una nuova figura, quella dell'imprudencia del giudice, che non ha nulla di comune con l'antica responsabilità derivante dal fatto che il giudice o travisando i termini della litigi contestatio o facendo decadere il processo senza emanare la sentenza, creava un danno alla parte interessata che poteva perfino essere irreparabile. Nel nuovo ambito della negligenza colposa, le scuole postclassiche e

Giustiniano possono aver pensato di applicare l'antica responsabilità del giudice. Se tale ragionamento coglie nel segno, allora non sarei tanto sicuro nell'affermare che l'intero testo delle Res cottidianae contenga diritto classico, magari nel quadro di una teoria secondo la quale tutta quest'opera sarebbe stata rielaborata, ma un tardo giurista classico (52). Nel testo invece vi è una sostanziale manipolazione per quel che riguarda il vago ed indefinito peccatum e l'imprudencia, chiaramente rivolte ad ampliare una nozione più ristretta della responsabilità. Quanto a Giustiniano egli era un critico severo del basso livello degli studi di diritto (53) e l'imprudencia se non in modo esclusivo, comprende in sé il concetto di ignoranza o scarsa conoscenza del diritto. Il testo delle Res cottidianae può quindi essere piaciuto. Esso gode di un grande favore nella Compilazione, ripetuto nel Digesto in due libri diversi ed inserito nelle Istituzioni. Può darsi che i compilatori abbiano avuto per le mani più di una raccolta postclassica. I tre frammenti sono identici

7 Teofilo nella Parafraasi Traduzione di Teofilo. Archivio Storico

per la parte relativa all'imprudencia ed al peccasse aliquid come quasi maleficium e questo è dunque diritto tardo accolto nella compilazione. Nella parte finale invece relativa all'azione non vi è uniformità. In D.44.7.5.4 questa manca del tutto, come nei Basilici (ad 50.13.6). In I.4.5.pr. la condanna è in aequum, ma con la qualificazione in factum. In Tefilo vi è soltanto in factum. Queste diversità fanno supporre che ci trovi in presenza di residui classici, nè si può sottoscrivere all'opinione del Pringsheim, che le varie espressioni esprimono lo stesso concetto.

Se tali testi si confrontano con quello di Ulpiano, nel quale la condanna per l'azione dolosa del giudice è in aestimationem rei abbiamo un quadro completo, che si può far risalire all'età classica. A proposito della condanna in aequum e di quella in aestimationem rei Guarino osserva che non si trattava di cose diverse, perchè il giudice per stabilire che cosa fosse aequum doveva procedere ad una stima del valore secondo le valutazioni sociali correnti (54). Ma la stima dell'aequum era discrezionale, mentre l'aestimatio rei non lo era perchè essa corrisponde al quantum ea res erit, che dato il meccanismo processuale era sempre una somma di danaro determinato.

Abbiamo dunque elementi sufficienti per giungere ad una conclusione, che si lascia intravedere da quel che precede e cioè che non vi era una sola azione. Questa tesi fu già sostenuta in passato, ma la distinzione si fondava sui presupposti del dolo e della colpa, mentre essa va ricercata altrove ed il solo modo corretto per farlo è di compiere un esame delle concrete situazioni giuridiche nelle quali poteva aver luogo per atto del giudice un danno totale o parziale di una parte privata.

es. Nel suo libro, pieno di riflessioni interessanti ed originali il Kelly ha rilevato che questa famosa nozione sembra già nell'Editto pretorio lettera morta. Di processi contro i giudici non vi è traccia nelle fonti. Dal canto suo Hübner aveva osservato che il *litem suam facere* operava come una sorta di spada di Damocle sospesa sulla testa dei giudicanti. Vari studiosi e da ultimo D'Ors hanno sottolineato che la responsabilità derivava dal fatto che l'incuranza o l'errore del giudice provocava un danno irreparabile in quanto essa faceva estinguere l'azione, che a sua volta con la *litis contestatio* aveva consumato il diritto sostanziale.

Vediamo come stanno le cose. A prima vista si potrebbe aggiungere alla sorpresa del Kelly od ai rilievi del D'Ors un'altra sorpresa: come mai il Pretore, anziché garantire alla parte danneggiata un'azione di responsabilità contro il giudice non ha pensato di accordarle una *restitutio in integrum*, che viene invece adoperata in casi analoghi se non meno gravi? questa sarebbe stata la via più semplice. Ma essa non era la sola.

Il problema va visto nell'ambito degli effetti della *litis contestatio*, che finiscono tutti con l'attuazione della massima *bis de eadem re ne sit actio*, ma che operavano in modo diverso secondo la natura del processo. Gaio infatti ci dice che negli iudicia legitima in personam, la cui intentio conteneva un *dari oportere*, la *litis contestatio* estingueva il diritto, per conseguenza non si poteva intentare un'altra azione ipso iure. In tutti gli altri giudizi sia quelli legittimi in rem, sia tutti quelli imperio continentia l'estinzione non avveniva ipso iure ed era perciò possibile intentare nuovamente l'azione, ma questa veniva respinta mediante un'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* accordata dal pretore (55). Non interessa qui affrontare il tema della ragione del differente regime, né delle caratteristiche proprie di questa novazione processuale. Su questi argomenti il Biscardi ha recato utili approfondimenti ed ha reso verosimile la tesi che vi sia stato uno sviluppo storico dai veteres alle leggi augustee. Non vi è dubbio che nella procedura per *legis actiones* la sola conseguenza della *litis contestatio* era l'estinzione ipso iure del diritto dedotto in giudizio, come esplicitamente afferma Gaio (IV, 108). Ma a noi interessa per la nostra ricerca porre in evidenza che solo in un certo numero di azioni, quelle derivanti dalle antiche *conditiones pecuniarie* vi era il rischio di una estinzione ipso iure, mentre in tutte le altre l'*auxilium* del pretore operava a favore della parte meritevole di tutela.

Il sistema processuale romano forniva mezzi per evitare iniquità ed ingiustizie derivanti da una applicazione formalistica del diritto. Il pretore poteva denegare exceptionem, al pari dell'azione e le fonti ci danno vari esempi di questo; un riferimento si ha già in Cicero =
 56 ne (56). In modo specifico è attestato il diniego dell'exceptio rei
 57 iudicatae (59). Una volta accordata l'exceptio, il convenuto poteva opporre la replicatio, che se accolta dal pretore entrava nella formula
 58 (58). È difficile credere che nei casi di pregiudizi causati dal giudice

il magistrato non ne tenesse conto nella redazione della formula. È vero che a sua volta l'attore poteva opporre una duplicatio e la serie delle richieste teoricamente poteva allungarsi, ^{senza fine} ma il magistrato vi poneva termine con un'exceptio doli e non sarà stato difficile nel nostro caso trovare gli estremi del dolo nell'uso che la parte privata faceva del comportamento del giudice. Il fatto che casi del genere non si trovino trattati nelle fonti non prova nulla sul regime giuridico. Al più prova che essi ~~del genere~~ non erano frequenti e quindi non interessavano molto la giurisprudenza.

Quanto alla restitutio in integrum le fonti non ci danno spunti per ritenere che essa fosse usata nel nostro caso. Abbiamo anzi già visto
 59 (59) che il testo di Pomponio pervenutoci nel Papiro di Antinopoli esclude la restitutio a favore della parte danneggiata da un atto del giudice in un processo intentato contro un pupillo. Ma se questa è la soluzione che troviamo in un testo, mentre gli altri sono muti in proposito, non era contrario alla logica del sistema considerare la responsabilità del giudice come aggiuntiva rispetto alla lite principale, tenendo conto del pregiudizio che il comportamento del giudice poteva aver procurato non fosse altro che per la necessità di ricorrere

re ad un nuovo processo e per il ritardo nell'esecuzione dell'obbligazione. Non si può quindi escludere che in forza dei principi anche nell'ipotesi di processo viziato dal comportamento del giudice si potesse restituire la parte danneggiata nel suo diritto. La sola obiezione che si può formulare non discende dalla logica del sistema, ma dalla mancanza di testimonianze.

Senza la restitutio in integrum non vi erano rimedi a favore di chi avesse subito la perdita dell'azione in personam, dato che i mezzi pretori riguardavano le azioni legitimae in rem e quelle rientranti nell'imperium del pretore. Perciò l'attore che avesse ottenuto una sentenza con una condanna diversa da quella autorizzata nella formula, non poteva intentare una nuova azione, che sarebbe stata respinta ipso iure, senza bisogno dell'exceptio rei iudicatae. Non vi era dunque alcun rimedio possibile? Questo era tanto più grave, in quanto la perdita aveva luogo sia per decisioni in somme maggiori, sia minori di quelle stabilite nella condemnatio della formula. Lo stesso è a dirsi per la perdita dell'azione se la sentenza non fosse stata pronunciata nei termini previsti dalla lex Iulia, vale a dire un anno e mezzo.

Data la gravità di questa conseguenza del formalismo, non sarà inutile fermarsi qualche momento su di essa. Ma prima di affrontare il problema, non è forse inutile ricordare la

60- disputa per lungo tempo agitata fra gli studiosi ed in ultimo fra l'Arangio Ruiz ed il Solazzi sull'esistenza o meno di una exceptio in diminuzione della condanna (50). Non si può, come è ovvio, riprenderla in questa sede, ma se si accettasse la tesi affermativa, allora si disporrebbe di un altro elemento per meglio valutare la portata pratica dei casi galani. Se infatti era possibile far valere in via di eccezione l'equità di una diminuzione della richiesta formulata dall'attore con l'intentio e quindi di ammettere una condanna in meno, il convenuto non avrebbe avuto alcun interesse ad una scorretta decisione del giudice per diminuire il valore fissato nella condemnatio della formula. Almeno in questo caso, se non in quello opposto l'importanza pratica della questione si sarebbe di molto ridotta. Ma lasciamo da parte questa considerazione, data la controversia sul tema.

Non si può invece lasciare da parte il modo con il quale si regolano gli effetti della *condemnatio*. Gaio in pochi paragrafi dopo ci mostra come questa doveva essere concepita per evitare i rischi derivanti dalla non corrispondenza con la *petitio*. Se l'attore aveva posto nella *condemnatio* più di quanto richiesto egli non incorreva in nessun pericolo, ma il convenuto che aveva accettato una formula iniqua era restituito in integrum per ottenere una diminuzione della condanna (IV, 57). Se invece l'attore aveva posto nella condanna meno del dovuto egli otteneva solo questo, perché il giudice non poteva superare i limiti posti dalla condanna, né il pretore in questa eventualità accordava una *restitutio*. La spiegazione fornita da Gaio è ingenua: *facilius enim reis praetor subvenit quam actoribus*. Il testo è però importante perché esso prova che nel caso di *condemnatio in plus* il pretore dava al convenuto una *restitutio* per farla ridurre nei limiti veri. Questo è dunque il regime della *condemnatio*, differente da quello dell'*intentio*, dove la *pluris petitio* implicava l'effetto della causa cadere.

La diversità di regime tra la *condemnatio* diversa dall'*intentio* e la sentenza diversa dalla *condemnatio* è sensazionale. È vero che la *condemnatio* racchiudeva il momento imperativo della formula, perché in essa si dava al giudice il potere di condannare od assolvere. Ma è un eccesso di formalismo far discendere dalla transgressione dei termini della *condemnatio* la perdita dell'azione, senza rimedio alcuno, nemmeno quello della *restitutio in integrum*. In realtà nel suo testo famoso Gaio non afferma questa estrema conseguenza, dice solo che il giudice il quale non si attiene ai poteri conferitigli *litem suam facit*. Ma da che cosa si trae la conseguenza che per Gaio ed i principi del sistema processuale romano, questo voleva dire nullità assoluta della decisione e quindi sostituzione della responsabilità del giudice alla parte che sarebbe stata tenuta al pagamento, perfino quando la decisione era in minus rispetto alla formula? Questa nozione formalistica ed ampia del *litem suam facere* è piuttosto una creazione moderna, di cui non si trovano prove esplicite nelle fonti. Anche se il formalismo del processo poteva spingere a decisioni aberranti, l'equità non avrebbe potuto facilmente accettarle.

Contro questa considerazione non si può addurre altro argomento che quello tratto dal principio formale che la decisione del giudice non poteva mutare i termini della formula ed il farlo rendeva nulla ed inesistente dal lato giuridico la sua sentenza. Ma che cosa poteva impedire alla giurisprudenza di considerare che nel nostro caso il diritto dell'attore esisteva e solo la sua entità era diversa da quella affermata dal giudice? Un uguale rigore non vi era nemmeno nell'ipotesi di *plus petitio*, perché questa produceva l'effetto di far cadere la causa, ma faceva perdere il diritto solo nell'ipotesi di *pluris petitio* e non in quella opposta di *minoris petitio*, nella quale era stabilito che l'attore non poteva intentare il nuovo giudizio per il residuo nello stesso anno di carica del magistrato davanti al quale si era tenuto il primo processo. La diversità delle due norme viene spiegata con una trasformazione del primitivo formalismo (63).

Alcuni studiosi a cominciare dal Wlassak spiegano il rigore della norma sulla *pluris petitio* con l'esigenza di provocare l'autoresponsabilità dell'attore, che era sicuramente in posizione più favorevole nel processo (64). Ma essi però non spiegano la ragione del differente regime da noi rilevato, se non con il persistere del formalismo e con la rigida delimitazione dei poteri del giudice, il che non è una spiegazione, ma una semplice constatazione dei fatti. L'assurdità della interpretazione rigorista si vede ancor meglio, se si intrecciano i casi di una *condemnatio* formulata in modo difforme dall'intentio con quello della decisione difforme dalla *condemnatio*, ma conforme all'intentio. In tale ipotesi il giudice che si fosse attenuto ai termini dell'intentio e non a quelli della *condemnatio* poteva essere ritenuto responsabile di un *litem suam facere* e comunque la sentenza che ristabiliva i termini dell'intentio nulla? Si dirà che questa è un'ipotesi impossibile e si può riconoscere che essa non si sarà verificata tutti i giorni. Ma chi può pronunciare la parola mai nel travagliato campo della giustizia? E comunque anche se non verificatasi mai, non per questo perde la sua forza per dimostrare l'incongruità del principio sostenuto dagli storici moderni. Gaio si riferiva ai veteres, ma da quel tempo in poi molta acqua era passata sotto i ponti e molto era mutato. Del resto le fonti e Gaio stesso si limitano ad affermare l'esistenza di una responsabilità del giudice, ma non ci dicono nulla su di un'altra importante questione relativa all'eventuale rivalsa del giudice condannato a risarcire la parte danneggiata dal suo comportamento nei confronti dell'altra parte,

che invece si era avvantaggiata. Se questo silenzio si dovesse interpretare come inesistenza di un'azione avremmo il bel risultato, che un Tizio per effetto di un atto scorretto del giudice, magari da lui stesso provocato, finiva con l'essere liberato dalla sua obbligazione, senza dover pagare a nessuno nemmeno un centesimo !

Detto quel che è giusto nei confronti delle conseguenze inique del formalismo non si può comunque ignorare che esistono seri motivi di dubbio per taluni aspetti dell'ordinamento processuale nel sistema delle formule. Il D'Ors ha sostenuto che nei casi indicati da Gaio la sentenza non era valida e la nullità era assoluta, come del resto una sentenza emessa oltre i termini prescritti. D'Ors si appoggia a studiosi autorevoli, come Wenger e Kaser ed adduce il testo di Giavoleno in D.10.3.18. A me l'analogia con il caso trattato in questo frammento non pare molto forte, perchè esso consisteva in un giudizio di divisipne, nel quale il giudice si era pronunciato su cosa diversa, anzi estranea all'eredità. Vi è un altro caso ricordato da Orestano (63), C.7.48.1 di Alex., dove un giudice si è pronunciato su cosa di specie diversa. In questi testi si afferma che il giudice non ^{ha} il potere di pronunciarsi, non si dice che la sentenza era invalida, sebbene lo si possa presumere. Wenger si limita a dire " o se il giudice avesse giudicato diversamente dai termini che la formula gli prescriveva" (64). Il Kaser esprime riserve e dubbi sulla tesi del Kelly, ⁽⁶⁵⁾ ma adduce il testo di Giavoleno già ricordato ed uno di Paolo, il quale afferma che un solo comproprietario non può agire in una questione concernente un servo comune, senza il minimo accenno alla sentenza del giudice (D.13.3.27). Per la validità della sentenza si pronuncia oltre il Kelly, anche il Raggi (66). Per la sua totale nullità non si può invocare altro che il fatto conseguente cioè il litem suam facere, come risulta nel testo gaiano. Rimane incerto, anche alla luce della nuova testimonianza della lex Irnitana, se la sentenza fosse invalida pienamente o se la trasgressione implicasse un damnum per il giudice, commisurato a quel che la parte interessata perdeva per effetto della trasgressione da lui compiuta.

Cremados e Paricio, i quali seguono la ricostruzione del D'Ors hanno addotto nella discussione due testi, che di solito sono trascurati: D.42.1.55 (Ulp.51 ad Sab.) e D.5.1.74.1 (Iul.5 dig.). Il primo è sicuramente alterato ed è stato già ritenuto compilatorio in larga parte dal Biondi. Esso sembra far discendere la causa dell'impossibilità di correggere la sentenza dal fatto che il giudice finì di esser tale dopo aver emesso la sentenza, come si afferma all'inizio del testo. Ma poi si prende in esame il caso del giudice che abbia condannato *pluris vel minoris* e si afferma *amplius corrigere sententiam suam non potest, semel enim male seu bene officio functus est*. *Amplius* è di troppo e falsa la decisione del giurista in rapporto all'ipotesi *pluris vel minoris*, riducendola al *minus*. Il *semel* alla fine vuol dire che il giudice poteva giudicare una volta sola e dopo che lo aveva fatto male o bene aveva adempiuto al suo ufficio. L'espressione è involuta e non è un modello di stile. Detto questo non mi pare che si possa sbrigativamente concludere, come fanno i citati Autori, che il testo non serva ad affermare che la sentenza emessa in difformità dalla formula fosse valida. In modo diretto questo non risulta dal frammento, ma non si può non rilevare che Ulpiano argomenta dalla cessazione dell'ufficio e non dalla piena invalidità della sentenza.

Più esplicitamente Giuliano afferma: *Iudex, qui usque ad certam summam iudicare iussus est, etiam de re maiori iudicare potest, si inter litigatores conveniat*. Gli autori ritengono che si tratti qui di un'eccezione che conferma la regola e che si spiega con il carattere profondamente arbitrale del processo privato. Tuttavia la questione non è così semplice, se si parte dall'idea che vi era un obbligo formale per il giudice di attenersi alla *condemnatio*. Né si può comprendere in quale sede ed in quali modi le parti potevano concordare di permettere al giudice di decidere in modo diverso da come era autorizzato a fare. Se dunque si ritiene classico il testo e non vi è ragione per negarlo, bisognerà ammettere che il formalismo della *litis contestatio* non era

tanto rigido, che le parti potevano procedere ad un nuovo accordo, una sorta di seconda litis contestatio di fatto, il che per lo meno induce a considerare con minore rigidità il testo di Gaio.

Quanto al giuramento del giudice, in mancanza di testi giuridici classici, sarà prudente astenersi da qualsiasi illazione tratta dalle parole di Giustiniano (C.3.1.14 del 531) che alludono ad antiqui iudices, dato che il termine antiqui è generico e si può pensare a qualunque epoca anteriore.

cf.

du 2205

Proc. 68

C. 229

VII

68 Nell'ambito dell'intero sistema processuale e dei rimedi predisposti dal Pretore o dalla giurisprudenza per evitare od attenuare conseguenze inique del formalismo è più facile ricostruire i tratti di questa discussa figura di responsabilità. Dalla nostra ricerca essa appare ridimensionata, non è solo un caso di responsabilità sostitutiva di quella della parte privata, divenuta irrealizzabile per un atto del giudice, ma anche come responsabilità aggiuntiva, una sanzione più che altro diretta a rendere il giudice attento all'adempimento dei suoi doveri. L'intervento del Pretore era necessario per predisporre i mezzi adeguati, senza tuttavia eliminare il formalismo. Questo era duro a morire. Cicerone ce ne dà una testimonianza eloquente, allorché deride quei giuristi che nel suo tempo disquisivano sull'uso delle parole, di alcune di quelle parole solenni e rituali dell'età primitiva (68). La lex Irnitana elenca puntigliosamente gli obblighi procedurali sui termini, il che prova che essi erano attuali ancora nell'età dei Flavi. Aulo Gellio si trova impigliato nel groviglio delle forme. Ecco dunque un primo gruppo di casi che davano luogo alla responsabilità del giudice. Questi consistevano, oltre che nell'assenza, nell'inosservanza di termini tassativi, dai quali derivava un grave pregiudizio all'attore, consistente nella perdita dell'azione. È chiaro che la condanna in tale ipotesi non poteva che essere equivalente al valore della lite. A questo penso si debba riferire quella vera aestimatio di cui al testo ulpiano, che non ha nulla a vedere con la litis aestimatio in senso tecnico o con i giudizi estimatori. Essa è semplicemente un quanti ea res erit. L'azione diretta a tale condanna non era in factum, ma in ius, perché fondata sull'inosservanza della legge.

Vi è un altro gruppo di casi, come quelli indicati da Gaio, in modo chiaro e semplice o come gli altri attestati da Pomponio, dipendenti da una mancanza di legittimazione. In tali ipotesi non si può esser certi che la responsabilità si dovesse commisurare al valore della lite, perché non si può dire che essi producessero la perdi-

ta definitiva di qualsiasi possibilità di far valere il proprio diritto mediante un rimedio pretorio, *exceptio* e *restitutio in integrum*. In tale eventualità il *litem suam facere* si doveva valutare equitativamente, donde una formula concepita in *bonum et aequum*, che permetteva un apprezzamento del giudice più libero delle circostanze e delle conseguenze che il fatto del giudice aveva provocato. Anche questa azione era in *ius concepta*, se l'adempimento mancato di un dovere di ufficio derivava da una legge. In ipotesi diverse si poteva prevedere un'azione in *factum*.

In terzo luogo vanno presi in considerazione casi di comportamento doloso del giudice. Le parole *dolo malo*, che si trovano nel testo di Ulpiano esaminato più sopra, non lasciano dubbi sulla classicità della previsione. Una indubbia conferma ci è poi venuta dalla *lex Irnitana*, dove l'ipotesi di un atto doloso del giudice è espressamente menzionata. Oltre al dolo, non come qualificazione di esso, vi era anche la *fraus legis*, con riferimento a leggi determinate, tra le quali si può ritenere molto probabile che vi fossero quelle che fissavano limiti alle garanzie personali delle obbligazioni, senza escludere un'aportata più generale. In queste ipotesi la condanna era nel valore della cosa.

Se questo era con molta probabilità lo stato del diritto classico, si deve pensare a tre diverse azioni: la prima, senza alcun rilievo di ordine soggettivo, dolo o colpa, quindi di carattere oggettivo, recante una condanna nel valore della lite, per violazione di forme tassative, perciò in *ius concepta*. La seconda, in *ius* od in *factum* secondo le circostanze, diretta a conseguire una riparazione equitativa, quindi in *bonum et aequum concepta*. La terza nei casi di dolo o frode alla legge. L'antica teoria, che si deve al Pernice, era dunque nel vero allorchè assumeva l'esistenza di due azioni, ma non lo era nell'individuazione dei presupposti soggettivi, dolo e colpa, dai quali faceva dipendere l'una o l'altra (69).

In quel che abbiamo tentato di ricostruire alcuni punti sono sicuri, altri verosimili e vanno considerati come congetture probabili. In questo tema lo stato delle fonti ed i mutamenti di tendenze di

fondo delle varie epoche hanno compiuto devastazioni che non sono riparabili ed in cui lo storico trova limiti non superabili.

Anche la storia del principio ha più ombre che luci. Per l'età delle XII Tavole sappiamo che il giudice aveva obbligo di essere presente nel giorno fissato, salvo casi tassativi di scusa. Non sappiamo se la trasfessione di quest'obbligo implicasse una responsabilità.

Le XII Tavole dettavano la pena capitale per il giudice che si era lasciato corrompere. Era una norma che faceva notizia e gli antiquari la ricordano volentieri per dire dura lex sed lex. È ardito pensare che la pena riguardasse la corruzione nei giudizi capitali (70), perché su di questi erano competenti i magistrati cum imperio, i duoviri per duellionis ed i quaestore parricidi, poi con la provocatio ad populum i comizi. Ma l'assenza non è la corruzione e quindi se responsabilità esisteva era di altra natura, forse una pena come quella dell'iniuria fissata in XXV assi. Improbabile era l'impiego della manus iniectio, perché il giudice apparteneva all'ordine senatorio ed era difficile che fosse trattato come un iudicatus, al pari di un debitore insolvente.

La data del primo intervento del Pretore non si conosce. Cicerone sembra presupporre norme edittali. Solo dopo le leggi che legittimarono le formule e stabilirono forme e termini, si può pensare che l'editto contenesse l'azione concessa in violazione di tali norme, quindi dobbiamo pensare all'età successiva alla lex Aebutia, se non alla Iulia. La terminologia usata, litem suam facere, è elaborata e non può essere antica. Il giudice fa propria la lite nel senso che risponde del danno provocato dal suo comportamento, dall'aver agito come parte. Si avverte l'eco di una speculazione filosofica.

La responsabilità per colpa, vaga ed imprecisata, a differenza delle previsioni classiche precise e semplici, è un punto di arrivo, quasi sicuramente postclassico, al più della fine dell'età classica. La giurisprudenza della monarchia assoluta impiega una categoria preesistente, che aveva perso di attualità in conseguenza dei mutamenti costituzionali e della procedura, per nuovi fini. Si può

71
supporre che quest'ultimo stadio cominci da Costantino in poi. La categoria adoperata del peccasse aliquid licet per imprudentiam, che avvicina l'atto del giudice ad un maleficium, senza essere propriamente tale(71). Così poteva bastare anche l'imprudentia, perchè non trattandosi di un vero delitto il dolo non era necessario. Comunque sia è certo che questo è il principio affermato nel diritto giustiniano, come dimostra il favore verso il testo delle Res Cottidianae, non solo ripetuto nel Digesto due volte, ma riportato anche nelle Istituzioni.

Come si vede la nostra ricerca, se ha potuto rischiarare alcuni punti, ne lascia altri oscuri ed incerti. Ma lo storico non sempre può sostituire la sua fantasia alla mancanza od incertezza delle fonti e deve arrendersi di fronte a questa realtà.

(1) Fra i più recenti vedi D'Ors, *Litem suam facere*, SDHI.1982, 268 ss.; McCormick, *Iudex qui litem suam fecit*, *Acta iuridica* 1977, 139 ss.; Huebner, *Zur Haftung des iudex qui suam litem fecerit*, *Iura* 1954, 149 ss.; MacCormack, *The Liability of the Judge in the Republic and Principate*, ANRW.XIV(1982), 3 ss.; Cremadas e Paricio, *La responsabilidad del juez*, AHDE.1984, 179 ss.; del secondo anche *Estudio sobre las acciones in aequum conceptae*, Milano 1986, 97 ss. (riserve di Guarino, *Labeo* 1986, 318). Altri Autori saranno citati su argomenti specifici. Non mi è stato possibile vedere Bartoli, *Du juge qui litem suam facit*, 1910 e Dauvillier, *La théorie de l'iniuria iudicis dans la procédure formulaire*, *Rec.Acad.de Toulouse*, 1937.

(2) IV, 52.

(3) La restituzione di Huschke è riportata anche da Guarino nel suo *Breviarium iuris Romani ad h.l.*, non in FIRA. Meglio costruita dal lato logico è la congettura del Krüger-Studemund, che però non si avventurano in una restituzione vera e propria.

(5) Cic. de orat. II, 75, 305; Gell. X, 1, 5; Sen. dial. cons. ad Polyb. II, 2;

(4) Liv. III, 72, 2.

(6) Ist. 14, 377.

(7) Voigt, *Die XII Tafeln*, I, 554; più genericamente il Levy-Bruhl, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris 1960, 222 si limita a dire che il giudice prende il posto del convenuto e si espone ai mezzi esecutivi applicabili a quest'ultimo, ma definisce questa costruzione estremamente fragile.

(8) Karlowa, *Röm. Rechtsgeschichte*, II, 1349; Cuq, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, 590; Huebner, *Iura*, 1954, 207; MacCormick, ANRW. XIV, 9 e n. 6. Non è specificato se la manus iniectio fosse pro iudicato o pura, ma la prima ipotesi sarebbe più attendibile, dato che l'altra avrebbe dovuto essere introdotta da una legge, di cui non si ha la minima traccia nella tradizione. Lo Stoičević, *Sur le caractère des quasi-délits en droit romain*, *Iura* 1958, 69 ritiene che il l.s.f. esistesse in età decemvirale, ma non specifica l'azione. Sui casi di manus iniectio pro iudicato e pura v. per tutti Levy-Bruhl, *Recherches* cit. 306 ss.

(9) II, 2.

(10) *Der Zwolftafelprozess*, Göttingen 1974. Se si può muovere un rilievo è la scarsa attenzione dedicata alla bibliografia italiana, ma questo pare un difetto comune alla nuova generazione di studiosi tedeschi, che non so quanto sia utile al progresso generale e comune della scienza.

(20) Dig.5.1.15.1 (Ulp.21 ad ed.) 50.13.6 (Gai.3 rer.cott.);44.7.5.4 (id.);I.4.5.pr.

(21) Edictum³,168.

(22) Le parole sospette (dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur eius vel gratia vel inimicitia vel etiam sordes). Per il glossema Beseler, Beiträge, I, 77; per l'interpolazione Pringsheim e Seckel cit. in Index Intp. I, 68 e Suppl. 85. Il Raggi, La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem, Milano 1965, 354 pensa invece che il testo esprima bene la ricca sfaccettatura del concetto, ma vi include anche l'imprudencia, il che è un'evidente forzatura. Del testo si occupano anche gli studiosi dei quasi delitti rilevando interpolazioni varie.

23 (22) b) D.4.3.1.pr.-2 (Ulp.11 ad ed.). Da ultimo Fascione, Fraus legi, Milano 1983, 205.

24) Lenel, Edictum⁹, 217 e Rudorff ivi cit. Per la clausola edituale sui pacta, ivi 64. Il Fascione, Fraus legi cit. 153 ritiene che il criterio tende all'oggettivo e quindi a prescindere dalla volontà dell'agente, pur ammettendo che essa esisteva nella concezione dei giuristi. Non si occupa del testo il Behrends, Die Fraus legis, Göttingen 1982.

24 b) In particolare Pringsheim, Bonum et aequum, ZSS. 1932, poi in Gesammelte Abhandlungen, I, Heidelberg 1961, 190 s. ed i testi ivi cit.

25) In Verr. II, 23, 57.

26 (28) b) Gli indizi dell'alterazione sono evidenti e sono stati già rilevati: in modo radicale v. ad es. Albertario, Ancora sulle fonti dell'obbligazione romana, RIL. 1926, poi Scritti di diritto romano, III, Milano 1936, 135 n. 1-5; lungo elenco di citazioni in Index Intp. 356 e 580 s. L'Albertario aveva anche rilevato che il maestro postclassico aveva tratto per una svista la sua nozione del litem suam facere da Arist. Eth. ad Nic. 5.9.12. Per i Basilici si ha l'atto illecito colposo.

27 (24) D.5.1.16 (Ulp.25 ad ed.); Fragm. Argent. II^b: FIRA. II, 312. La non classicità del testo è affermata per quanto riguarda I^a, corrispondente a D.15.1.32.pr. da Schulz, Storia della giurisprudenza romana, 434 contro l'opinione del Lenel, primo editore del testo. (=Geschichte, 306,

28 (25) D.5.1.15.pr. (Ulp.21 ad ed.)

Sulla questione della trasmissibilità agli eredi e del carattere nossale vedi ora diffusamente D'Ors, SDHI. 1982, 383 ss.

29 (26) D.47.10.1.pr. (Ulp.56 ad ed.), sul quale vedi cit. in Ind. Intp. e per ultimo von Lübtow, Zum römischen Injurienrecht, Labeo, 1969, 165

ss.:738;772 ss.,seguito da D'Ors,SDHI.1982,369 s.

Δ Il testo è anche pubblicato da Los Angeles Times,
International Herald Tribune, BIRD.
Commento giuridico sul Gruppo di Controbia, BIRD, 1982,
283 ss. con altre bibl.

CO₂

di ricostruzione del testo spiega la decisione per la mancanza di altri mezzi giuridici a favore della parte danneggiata.

(19) De eo auctore qui tutor non fuerit [gestum ?] ^{case} dicatur, Lenel, Edictum³, 119. D. 27.6.1.6: si actor ignoravit de eo in integrum restitutionem.

35 (35) Lenel, Edictum, 119.

356) La pubblicazione del cap.91 della legge era stata anticipata dal D'ors,scr.cit.376;poi Nuevos datos sobre de la lex Irnitana,SDHI. 1983,28 ss.,De nuevo sobre la lex municipalis,ivi 1984,170 ss.;La Lex Flavia municipalis,AHDE.1984,535 ss. Testo integrale con traduzione e commento (succinto) di Gonzales cit.all'inizio della nota.Salvo un troppo breve accenno,non si trova nulla in Spitzl,

(14) XIV, 2, 1.

(103) Privatstrafe und Schadenersatz im klassischen römischen Recht, Berlin 1915, 48, con rinvio a Pernice, Labeo, II 2, 168 s.; a p. 52 n. 2 un semplice accenno all'ipotesi del Karlowa, seguito da Girard, Perozzi, Bertolini; analogamente Keller, n. 1082.

13 (40) Macr. sat. III, 16, 5; 14-16. Sul caso Fraccaro, Studi stor. I 1913, 123 ss., seguito da Malcovati, Oratorum Romanorum Fragm. 201 s.; Cichorius, Untersuchungen zu Lucilius, 265 ss., accolto da Münzer, PW. VI A, 1555 s. e da Leo, Geschichte der röm. Literatur, I, 375. Sulla

14 (24) Brut. 167.

15 (22) Ep. ad M. Caes. I, 7, p. 20 (Naber).

16 (23) Röm. Geschichte, II, 404 s.

17 (24) Vedi per tutti Weiss, Tribunal, PW VI A, 2429 e gli Autori ivi citati, fra i quali particolarmente Mommsen, Ueber die Lage des prätorischen Tribunal (1866, in Schriften III, 319 ss.), nonché gli studiosi di topografia romana. In tempi recenti Pugliese, Il processo civile romano, II, 161, che ritiene già al tempo delle legis actiones che il luogo era stato spostato presso uno dei pozzi, che si aprivano nel Foro, più precisamente il puteal Libonis o Scribonianum. Van Heck, Breviarium Urbis Romae antiquae, L. edn-Roma 1977, 305 si limita a citare Liv. 27.50.9. Nella Carta topografica di Scagnetti-Grande, Roma 1979 per l'impero il Tribunal è posto di fronte al Templum Divi Iulii.

19 (40) Vedi l'Introduzione di Marinone all'ed. italiana dei Saturnalia Torino 1967, 46. Ampia bibliografia a p. 84 ss. Io non ho fatto una ricerca approfondita sul tema. Sammonico Sereno, un erudito dell'età dei Severi, ucciso nelle stragi di Caracalla contro i sostenitori di Geta. Possedeva, secondo Hist. Aug. Gord. tres, 18) una biblioteca di 62.000 volumi, che lasciò al suo allievo, il futuro imperatore Gordiano II. E' stato rilevato che Macrobio non utilizzava direttamente Sammonico, ma una compilazione dei suoi libri (Wissowa). Sulle fonti di M. per un primo orientamento Wessner, PW. XIV, 178 ss.

18 (24) Su di esse Fascione, Aliquem iudicio circumvenire e in Senato della Repubblica - Archivio Storico iudicandum pecuniam accipere, Arch. Giur. 1975, 1 ss.

Lex Municipalis Malacitani, München 1984, libro che in genere non
reca nuovi contributi alle questioni aperte, come quella della lex
Flavia municipalis e trascura buona parte della bibliografia non
di lingua tedesca.
E' annunciata per il 18 marzo 1988 una conferenza di Simshäuser, La
juridiction municipale à la lumière de la lex Irnitana, all'Institut
de droit romain de l'Université de Paris.

(32) Diversamnet D'Ors, scr. cit. 376 e n. 28. Dello stesso A. vedi anche
gli scritti citati oltre n. 34.

P IV,

(33) Su di essa v. Gai. IV, 15 e la sigla di Valerio Probo 9 I.D.T.S.P.
in dieme tertium sive perendinum. Altre fonti in Kipp, PW. 788 ss. e la
più antica bibliografia. In seguito Wenger, Proc. civ. rom. cit. 123 e n. 17
Kaser, Proz. Recht, 83 n. 4; 274, il quale accetta la tesi che la lex Iulia
iud. priv. avrebbe rinnovato le regole originarie: Girad, ZSS. 1913, 337,

372. In tempi più recenti in breve Kelly, Roman Litigation, 119;
più ampiamente Behrends, scr. cit. Una nuova esegesi propone ora
Johnston, Three Thoughts on the Lex Irnitana, JRS. 1987, 70 ss., il
quale distingue in tertium da comperendinatio e suppone che
l'intervento del magistrato sia richiesto perchè si trattava
di una modifica al iudicare iubere. Ma in questo ordine era
inserito il giorno della comparizione?

(38) Tav. Pomp. 9 e 24 con la restituzione di Crook, Working No-
tes on some Pompeii Tablet, ZPE. 1978, 231; Bove, Documenti pro-
cessuali delle Tabulae Pompeianae di Murecine, Napoli 1979, 114
ss. Un accenno in D'Ors, scr. cit. 376 n. 28; Gonzales, The lex Irni-
tana: a New Copy of the Flavian Municipal Law, JRS. 1986, 234.

39 (34) Anche il D'Ors, SDHI 1983, 40 s. rileva la confusione e tenta una palingenesia del testo originario, da cui sarebbe stata tratta la lex Irnitana. Egli suppone che le due diverse previsioni sarebbero state contenute in due differenti capitoli, poi confusi nel solo cap. 91. La congettura è plausibile, ma si dovrebbe pensare, tanto è grossolana la redazione stilistica, ad una mano inesperta e frettolosa, che ha trascritto ed abusivamente abbreviato la legge Irnitana. Vedi anche ~~xxxxxx~~ nt. 52.

40 (35) La disputa sulla genuinità delle leggi Salpensana e Malacitanica è antica: v. i cit. in FIRA, I, p. 203. Respinta la tesi negativa critica rimane il fatto che la lex Flavia fu una rielaborazione della lex Iulia di Augusto ed introdusse nel testo originario modifiche varie, vere e proprie interpolazioni già segnalate dal Gradenwitz. Questa tesi è ripresa ora dal D'Ors, SDHI. 1984, 181 ss.; La lex Flavia municipalis, AHDE. 1984, 535 ss.; Lex Flavia municipalis, Roma 1986. V. anche Carmen Castillo, Miscelanea epigrafica hispano-romana, SDHI. 1986, 391. La tesi che esistette una lex Flavia, nella quale si procedette ad una rielaborazione della lex Iulia dopo il conferimento alla Spagna del ius Latii è da condividere. Ma il proximo lata fa pensare che il testo rielaborato non era quello originario di Augusto ma era di età successiva.

41 (37) Roman Litigation, 122 ss. I testi letterari citati sono Mart. epigr. VII, 66; Iuven. sat. XVI, 43 ss.; Suet. Vesp. 10. Testi giuridici a p. 125 note.

42 (38) Non ho bisogno di citare libri e saggi ben noti di Casavola, D'I. politico, Bretone, Schiavone del quale v. da ultimo Giuristi e nobili nella Roma repubblicana, Bari 1987, etc.

43 (39) Decemviri e Centumviri, Labeo 1958, 39 ss. Pugliese, Processo civile romano, II, 228 ss.; Kaser, Röm. Zivilprozessrecht, 141 e n. 24.

44 (40) Vedi i testi citati in Mommsen, Röm. Staatsrecht, III, 1, 539 n. 1. Il testo di Orelli, 95, che il Mommsen è incline ad attribuire ad una nomina dello stesso Marco Aurelio, è CIL. XI, 1926 = Dessau, ILS. 6616. La persona in esso onorata, avo del dedicante, è C. Vibius, che poteva benissimo essere divenuto giudice anche prima.

45 (41) CIL. XI, 1836 = Dessau, ILS. 1332. Il prenome è però diverso, L. invece di P. come nei Fasti. Inoltre nelle parole riferite dell'iscrizione manca il termine iudicume, come di consueto (vedi Mommsen alla n. precedente) mentre vi sono le due abbreviazioni Laur(entium) Lav(inatium) del tutto inconsuete per designare le decurie dei giudici.

- 46 (29) Ad essa erano stati accordati dagli imperatori dei privilegi, i sacerdozi erano riservati ai cavalieri e molti aspiravano ad ottenere la cittadinanza onoraria per godere dei privilegi: vedi le iscrizioni citate in Philipp, Lavinium, PW. XII, 1, 1011; Kübler, Equites R., PM, VI, 310
- 47 (30) C.Th. I, 16, 7
- 48 (31) Aspetti sociali del IV sec., lo, Roma 1951, 104. Riserve in Nörr, ZSS. 1963, 119 n. 43.
- 49 (32) orat. (ed. Foester) II, 44; XVIII, 288. Schulz, Storia della giurisprudenza romana (trad. it.), Firenze 1968, 485.
- 50 (33) Oltre Bethmann-Hollweg, Wenger, Istituzioni di procedura civile romana (trad. it.) Milano 1938, 334, al quale rinvia Kaser, Das römische Zivilprozessrecht², München 1966, 424.
- 51 (34) C.Th. I, 16, 7; inoltre C.J. XII, 61, 1 (314-5); eod. 2 (Constantius 344); Nov. Marciana. I pr. in Theod. II, 181). Altri casi di responsabilità per la determinazione delle spese C. III, 1, 13, 6 (530) e 15 eod. (531).

Dal canto suo come prova dell'^{origine} carattere tarda del carattere di malefium dell'ingiusta sentenza D'Ors ha addotto i versi del poeta Dracontius, Romulea, 8, 36, dove al giudizio di Paride punito con la sua morte e quella dei Troiani, viene detto litem facit ipso suam. Ma si tratta di espressioni comuni per indicare la parzialità del giudizio.

- 52 (35) Questa è l'opinione di Schulz, Storia cit., 296 ss. Non sono d'accordo sul metodo raccomandato dall'A., che lo studio dei singoli frammenti non può far luce. Senza di questo nemmeno l'insieme si può ricostruire. Schulz cita il nostro testo solo per rilevare che esso è l'unico che nella inscriptio ha il titolo completo e non abbreviato come gli altri. Viceversa è necessaria una visione d'insieme sull'evoluzione del processo romano sul quale rimangono fondamentali gli studi del Wlassak. Sulle sue orme le Istituzioni di proc. civ. del Wenger la mia Giurisdizione del diritto romano, Padova 1937; Kaser, Röm. ZPR. cit. etc. Sull'origine della cognitio v. l'ampia ricerca di Luzzatto, In tema di origine del processo 'extra ordinem', ^{STud}Volterra, II, Milano 1971, 665 ss.

53 (36) Cost. Omnem, 1; Imperatoriam 3; Deo Auct. 12; 17 etc.

54 (56) Actiones in aequum conceptae, Labeo 1962, 13 ss.

(37) Gai. IV, 106-107 ; 114

(38) Cic. Acc. II, 97; ³⁷ de or. I, 168; D. 23.4.12.2 (Paul.); 23.4.22 (Iul.); 14.6.9.pr (Ulp.); C. 4.28.1 (Pert. 193); D. 14.4.14 (Ulp.); 44.1.18 (Afr.); 46.2.19 (Paul.). V; anche D. 44.2.23 (Ulp.) exceptio rei iudicatae non competit. Sul tema Bethmann-Hollweg, Der römische Civilprozess, Bonn 1865, II, 392; Wenger, Exceptio, PW. VI, 1557; Keller, Der römische Civilprozess und die Aktionen, 6a ed. Leipzig 1883, trad. it. 3a ed. 125, 289.

(59) Contro l'exceptio rei iudicatae D. 4.3.26 (Paul. 11 ad ed.). Altri casi: D. 4.2.14.9 (Ulp.); 6.1.72 (Ulp.); 9.4.28 (Afr.); 21.1.14.9 (Ulp.).

(58) Definizione della r. Gai. IV, 126-127; I. 4.14.pr.; D. 44.1.2.2 (Ulp.); 44.1.22.1 (Paul.). La replicatio veniva apposta nella formula dopo l'exceptio, essendo considerata un'exceptio dell'exceptio ed era introdotta da un aut si o si non. Ad essa poteva essere opposta una duplicatio e così di seguito: Gai. IV, 126-126a ed altri testi citati da Keller, Wenger, Kaser etc.

~~(60) D. 44.2.23 cit.~~

59 (59) Vedi sopra p. 10

60 (60) Arangio Ruiz, L'exceptio in diminuzione della condanna, Modena 1930; Solazzi, Sull'exceptio in diminuzione della condanna (1934), Scritti di diritto romano, Napoli 1960, III, 465 ss.

61 (61) Sugli effetti della plus petitio Gai. IV, 53-56. Per l'attenuazione del formalismo v. ad es. Provera, La plus petitio nel processo romano, I, Torino 1958, 14 nota, che preferisce però parlare di una sua radicale trasformazione.

62 (62) Wlassak, Die klassische Prozessformel, Stz. Ber. Wien. Ak. 1924, 108 s., ripreso da Sacconi, La plus petitio nel processo formulare, Milano 1977, 233 s., la quale cita anche il Kelly, secondo il quale il regime della plus petitio serviva a porre un freno allo strapotere di persone potenti. Ma per questo ci voleva ben altro che la plus petitio !

63 (63) L'appello civile nel diritto romano², Genova 1953, 273.

64 (64) Istituzioni di procedura civile romana (trad. it. Milano 1938, 208

65 (65) Roman Litigation, Oxford 1966. la recensione del Kaser è in ZSS. 1967, 517 n. 36, dove esprimendo un forte dubbio riconosce che non vi è la prova del contrario. Dello stesso A. vedi l'esposizione esauriente in Das römische Zivilprozessrecht², 1966, 268 s.

66) La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem, 354.

67) La responsabilidad del juez, ADHE. 1984, 184.

5
4
(68) pro Mur.XII,27 mihi quidem mirum videri solet, tot homines, tot ingeniosos, post tot annos etiam nunc statuere non potuisse utrum 'diem tertium' an 'perendinum', 'iudicem' an 'arbitrum', 'rem' an 'item' dici oporteret.

(69) Labeo², II, Halle 1900, 168 ss. Vedi anche Rudorff, Edictum, § 59; Karlowa, Römische Rechtsgeschichte, II, 1349 ss. ed altri AA. ivi cit.; Kübler, ZSS. 1918, 221 e sostanzialmente Stoičević, Iura, 1957, 71.

Il più vicino alla tesi sostenuta nel testo è Cuq, Manuel des Institutions juridiques des Romains², Paris 1928, 590. Tra i manuali a più sostanziosi sul tema sono Arangio Ruiz, Istituzioni¹⁴, 378: nuova dottrina nelle Res cott., postclassica preferita da Giustiniano, forse precedenti in età repubblicana per influenza della filosofia greca, con riferimento all'Etica a Nicomaco (ma vedi Albertario, Scritti, III, 135); Buckland, Textbook of the Roman Law³, 598; Volterra, Istituzioni, 569 s. rileva anche la difficoltà di intendere il significato dell'espressione l.s.f. Giard, Manuel, 677 segue Lenel.

70
(70) Mac Cormach, scr. cit. a n.1.

71
(71) D.44.7.52.pr. e 8 (Marc.2 reg.); 47.10.18.pr. (Paul.55 ad ed.); 50.16.131.1 (Ulp.3 ad leg.Iul.et Pap.); 244 (Labeo 4 pith.a Paul. epit.). Abbiamo invece in D.19.2.9.5 (Ulp.32 ad. à quod imperitia peccavit culpa est, ma il testo è ritenuto interpolato da Arangio Ruiz ed altri: v. Index Intep. ad h.l. L'Albertario scr. cit. a n.18b ritiene che l'uso di peccatum per delitto o maleficio non sia classico).

95

Per l' s f

v. Marone (sentenza ingiusta)

Pugliese confer. rom. 227

lupus Hb. sat. 2.2.31 - 35

46

Romagnoli (a Lucchelli)

traduce spigole -

es è chiamata oggi in dialetto

~~lucchelli~~ Puglia, Sicilia, Sardegna,

lavo in dialetto (Molesprino,

manuale illustrato della pesca

Milano 1969, 164 -

loup traduce Borneque (a Garinier)
in trar.

Ladusse lup - usato per vari

pesci avari di - (ombrina, lucio etc)

(68) Labeo, II², Halle 1900, 168 ss. 97

Ecco un sommario quadro delle opinioni espresse nei manuali: il più vicino alla tesi sostenuta nel testo è Cuq, Manuel des Institutions juridiques des Romains², Paris 1928, 590. Tra i molti Bonfante, Istituzioni¹⁰, 507 sentenza errata o negligenza nei propri doveri; Perozzi, Istituzioni², II, 387 non classicità dell'a. in bonum et aequum; Arangio Ruiz, Istituzioni¹⁴, 378 dolo malo in fraudem legis nell'Editto, nuova dottrina in Res cott. opera postclassica preferita da Giustiniano, ma sembra che in età repubblicana avesse trovato qualche seguito in giuristi imbevuti di filosofia greca con riferimento all'Etica a Nicomaco; Voci, Istituzioni³, sentenza ingiusta per dolo o fraus legis; Volterra, Istituzioni, 569 mal giudicato per dolo o per imprudenza, in origine i casi di Gaio o cattiva stima, non facile comprendere il senso di l.s.f.; Guafino, Diritto privato romano⁷, 884 sentenza ingiusta emanata in mala fede; Biondi, Istituzioni³, 590 e n. 39 trasgressione dolosa, negligenza per Giustiniano, pieno risarcimento per il dolo; Burdese, Diritto privato romano³, 534 responsabilità estesa alla colpa



Mod. 22-0 (ricalco) (1987) - Cod. 007503

AMMINISTRAZIONE

P.T.

RICEVUTA

Accettazione delle raccomandate

Da compilarsi a cura del mittente (Si prega di scrivere a macchina o in stampatello)

Destinatario MARIO TALAMANCAVia MARCO ALPIRELLI n. 31Località ROMA DOSSU (C.A.P.) (Prov.)Mittente FRANCESCO DE MARTINOVia ANIELLO FALCONI n. 258Località NAPOLI

Servizi accessori richiesti



Espresso



Via aerea



A. R.

Contrassegnare con X



Assegno L.

14-700

72

10600

10600

10600

Bollo
(per l'accett.
manuale)

N. Racc.

Tasse

È vietato includere denaro o valori nelle raccomandate.
L'Amministrazione non ne risponde.

Sito della Repubblica Archivio Storico

autore e opera		
BIDR 88		
bozze	scel. cl.	pagine
I		1-36

20 GIU. 1989

99

FRANCESCO DE MARTINO

‘ LITEM SUAM FACERE ’

1. *Litem suam facere*, un'espressione che ricorre nelle fonti giuridiche ed in quelle letterarie. Nessuna ce ne spiega esplicitamente il senso. Intesa alla lettera dice poco: che cosa significhi realmente che il giudice fa propria una lite non si sa bene. Certo possiamo ritenere che essa implicava una responsabilità del giudice, ma non è certo quali comportamenti od omissioni la facessero nascere ed in quali modi si potesse perseguire¹. La fonte più antica nel campo giuridico a noi pervenuta è Gaio², il quale ci fa sapere che il giudice *litem suam facit*, se egli nelle azioni *in certum* pronuncia una sentenza in una somma in danaro maggiore o minore di quella fissata nella *condemnatio* delle formule. Anche nel caso che egli superava il limite posto nella *taxatio* incorreva nella stessa responsabilità, ma non se ne stava al di sotto del limite, il che è logico, perchè la *taxatio* stabiliva un limite massimo da non superare. Nel testo segue una lacuna, che inizia con le parole *At etiam* che evidentemente introducevano altri casi. Huschke ha tentato una restituzione della parte mancante, immaginando che essa riguardasse l'ipotesi di una condanna *in minus* rispetto alla *taxatio*, il che è poco verosimile, sia perchè ovvio, sia perchè *at etiam* fa pensare ad ipotesi differenti trattate però allo stesso modo delle altre³.

¹ Fra i più recenti vedi D'Ona, *Litem suam facere*, in «SDHI», XLVIII, 1982, 268 ss.; MACCORMACK, *Iudex qui litem suam fecit*, in «Acta iuridica», 1977, 139 ss.; HUSCHKE, *Zur Haftung des iudex qui suam litem fecerit*, in «Iura», V, 1954, 149 ss.; MACCORMACK, *The Liability of the Judge in the Republic and Principate*, in «ANRW», XIV, New York-Berlin, 1982, 3 ss.; CREMADAS-PARICIO, *La responsabilidad del juez*, in «AHDE», 1984, 179 ss.; del secondo anche Estudio sobre las acciones in aequum conceptae, Milano, 1986, 97 ss. (riserve di GUARINO, in «Labeo», XXXII, 1986, 318). Altri Autori saranno citati su argomenti specifici. Non mi è stato possibile vedere BARTOLI, *Du juge qui litem suam facit*, 000000, 1910 e DAUVILLER, *La théorie de l'injuria iudicis dans la procédure formulaire*, «Recueil Acad. légis. Toulouse», IV^e S., XIII, 1937, 144 ss.

² Gai 4, 52.

³ La restituzione di Huschke è riportata anche da Guarino nel suo *Breviarium iuris*

Poichè nelle fonti giuridiche manca una definizione di questa nozione di *litem suam facere*, occorre trarla da altre ricerche. Quelle puramente filologiche non ci danno però alcuna certezza. *Lis* ha vari significati, cosa litigiosa, azione, controversia giuridica, ma *litem suam facere* nel linguaggio comune è usata per cose diverse. In modo più sostanzioso e fedele al senso letterale Livio chiama in tal modo l'atto di un giudice o arbitro — nel suo caso lo Stato romano — il quale profitta della funzione affidatagli per impadronirsi della cosa controversa⁴. In altri autori si usa l'espressione per chi fa proprie le ragioni di una parte in una controversia o si immedesima nel dolore di altri⁵. La varietà dei significati ed i contrasti delle fonti giuridiche fanno sorgere opinioni diverse tra gli studiosi, a cominciare dalle origini di questa responsabilità. Degna di essere ricordata per il suo carattere originale è l'ipotesi dell'Arangio Ruiz secondo il quale l'atto del giudice consisterebbe nell'impossessarsi della cosa dedotta in giudizio, affidatagli temporaneamente⁶.

Se comunque quelle parole si intendono in senso letterale, esse indicano il comportamento di un giudice, che fa propria l'azione o la controversia, divenendo così parte nel processo, la prima idea che viene alla mente è quella della *translatio iudicii*⁷, un'idea che peraltro trova pochi appigli nelle fonti e nella logica del sistema, dove il mezzo della *translatio* non veniva impiegato per trasferire il processo da una parte al giudice.

Quella della *translatio* non è la sola ipotesi formulata per le origini. Qualcuno pensa ad azioni esecutive, come la *manus iniectio*⁸.

romani, ad h.l., non in «FIRA». Meglio costruita dal lato logico è la congettura del Krüger-Studemund, che però non si avventurano in una restituzione vera e propria.

⁴ Liv. 2, 72, 2.

⁵ Cic., de orat. 2, 305; Gell. 10, 1, 5; Sen., cons. ad Polyb. 2, 2.

⁶ ARANGIO-RUIZ, Istituzioni di diritto romano¹⁴, Napoli, 377.

⁷ VOIGT, Die XII Tafeln, I, Leipzig, 1883, 554; più genericamente il LEVY-BRUHL, Recherches sur les actions de la loi, Paris, 1960, 222, si limita a dire che il giudice prende il posto del convenuto e si espone ai mezzi esecutivi applicabili a quest'ultimo, ma definisce questa costruzione estremamente fragile.

⁸ The Antinoopolis Papyri, I (ed. ROBERTS), London, 1950, 109; poi RAGGI, 'Restitutio in integrum', cit., 353, nt. 146, che lo definisce di estremo interesse; D'ORA, op. cit., 371 s.

⁹ KARLOWA, Römische Rechtsgeschichte, II, Leipzig, 1901, 1349; CUQ, Manuel des Institutions juridiques des Romains, I², Paris, 1928, 590; HÜBNER, op. cit., 207; Id., op. cit., 9 e nt. 6. Non è specificato se la *manus iniectio* fosse *pro iudicato* o pura, ma la prima ipotesi sarebbe più attendibile, dato che l'altra avrebbe dovuto essere introdotta da una legge, di

il che lascia molto dubbiosi, data la natura del processo esecutivo e la totale mancanza di leggi in proposito.

Andare dunque alla ricerca di una figura originaria in questo campo è come addentrarsi nelle tenebre. Quel che conosciamo delle XII Tavole, salvo la condanna capitale per il giudice che si lasciava corrompere, ci ha appreso ben poco, al di là dell'esistenza di cause che scusavano l'assenza dal processo delle parti e del giudice, il *morbus soniticus* e lo *status dies cum hoste*¹⁰. Ma vi sono sopravvivenze di istituti e norme arcaiche sui termini ed i tempi di un processo. IL Behrends¹¹ in un libro accurato e molto documentato ha raccolto tutti i dati disponibili su questo tema e da essi risulta l'importanza della *diffusio diei*, l'aggiornamento del giorno fissato per il giudizio, che appare assai più importante di come non si ritenga di solito per il processo formulare. La responsabilità del giudice per *litem suam facere* potrebbe ricollegarsi al sistema dei termini, mentre l'atto compiuto *dolo malo in fraudem legis*, di cui parla l'Editto, come vedremo, sarebbe sicuramente postdecemvirale. Non si può peraltro ignorare che non vi è traccia nelle XII Tavole di sanzioni per il caso di assenza del giudice dal processo fuori dei casi previsti. Si può pensare che l'assenza ingiustificata si punisse come l'*iniuria*? Per questa è prevista una pena di XXV assi. Ma si tratta di congetture con deboli addentellati nelle fonti. Preferisco quindi lasciare ad altri studiosi con una fantasia più fertile della mia di scrutare nelle ombre fitte del processo arcaico e mi limito ad avvertire che se vi fu una responsabilità del giudice, questa non poteva che ricollegarsi a violazioni del rigido formalismo del sistema delle *legis actiones*, nel quale termini e tempi avevano un'importanza fondamentale. Aulo Gellio del resto ce ne dà una precisa sensazione, parlando di un caso — o fingendolo —, nel quale, nominato giudice, si trovò nella necessità di apprendere le norme concernenti tale funzione. Vi era povertà di parole vive e fu necessario ricorrere a maestri muti: *in dierum quidem diffissionibus comperendi-*

cui non si ha la minima traccia nella tradizione. Lo STROTZKY, *Sur le caractère des quasi-délits en droit romain*, in «Iura», IX, 1958, 69, ritiene che il *litem suam facere* esistesse in età decemvirale, ma non specifica l'azione. Sui casi di *manus iniectio pro iudicato* e pure v. per tutti LEVY-BRUHL, *Recherches*, cit., 306 ss.

¹⁰ Tab. 2, 2.

¹¹ *Der Zwölftafelprozess*, Göttingen, 1974. Se si può muovere un rilievo è la scarsa attenzione dedicata alla bibliografia italiana, ma questo pare un difetto comune alla nuova generazione di studiosi tedeschi, che non so quanto sia utile al progresso generale e comune della scienza.

*nationibusque et aliis quibusdam legitimis ritibus ex ipsa lege Iulia et ex Sabini Masurni et quorundam aliorum iurisperitorum commentariis com-
moniti et adminiculati sumus*¹². Il racconto di Gellio riguarda il suo
tempo, la *lex Iulia* quello di Augusto. Essa evidentemente aveva
raccolto almeno in parte l'antico formalismo dei termini, dei rinvii e
delle comparizioni. I giuristi nei loro commenti avevano istruito il
giovane, ma non lo avevano aiutato a veder chiaro nel groviglio delle
argomentazioni contrapposte dei casi concreti!

Uno dei più autorevoli sostenitori della tesi che il diritto civile
arcaico avesse previsto il caso, E. Levy, non ci dà alcuna ragione del
suo convincimento e si limita ad affermare che la pregnante espres-
sione di *litem suam facere* non la si deve all'azione pretoria. Egli rinvia
ad altri autori¹³, che però a loro volta non dispongono di molti
argomenti. Anche a me pare che l'espressione non poteva essere
contenuta nella formula, come ora vedremo, ma non per questo essa
era di origine antica.

Il fatto che Gaio nelle Istituzioni non si occupi diffusamente della
responsabilità del giudice, ma si limiti a parlarne solo nei casi di
formulae in certum e di *taxatio* e casi analoghi, che però non cono-
sciamo, dovrebbe essere valutato come un segno della scarsa impor-
tanza che l'argomento rivestiva nelle scuole del periodo classico. Se la
affermazione della responsabilità del giudice sia sorta già nel sistema
delle *legis actiones* e sia stato disciplinato nel diritto decemvirale, non
sappiamo con certezza. Noi sappiamo semplicemente che l'editto del
pretore la prevede. Era la norma edittale un'attenuazione di un mezzo
primitivo più rigido e duro o era al contrario l'introduzione di un
nuovo rimedio che salvaguardasse una parte rimasta priva del suo
diritto per effetto di un atto del giudice in violazione di norme sui
termini o sul formale rispetto di regole processuali e della lettera della
formula? Se però esisteva in precedenza un rimedio di diritto civile,
perché non se ne trova più traccia? La stessa clausola dell'editto suscita
dubbi per la sua ricostruzione, come vedremo.

Nella tradizione storica romana si rileva qualche traccia sul cattivo
comportamento dei giudici anche in età repubblicana. Si ricorda la

¹² Gell. 1^o, 2, 1.

¹³ *Privatstraft und Schadenersatz im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1915, 48, con
rinvio a *Prætorica*, in «Labeo», II.2^a, Halle, 1900, 168 s.; ap. 52, nt. 2 un semplice accenno
all'ipotesi del Karlowa, seguito da Girard, Perozzi, Bertolini; analogamente KELLER-WACH,
*Der römische Civilprozess und die Actionen*⁶, Leipzig, 1883, 448 e nt.

pittorresca descrizione di Macrobio, il quale asserisce di averla tratta da un discorso di C. Tizio, una *suasio* a sostegno della proposta di legge suntuaria di C. Fannio console nel 161. Ma in che misura questo brano di Macrobio si può ritenere una prova storica attendibile, come fino ad oggi è stato fatto? Macrobio asserisce che C. Tizio era un contemporaneo di Lucilio¹⁴, ma Cicerone lo ritiene contemporaneo di L. Crasso e lo pone tra quegli oratori che furono attivi tra i Gracchi e la guerra sociale¹⁵, mentre Frontone lo nomina assieme a C. Gracco¹⁶. Così è nata fra gli studiosi una disputa intorno all'età di questo oratore-poeta. Il Cichorius ha tentato di superarla, supponendo che il discorso di Tizio non sarebbe una *suasio* a sostegno della proposta di Fannio, ma un discorso pronunciato alcuni decenni più tardi per combattere l'abrogazione della legge. Ma egli non può addurre alcun indizio diretto e deve invocare soltanto l'esistenza di altri casi di interventi per impedire l'abrogazione di leggi analoghe, il che rende più debole la sua tesi, proprio perchè di altri casi le fonti parlano, ma non di questo. Il Fraccaro ha difeso la tesi tradizionale, che ha avuto l'appoggio del Mommsen nella sua *Storia*¹⁷. Nessuno a quanto io ne sappia, si è posto il problema dell'attendibilità della fonte cui Macrobio attingeva.

Si può osservare che tutto il contesto suscita non pochi dubbi. Esso fa parte delle conversazioni della seconda giornata, pomeriggio, dedicate alle abitudini di lusso ed alle raffinatezze degli antichi.

Il passo in questione è incastrato in un racconto relativo ad una autentica leccornia, il *lupus*, cioè la spigola, pescato tra i due ponti. Il fittizio commensale cita Varrone e poi C. Tizio, poi dice di voler riferire proprio le parole di quest'ultimo, non solo perchè si occupa del *lupus*, ma anche perchè descrive quali fossero le abitudini degli antichi. Ma del pesce il brano citato non parla più, bensì dei ricchi fannulloni, destinati tra l'altro ad essere giudici. Tema che nel contesto dedicato ai pesci più pregiati c'entra come il cavolo a merenda. Esaurita la citazione sui giudici si torna ai pesci e questa volta si riferisce la cruda

¹⁴ Macr. Sat. 3, 16, 5; 14-16. Sul caso FRACCARO, *Studi sui Gracchi*, in «Studi storici», VI, 1913, 123 ss., seguito da MALCOVATI, *Omnium Romanorum fragmenta liberae republicae*², Mediolani, 1955, 201 s.; CICHORIUS, *Untersuchungen zu Lucilius*, Berlin, 1908, 265 ss., accolto da MÜNZER, s.v. *Titius* (nr. 7), in «RE», VI A, Stuttgart, 1937, 1555 s., e da LEO, *Geschichte der römischen Literatur*, I, Berlin, 1913, 375.

¹⁵ Brut. 167.

¹⁶ Ep. ad M. Caes. 1, 7 (NABER, p. 20).

¹⁷ *Römische Geschichte*, II, Berlin, 1875, 404 s.

ironia di Lucilio, il quale chiama il pesce pescato tra i due ponti un *liguritor catillmo*, vale a dire un goloso leccapiatti, che si nutre dello sterco vicino alle rive. Poi si citano i versi di Lucilio, che però non contengono questa definizione, ma con ironia più sferzante, se possibile, descrivono i gusti di chi vuole in tavola mammelle di scrofa e chi un piatto di volatili grassi. Per il pesce leggiamo solo: *hunc pontes Tiberinus duo inter captus catillo*. L'esempio doveva essere consueto nella satira romana: il *lupus Tiberinus* pescato tra i *pontes* si ritrova in Hor. sat. 2, 31.

frasca e volendo stigmatizzare il lusso e la raffinatezza eccessiva finisse con l'occuparsi di cattivi giudici, i quali non sembrano dediti alle raffinatezze, ma a grandi bevute. Quanto al testo, esso non presenta le caratteristiche stilistiche di un latino pur sempre arcaico ed è abbastanza confuso. Vi si parla di *comitium* genericamente; anche se in qualche fonte questo è il luogo in cui si amministrava la giustizia, è anche vero che molte fonti parlano di *tribunal* e la sede di esso è tra quelle che formano materia di controversia tra gli studiosi¹⁸. Ma del *comitum* i crapuloni si interessano per una quantità di altre cose, di attività che in esso hanno luogo. Alla fine si rammentano di essere giudici e corrono tutti assieme verso il luogo della giustizia, come se assieme dovessero giudicare, ma il *iudex* è uno solo, però siede nel *consilium*. Insomma il testo non è un bel modello da tutti i lati ed il suo contenuto somiglia piuttosto all'imitazione di un'invettiva di tipo catoniano, scelta per far risaltare i cattivi costumi di altre epoche. È vero che le accuse di corruzione dei giudici erano all'ordine del giorno, tanto da provocare varie leggi per combattere il fenomeno negli *iudicia repetundarum*¹⁹, ma questo rientrava nella lotta politica fra senatori e cavalieri per le giurie in tali processi nell'età della crisi.

Donde Macrobio abbia tratto le sue citazioni si può supporre,

¹⁸ Vedi per tutti WEISS, s.v. *Tribunal*, in «RE», VI A, cit., 2429 e gli autori ivi citati, fra i quali particolarmente MOMMSEN, *Ueber die Lage des prätorischen Tribunals* (1866), in *Gesammelte Schriften*, III, Berlin, 1907, 319 ss.), nonché gli studiosi di topografia romana. In tempi recenti PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II, Milano, 1963, 161, che ritiene già al tempo delle *legis actiones* che il luogo era stato spostato presso uno dei pozzi, che si aprivano nel Foro, più precisamente il *puteal Libonis* o *Scribonianum*. VAN HECK, *Breviarium Urbis Romae antiquae*, Leiden-Roma, 1977, 305, si limita a citare Liv. 27, 50, 9. Nella Carta topografica a colori di Scagnetti-Grande (Roma 1979) per l'impero il *tribunal* è posto di fronte al *templum Divi Iulii*.

¹⁹ Su di esso PASOTONE, *Aliquem iudicio circumvenire e in iudicandum pecuniam accipere*, in «At», CLXXXIX, 1975, 1 ss.

perchè egli cita ai cap. XVI e XVII Sammonico Sereno, ma è più probabile che abbia avuto per le mani una compilazione alquanto disordinata, nella quale si mescolano citazioni e commento, degli scritti di questo erudito²⁰. Tutto sommato, Macrobio è una fonte scadente e sospetta per la storia della responsabilità dei giudici. Chi sa per quante mani era passato il brano attribuito a C. Tizio e l'espressione *litem suam facere*.

2. Nell'età successiva è sicuro che il pretore avesse previsto nell'editto una clausola per il *litem suam facere*. Ricostruirla non è agevole, perchè le fonti sono contraddittorie. Un testo di Ulpiano attesta l'esistenza di una responsabilità derivante da dolo, anzi da dolo *in fraudem legis* e di un'azione contro il giudice diretta a conseguire l'*aestimatio rei*. Viceversa un'altra fonte tratta dalle *Res cottidianae* di Gaio prevede anche un comportamento colposo — *licet per imprudentiam* — ed un'azione *in factum in bonum et aequum*²¹. Era inevitabile che sulla base di queste fonti sorgesse una controversia tra gli studiosi, i quali attribuiscono all'una o all'altra di esse maggiore credibilità. Sono quindi nate varie ricostruzioni secondo le quali la responsabilità era dolosa o semplicemente colposa. Lo stesso è a dirsi per l'azione, se essa fosse una sola, *in bonum et aequum*, ovvero se ve ne fossero due, una per il dolo l'altra per la colpa allo stesso tempo. Si pensa anche ad un'evoluzione storica fino ad includere la colpa, già in età classica o in quella postclassica e giustinianea. Il D'Ors ha sostenuto una nuova ricostruzione e cioè responsabilità oggettiva del giudice per violazione delle norme processuali, dalle quali era derivata una sentenza nulla in modo assoluto, con la conseguente perdita dell'azione da parte dell'attore.

La ricostruzione dell'editto è per questo stato delle fonti non facile.

²⁰ Vedi l'Introduzione di MARDONE, *Macrobi, Saturnalia*, Torino, 1967, 46: ampia bibliografia a p. 84 ss. Io non ho fatto una ricerca approfondita sul tema. Sammonico Sereno, un erudito dell'età dei Severi, ucciso nelle stragi di Caracalla contro i sostenitori di Geta, possedeva, secondo *Hist. Aug. Gord. tres*, 18, una biblioteca di 62.000 volumi, che lasciò al suo allievo, il futuro imperatore Giordano II. È stato rilevato che Macrobio non utilizzava direttamente Sammonico, ma una compilazione dei suoi libri: WISSOWA, 0000, 0000. Sulle fonti di Macrobio per un primo orientamento WESSNER, s.v. *Macrobius* (nr. 7), in «RE», XIV, Stuttgart, 1928, 178 ss.

²¹ D. 5, 1, 15, 1 (Ulp. 21 *ad ed.*); D. 50, 13, 6 e 44, 7, 5, 4 (Gai. 3 *per. cott.*); I. 4, 5 pr.

Il Lenel²² non ci dà la clausola dell'editto e si limita a dire che il pretore aveva lasciato alla pratica ed alla scienza di stabilire il grado di responsabilità del giudice. Per quanto riguarda la formula, egli ritiene sicura la *condemnatio: quantum ob eam rem aequum videbitur N^m N^m A^o A^o condemnari tantam pecuniam rel.*

Per l'*intentio* avverte che mancano punti di appoggio e perciò suggerisce in modo dubitativo: *s.p. N^m N^m litem, quam inter A^{mo} A^m et Lucium Titium iudicare iussus erat, suam fecisse.*

Nel corso della sua analisi critica delle fonti egli aveva però salvato nel testo di Ulpiano la frase: *iudex tunc suam litem facere intellegitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit.*

A me non sembra che il Pretore avesse potuto lasciare alla prassi di fissare la responsabilità del giudice, limitandosi ad enunciare in modo generico il concetto di *litem suam facere*, senza enumerare i casi concreti, come omissione della sentenza, violazione dei termini, assenza dal giudizio, non corrispondenza della sentenza con la certa pecunia indicata nella *condemnatio* della formula e così via. Questo sarebbe stato possibile, anche se insolito, soltanto nel caso che già vi fosse stata un'elaborazione giurisprudenziale molto precisa, tale da evitare tutte le comprensibili difficoltà della pratica. Ma di tale elaborazione non ci è giunto il ricordo ed è improbabile che vi fosse prima dell'editto. Sappiamo ora che nella *lex Imitana*, della quale più oltre ci occupiamo diffusamente, il termine adoperato era diverso e cioè *damnum iudicis* e vi era altresì l'enumerazione dei casi di trasgressione. È inverosimile che l'editto, se era preesistente all'età Flavia, si fosse comportato diversamente. Per quel che riguarda la menzione del dolo, va in primo luogo rilevato che l'espressione *dolo malo in fraudem legis* appare impropria, perchè il dolo in tal modo è richiesto solo in caso di frode alla legge. Da alcuni studiosi il testo è ritenuto interpolato e lo è certamente in altre parti²³, non in questa, perchè nella compilazione giustiniana si era accolta la configurazione della responsabilità per *imprudentiam*.

²² *Das Edictum Perpetuum*², Leipzig, 1927, 168.

²³ Le parole sospette (*dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur eius vel gratia vel inimicitia vel etiam sordes*). Per il glossema BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, Tübingen, 1910, 77; per l'interpolazione Pringsheim e Seckel cit. in *Index Interpolationum*, ad h.l. Il RAGGI, *La 'restitutio in integrum' nella 'cognitio extra ordinem'*, Milano, 1965, 354 pensa invece che il testo esprima bene la ricca sfaccettatura del concetto, ma vi include anche l'*imprudentia*, il che è un'evidente forzatura. Del testo si occupano anche gli studiosi dei quasi delitti rilevando interpolazioni varie.

La previsione del dolo non può dunque che essere di origine classica. L'Arangio Ruiz ha notato che le parole relative sembrano essere proprio quelle dell'editto e tale opinione è giusta, salvo che per la limitazione del dolo alla *fraus legis*. Si tratta di due previsioni diverse, come è nella clausola concernente i *pacta conventa* (IV, § 10). Si potrebbe pensare che il testo affermi che la *fraus legis* debba essere dolosa in riferimento alla controversia tra i giuristi, che Ulpiano ricorda altrove, se il dolo debba consistere in una simulazione o possa esservi frode senza simulazione²⁴. Ma tale spiegazione a me sembra poco convincente, perchè più adatta al comportamento di soggetti di un atto negoziale che a quello di un giudice.

Alcuni studiosi hanno spiegato la dizione *in fraudem legis* con il riferimento a leggi determinate. Il Rudorff ed il Lenel anche se con differenze tra loro hanno supposto che la clausola riguardasse le leggi che avevano imposto limiti alle garanzie personali, la *lex Furia* o la *Cornelia*²⁵. Questa congettura si fonda sulla *inscriptio* del testo di Ulpiano, nel lb. XXI *ad edictum*, nel quale libro si trattava della *lex Cicerea* e della *lex Cornelia*, mentre nel lb. XX della *lex Furia*. Può darsi che l'espressione di Ulpiano sia occasionata da un esame del tema delle garanzie personali, ma questo non toglie che del dolo si poteva trattare anche in altri casi, come del resto ci apprende la citata *lex Imitana* e ci suggerisce la logica. È quindi preferibile credere che la menzione del dolo abbia un valore più generale e si applichi ad altri casi nei quali vi era stata una violazione dolosa della legge. Si può allora supporre che la clausola dicesse: *si iudex dolo malo aut in fraudem legis in aliquem sententiam dixerit, actionem dabo*.

Queste considerazioni riguardano la parte del testo relativa al dolo e alla *fraus legi*. Ma anche la parte finale è stata sottoposta alla critica per l'uso di *vera aestimatio*, sospettata di essere espressione giustiniana²⁶. Che essa non sia felice è difficile negare, vera sta nel senso di vera e propria, stima corrispondente al valore effettivo, quindi in parole più tecniche equivale al *quanti ea res erit* consueto nella formulazione classica. Ma desumere da questa poco elegante

²⁴ D. 4, 3, 1 pr.-2 (Ulp. 11 *ad ed.*). Da ultimo FASCIONE, *Fraus legi*, Milano, 1983, 205.

²⁵ LENEL, *Edictum*³, cit., 217, e Rudorff ivi citato. Per la clausola editale sui *pacta*, p. 64. Il FASCIONE, *Fraus legi*, cit., 153, ritiene che il criterio tende all'oggettivo e quindi a prescindere dalla volontà dell'agente, che pure pensa che esistesse nella concezione dei giuristi. Non si occupa del caso il BREMER, *Die Fraus legis*, Göttingen, 1982.

²⁶ In Verr. 2, 2, 57.

terminologia la conseguenza che anche la sostanza si debba attribuire ai compilatori ci corre, perchè vi erano certamente casi nei quali la corrispondenza del valore al danno recato all'attore era evidente e perciò non occorre far ricorso ad un apprezzamento equitativo.

Per quanto riguarda la tesi opposta della responsabilità per colpa occorre affrontare la questione dello sviluppo storico, vale a dire stabilire in quale epoca vi sia stato l'estensione della responsabilità ad ipotesi di colpa. Convien far cenno di un testo di Cicerone, che sebbene non possa costituire una prova diretta sulla data e sul carattere dell'azione, tuttavia offre qualche indizio. È un passo delle Verrine, nel quale si accusa Verre di perseguire giudici che avevano errato, il che spesso avviene *per imprudentiam*, ed invece di mandare impuniti quelli che si erano lasciati corrompere²⁷. La censura si fonda sull'iniquità del rigore nel reprimere fatti più lievi di errori per colpa e l'indulgenza nel caso più grave di dolo. Ma da queste parole si può desumere che nell'Editto urbano non era ancora considerato l'ipotesi di errore per colpa, altrimenti sarebbe stato difficile accusare Verre per avere infierito nella giurisdizione provinciale contro quelli che avevano errato *per imprudentiam*.

Come si è accennato, la responsabilità per colpa è attestata nelle *Res cottidianae* di Gaio, in un testo riportato due volte nel Digesto ed accolto nelle Istituzioni, il che prova in modo certo che questa era la soluzione prevalsa in età postclassica e giustiniana. Il caso è inquadrato nella nuova teoria dei cosiddetti quasi delitti. All'enumerazione precisa di casi concreti ed al dolo si sostituisce una dizione generica, un *aliquid peccasse licet per imprudentiam* nella quale il carattere innovativo è rivelato dal *licet*, termine che nella mente del giurista si ricollega ad un'ipotesi diversa, cioè a quella del dolo. Per quanto riguarda l'azione essa non recava più la condanna nella *aestimatio rei*, ma *in bonum et aequum*.

Il testo è stato criticato da più parti ed anche dal Lenel, che però salva la parte concernente l'azione *in bonum et aequum*. Egli muove dalla constatazione che il motivo addotto è insostenibile. Aggiunge che

²⁷ Gli indizi dell'alterazione sono evidenti e sono stati già rilevati: in modo radicale v. ad es. ALBERTARIO, *Ancom sulle fonti dell'obbligazione romana* (1926), in *Scritti di diritto romano*, III, Milano, 1936, 135 nt. 1-5; lungo elenco di citazioni in *Index Interpolationum*, ad h.l. L'Albertario aveva anche rilevato che il maestro postclassico aveva tratto per una svista la sua nozione del *litem suam facere* da Arist. *eth. Nic.* 5, 9, 12. Per i Basilici si ha l'atto illecito colposo.

104

il caso più grave, quello del dolo, avrebbe una sanzione più lieve, cioè un'*aestimatio* certa, mentre quello più lieve della colpa, della semplice imprudenza, ne avrebbe una più grave, in quanto la condanna *in aequum* poteva anche superare l'entità della pura e semplice *aestimatio rei* e tener conto dei danni non solo materiali, ma anche morali e psicologici. Ma l'argomento convince poco, perchè se la condanna *in id quod aequum videbitur* dava al giudice un maggior potere discrezionale, è anche vero che essa poteva essere in un valore più basso di quello reale della cosa.

A parte questo il frammento rivela a prima vista la sua origine sicche di un testo classico, che però non aveva intaccato la sostanza ovvero di una rielaborazione del principio, di una vera e propria alterazione? L'idea in sè, che non si trattava di un vero e proprio delitto, di un *maleficium*, ma di qualcosa che vi si avvicinava non è assurda o priva di una certa logica. E che oltre i casi di dolo si potesse pensare a colpire anche atti colposi non è impossibile. Ma lo stato del testo non dà molto affidamento e nessuno può dubitare che si tratta di una infelice rafforzatura di un testo classico, che induce quindi a guardare con sospetto il suo dettato²⁸. Non basta dire, come fa il Levy, che la classicità del principio vale, indipendentemente dalla tesi che si voglia sostenere intorno alle vicende delle *Res cottidianae*. Vi è invece un altro aspetto del problema, che ci riserviamo di esaminare più innanzi, se cioè nella rielaborazione postclassica sia sopravvissuto qualche elemento classico, che va quindi utilizzato nella ricostruzione che stiamo tentando. Ma per questa non ci si può affidare soltanto alla critica dei testi, ma occorre anche percorrere altre vie, quelle che portano alla individuazione dei casi concreti, che davano luogo alla responsabilità, agli effetti dei comportamenti del giudice nell'ambito dello sviluppo storico delle forme processuali. Tutto questo sarà fatto via via, mentre per ora rileviamo che esistevano incertezze sulla natura dell'azione, come risulta dalla controversia tra i giuristi romani sulla trasmissibilità agli eredi del giudice degli obblighi nascenti dalla trasgressione dei suoi doveri. Giuliano si era pronunciato per l'affermativa, ma Ulpiano seccamente asserisce: *quae sententia vera non est et a multis notata est*. Il testo del Digesto è confermato dai *Fragmenta*

²⁸ D. 5, 1, 16 (Ulp. 25 ad ed.); *Fragmenta Argentoratensia*, lb. III, vo. II B (FIRA, II², p. 311 s.). La non classicità del testo è affermata per quanto il corrispondente D. 15, 1, 32 pr. sostenuta da SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana (trad. it.)*, Firenze, 1968, 434, contro l'opinione del Lenel, primo editore del testo.

*Argentoratensis*²⁹ e sebbene la classicità di essi sia stata posta in dubbio, non si può negare che la coincidenza dei due testi è un indizio di classicità. Il passo di Strasburgo anzi allarga la controversia, estendendola al caso degli eredi del magistrato, che Giuliano aveva invece risolto negativamente a differenza del giudice. Ricordiamo ancora che la responsabilità del giudice *filius familias* era riconosciuta nei limiti del *peculium*³⁰. Tutto questo non può avere altra spiegazione se non quella dell'esistenza di contrasti sul carattere dell'azione e sulla sua affinità ad un'azione penale. Inoltre se si pensa che le leggi sul processo potevano aver disposto la responsabilità del giudice l'azione non avrebbe potuto essere *in factum*, ma in quanto derivante da un legge sarebbe stata *in ius concepta*.

Per quanto riguarda i casi possibili in primo luogo si deve osservare che l'opinione abbastanza diffusa secondo la quale l'azione contro il giudice si poteva far valere nei casi di sentenze ingiuste non è accettabile. Basta ricordare che nel processo formulare, non essendovi l'appello, non vi erano mezzi giuridici per fare accertare l'ingiustizia di una decisione. Si potrebbe pensare ad un'*actio iniuriarum* ed un testo di Ulpiano sembra accennare a tale possibilità³¹, ma esso è oggetto di molte critiche sulla sua classicità.

Contro la tesi che la responsabilità del giudice poteva derivare anche dagli errori o dall'ingiustizia della sentenza è stato fatto valere dal Birks il testo della *Tabula Contrebiensis* scoperta pochi anni or sono in Spagna⁸, nella quale si riferisce in modo sommario e senza nemmeno indicare le ragioni della controversia una decisione assunta

²⁹ D. 5, 1, 15 pr. (Ulp. 21 *ad ed.*). Sulla questione della trasmissibilità agli eredi e del carattere nossale vedi ora diffusamente D'ORA, *op. cit.*, 383 ss.

³⁰ D. 47, 10, 1 pr. (Ulp. 56 *ad ed.*), sul quale vedi citazioni in *Index Interpolationum*, *ad h. l.* e per ultimo von LÖRZOW, *Zum römischen Infurienrecht*, in «Labeo», XV, 1969, 165 s., con ulteriori citazioni. Contesta che nel processo formulare si potesse correggere l'ingiustizia della sentenza PUGLIESE, *Note sull'ingiustizia della sentenza nel diritto romano*, in *Studi Betti*, III, Milano, 1962, 727 ss., 738, 772 ss., seguito da D'ORA, *op. cit.*, 369 s.

³¹ Il testo scoperto nel 1979, è stato pubblicato dal FATAS, *Contrabla Belaisca*, II. *Tabula Contrebiensis*, Zaragoza, 1980; successivamente RICHARDSON, *The Tabula Contrebiensis: Roman Law in Spain in the Early First Century B.C.*, in «JRS», LXXIII, 1983, 33 con altre cit. a nt. 1 e quindi dal BIRKS, *A New Argument for a Narrow View of Litem Suam Facere*, in «TR», LII, 1984, 473 ss., e poi in collaborazione con Rodger e Richardson in *Further Aspects of the Tabula Contrebiensis*, in «JRS», LXXIV, 1984, 45 ss. In questo ultimo scritto a p. 72 si legge che i giudici erano tentati di dire il meno possibile per proteggersi dalla responsabilità di *litem suam facere*. Ma è difficile pensare che i giudici vivessero sotto l'incubo della responsabilità e comunque l'arma poteva essere a doppio taglio.

da membri del senato della città di Contrebia dell'87 a.C. nominati giudici da un comandante militare, imperator, C. Valerio Flacco. Le parti in causa erano i *Salluvienses*, i quali affermavano di aver acquistato un terreno per condurvi un acquedotto dai Sostineani, e gli *Allavonenses* che dovevano vantare qualche diritto per impedire l'acquisto, senza che si specificasse quale esso fosse. La decisione fu a favore degli attori. L'azione ed il giudizio sembra che siano svolti in forme romanizzate, con qualche somiglianza con le *formulae* romane.

Il Birks giustamente rileva che la sentenza è «imperscrutabile» per quel che riguarda il merito e da questo trae la prova che non poteva nascere una responsabilità del giudice per il merito della decisione. Che la sentenza del processo formulare non dovesse essere motivata dipende dalla natura delle cose, ma non si può escludere che vi fosse una sorta di verbale del procedimento, dal quale si sarebbe potuto trarre la conoscenza dei termini di fatto e di diritto della questione decisa. La Tavola in questione si limita a ricordare in modo molto succinto a favore di chi i giudici si erano pronunciati e non dà altri particolari. Essa è utile per la storia del processo in provincia e per il modo come si svolgeva una sorta di arbitrato tra due comunità, ma non ci dice nulla sulla responsabilità del giudice. Se il silenzio sui motivi e sulla procedura dovesse essere assunto come prova che essi non potevano risultare, ciò dovrebbe valere anche per la procedura e per i casi di dolo, per i quali invece il Birks ammette che vi era possibile un *litem sua facere*.

Non si può non consentire in quest'ultima opinione, perchè è a prima vista inverosimile che il pretore potesse trascurare un caso così grave di violazione dei doveri del giudice e lasciare senza tutela i comportamenti dolosi. Si vedrà innanzi che la *lex Imitana* almeno in una delle sue previsioni prevedeva il dolo e non si può ammettere che questo fosse un caso isolato. È dunque improbabile che il pretore non desse alcuna tutela a chi era stato vittima in un giudizio del comportamento doloso del giudice, nè questo si può limitare soltanto a trasgressioni di norme procedurali.

In secondo luogo vanno ricordati i casi nei quali il giudice non si atteneva ai termini formali della *condemnatio* della formula dei quali ci informa il Gaio veronese, nonché quelli di inosservanza di obblighi propri del processo, dei termini fissati per determinati atti, principalmente di quelli fissati, a quanto sembra della *lex Iulia*, per concludere un processo formulare, cioè diciotto mesi nei processi legittimi ed un anno in quelli fondati sull'*imperium* del magistrato. In taluni di questi

casi la trasgressione produceva la decadenza dell'azione e la perdita del diritto da parte dell'attore. Inoltre il giudice rispondeva della sua assenza dal processo, violando un obbligo che era già sancito nelle XII Tavole. Macrobio vi aggiunge anche la neghittosità nel trattare la causa, ma abbiamo visto come la notizia sia poco attendibile.

Il D'Ors ha sostenuto che la responsabilità del giudice era di carattere obbiettivo e nasceva dal fatto di non avere pronunciato una sentenza valida per violazione di norme processuali. Egli trae nuovi argomenti da un testo rinvenuto in un Papiro di Antinopoli, frammentario ed incerto nella lettura di alcune sue parti³². Esso appartiene ad Ulpiano e contiene fra l'altro una citazione di Pomponio relativa ad un processo intentato contro un pupillo assistito da un *falsus tutor* (uso questo termine per comodità, nonostante la critica di Solazzi alla sua classicità). Il testo afferma che il giudice aveva concesso un rinvio viziato e non aveva emesso la sentenza. In conseguenza egli aveva fatta propria la lite ed il pretore non concedeva la *restitutio in integrum*. Da questo si trae la conseguenza che la responsabilità del giudice derivava dall'invalidità del rinvio e dall'inesistenza della sentenza, cui equivaleva la sua assoluta nullità.

Io sarei più cauto nel sostenere che il testo provi tutte queste cose e che esso comunque si possa ritenere sicuramente classico. Che Pomponio nel suo commento all'editto si occupasse diffusamente dei casi di *restitutio* per la presenza di un falso tutore è certo³³, ma nei testi pervenutici non vi è accenno al nostro caso. Nel nuovo frammento non si spiega perchè mai non si potesse concedere la *restitutio* come negli altri. Dal lato stilistico non è un esempio di chiarezza il termine male, generico e vago, per dire che la *diffusio* del *dies* era viziata³⁴. Questo vizio dipendeva dal fatto che l'assenso era stato dato da un *falsus tutor* o perchè non ricorrevano i casi nei quali si potevano aggiornare il giudizio, che erano, com'è noto, non solo il *morbus sordicus* delle XII Tavole, ma anche eventi di forza maggiore, tempeste, inondazioni, naufragi e così via. Non sappiamo se l'incertezza sulla

³² D. 27, 6, 1, 3, 4. L'ARANZO RUIZ, in «Iura», II, 1951, 346, pensa che si potesse trattare di malattia, ma come semplice congettura. Il RAGOZ, 'Restitutio in integrum', cit., 353, nt. 146, converte la congettura in certezza. Altri pensano all'*auctoritas* del falso tutore. Il Seidl nelle sue pur acute congetture e tentativi di ricostruzione del testo spiega la decisione per la mancanza di altri mezzi giuridici a favore della parte danneggiata.

³³ De eo auctore qui tutor non fuerit 'gestum?) esse dicatur (LEWIS, *Edictum*³, cit., 119. D. 27, 6, 1: si actor ignoravit dabo in integrum restitutionem.

³⁴ *Supra*, nt. 31.

persona del tutore e sul suo stato mentale poteva essere una causa legittima di rinvio.

Nell'ipotesi di intervento di un *falsus tutor* possiamo fare varie congetture. Se questa condizione appariva già nella fase *in iure*, prima della *litis contestatio*, allora la soluzione era semplice. Il pretore non dava corso all'azione, per mancanza di un presupposto fondamentale del rapporto, la capacità di una delle parti. Se invece essa non era nota e si procedeva alla *litis contestatio* ed alla dazione della formula, il giudizio proseguiva e si concludeva con la sentenza senza che si scoprisse nulla. Ma se dopo di essa si rilevava dal soccombente che il processo contro il pupillo era avvenuto falso tutore, tutta la procedura non poteva che essere nulla e non si poteva negare l'azione restitutoria.

In questa ipotesi di assoluta ignoranza del vizio, come si poteva addebitare al giudice ignaro di essere incorso in un *litem suam facere*? Rimane dunque una sola ipotesi possibile, che dopo la *litis contestatio* si fosse scoperta la condizione della persona presentatasi come tutore e ciò nondimeno il giudice avesse proseguito nel *iudicium* senza emettere però la sentenza. Ma poteva un giudice essere riconosciuto responsabile di un illegittimo inadempimento dei suoi doveri, fino ad essere dichiarato personalmente responsabile del danno provocato alle parti, qualora si fosse rifiutato di emettere una sentenza in un processo che sapeva viziato dalla mancanza di capacità di una parte? A questi interrogativi il testo attribuito a Pomponio non dà nessuna risposta. Esso di ferma al fatto obiettivo che una sentenza non era stata emanata e che il *dies* non era stato *diffusus*. Quanto meno bisognerà ammettere che non abbiamo tra le mani un passo genuino di Pomponio, ma un testo raffazzonato, abbreviato e sunteggiato dalle scuole.

Dall'altro lato si può aggiungere che l'editto concedeva la *restitutio in integrum* all'attore per un'obbligazione nascente da un negozio posto in essere da un pupillo, *falso tutore auctore*, qualora egli non fosse stato consapevole della condizione di costui³⁵. La clausola editale è riportata in un testo di Ulpiano, lo stesso in cui cita varie volte Pomponio³⁶.

³⁵ LENEL, *Edictum*³, cit., 119.

³⁶ La pubblicazione del cap. 91 della legge era stata anticipata dal D'ORS, op. cit., 376; poi *Nuevos datos sobre de la Lex Imitana*, in «SDHI», XLXI, 1983, 28 ss.; *De nuevo sobre la ley municipalis*, id., I, 1984, 170 ss.; *La Lex Flavia municipalis*, in «AHDE», LIV, 1984, 535 ss. Testo integrale con traduzione e commento (succinto) di Gonzales cit. all'inizio della nota. Salvo un troppo breve accenno, non si trova nulla in SERRA, *Lex Municipii Malacitani*, München, 1984, libro che in genere non reca nuovi contributi alle

ed è da supporre che se il giurista avesse trovato nell'autore che consultava una decisione che escludeva il *iudicium restitutorium* difficilmente avrebbe ommesso di dirlo.

Ma il testo di Antinopoli, come si è visto, esclude in modo tassativo la *restitutio* a favore della parte interessata. In tal modo il comportamento del giudice per trasgressioni procedurali diviene sostitutivo della responsabilità nascente dall'*auctoritas* data da un falso tutore. La decisione è tanto importante che avrebbe richiesto qualche parola di commento, che invece manca. Essa infatti si risolveva in un ingiusto vantaggio sia del pupillo, se era dalla parte del torto, sia del tutore falso, contro il quale pure l'editto concedeva un'azione³⁷. Questo era tanto più grave, se non vi era un'azione di rivalsa nei confronti di chi era tenuto alla prestazione.

Gli editori e primi commentatori del testo devono aver avvertito l'esistenza del problema, ma non vi hanno prestato attenzione sufficiente. L'Arangio Ruiz si limitava a rilevare che vi era stata una responsabilità del giudice. Nemmeno il Seidl, che pure ha ricostruito il testo nella parte mancante è andato oltre la contestazione che bisogna partire dalla responsabilità del giudice per giungere alla comprensione del caso, il che è vero ma non basta. Il caso era di una lite intentata contro il pupillo, presente un falso tutore: *(Ei, qui rem in litem deducit cum falso tutore)* (lin. 20) *pup(illi), si[d]e [nu]o [ag(it)], obstat ex(ceptio) aut restitutoriu(m) iud(iciu)m dabitur*. A queste parole, che ristabiliscono il principio dell'editto fanno seguito quelle che invece legittimano l'esclusione della *restitutio* per la conoscenza da parte dell'attore della presenza di un falso tutore: *quod si sciens eu(m) pupillum esse lit(igaverit) sine t(utore) a(uctore) repel(l)etur iure p(aeto)rio*. Fino a questo punto, il testo è immune da critica, salvo la mancanza di un *non*, che si impone prima di *obstat exceptio*, come già aveva rilevato l'Arangio Ruiz. Del tutto opposta è la decisione contenuta nel periodo seguente, sebbene essa si inizi con un *item*. Per lo meno ci si attenderebbe una spiegazione. Viceversa quella introdotta con il *quia* non spiega nulla, anzi introduce un elemento nuovo,

questioni aperte come quella della *lex Flavia municipalis* e trascura buona parte della bibliografia non di lingua tedesca. È annunciata per il 18 marzo 1988 una conferenza di Sinhäuser (*La juridiction municipale à la lumière de la lex Imitana*) all'Institut de droit romain de l'Université de Paris.

³⁷ Diversamente D'Ona, *Litem*, cit., 576 e nt. 28. Dello stesso A. vedi anche gli scritti citati oltre nt. 39.

M5

la mancata pronuncia della sentenza. Allora si rispondeva per il *dies male diffusus* o per l'omessa sentenza? Tutto dunque concorre a farci dubitare del testo in quest'ultima parte.

Infine per sostenere la classicità del testo di Pomponio e l'alterazione di quello di Ulpiano bisognerebbe almeno dimostrare che i compilatori giustiniane si ispiravano al principio di restringere la responsabilità del giudice ai soli casi di dolo, mentre al contrario essi hanno accolto due volte nel Digesto e poi nelle Istituzioni il testo di Gaio delle *Res cottidianae*, che invece ammetteva la responsabilità anche nel caso di *imprudencia*. Sarebbe allora un bel caso la interpolazione compiuta dai compilatori contro loro stessi. Nè vale dire che le alterazioni sono dovute a mano postclassica, perchè questo non cancellerebbe il fatto che la compilazione le aveva accolte addirittura con enfasi.

3. In tempi recentissimi il ritrovamento fortunato di una nuova legge epigrafica municipale, la *lex municipii Flavii Imitani*³⁸, copia più ampia di una supposta *lex Flavia municipalis*, la stessa dalla quale derivano la *lex Salpensana* e la *Malacitana*, ci offre nuovi interessanti dati per la nostra ricerca. Ma essa è ben lungi, a me pare, dal recare conferma al Pomponio di Antinopoli f39, perchè non contempla il caso del falso tutore, nè l'alternativa tra *restitutio* e azione considerata nel testo di Pomponio non è nemmeno sfiorata, nè poteva esserlo. Ciò nondimeno essa ci fornisce nuovi dati molto importanti non solo per il diritto municipale, ma anche per quello urbano, dato l'espresso riferimento alle norme regolanti la giurisdizione del pretore a Roma. La *diffisio dei* acquista un valore maggiore di quanto non si sapesse. La fissazione del *tertius dies* nel quale doveva aver luogo la comparizione delle parti davanti al giudice forma un obbligo del magistrato, al quale spetta conseguentemente di dar notizia di questo mediante pubblica-

³⁸ Su di essi v. Gai 4, 15 e la sigla di Val. Prob. 4, 9: *LD.T.SP. in diem tertium sive perendinum*. Altre fonti in KIPP, s.v. *Comperendinatio*, in «RE», IV.1, Stuttgart, 1900, 788 ss. e la più antica bibliografia. In seguito WENGER, *Procedum civile*, cit., 123 e nt. 17; KABER, *Des römische Zivilprozessrecht*, München, 1966, 86, nt. 4; 274, il quale accetta la tesi che la *lex Julia iudiciorum privatorum* avrebbe rinnovato le regole originarie: GIRARD, *Les leges Juliae iudiciorum publicorum et privatorum*, in «ZSS», XXXIV, 1913, 337, 372. In tempi più recenti in breve KELLY, *Roman Litigation*, Oxford, 1966, 119; più ampiamente BEHRENS, *op. cit.* Una nuova esegesi propone ora JOHNSTON, *Three Thoughts on the Lex Imitana*, in «JRS», LXXVII, 1987, 70 ss., il quale distingue *in tertium* da *comperendinatio* e suppone che l'intervento del magistrato sia richiesto perchè si trattava di una modifica al *iudicare iudere*. Ma in questo ordine era inserito il giorno della comparizione?

zione di esso nella maggior parte di ciascuno dei giorni che precedono quello fissato. Si tratta di una versione nuova della *comperendinatio*, che nella tradizione riferita da Gaio era compiuta dalle parti³⁹. La violazione dell'obbligo da parte del magistrato lo esprimeva ad una multa di 1000 HS verso il municipio per ciascun giorno di omissione, un *damnas esto* con azione popolare. Questa violazione deve però essere cosciente e compiuta *dolo malo*. Questo è dunque un inizio di pubblicizzazione del processo, non sappiamo se specifico soltanto della giurisdizione municipale o già verificatosi a Roma. Nel testo è previsto anche l'accordo delle parti con il giudice per la fissazione del giorno, ma questo spetta poi sempre al magistrato municipale. Forse una procedura analoga era in atto anche a Pompei, ma la documentazione in proposito se permette di parlare di un *tertium dies* in forza di un accordo delle parti, non ci dice se esso doveva o meno essere approvato dal magistrato⁴⁰. Del pari interessante è il capitolo seguente (91). La rubrica ce ne indica il contenuto: *denuntiatio* del *dies tertius*, *diffisio* del *dies iudicium*, *lis* con danno del giudice, cessazione della lite dal giudizio. Questi argomenti sono trattati con la solita pedante formulazione tipica delle leggi epigrafiche romane. Talvolta il testo è confuso. Nella prima parte soggetto dell'obbligo è il *iudex*, ma poi si comincia con la *denuntiatio* che deve esser fatta *adversario, iudici arbitrove*, il che ovviamente non poteva riguardare che una delle due parti⁴¹. Si enumera poi la *diffisio* del *dies*, il giuramento che essa è

³⁹ Anche il D'Oro, *Nuevos datos*, cit., 1983, 40 s. rileva la confusione e tenta una palinogenesi del testo originario, da cui sarebbe stata tratta la *lex Imitana*. Egli suppone che le due diverse previsioni sarebbero state contenute in due differenti capitoli, poi confusi nel solo cap. 91. La congettura è plausibile, ma si dovrebbe pensare, tanto è grossolana la redazione stilistica, ad una mano inesperta e frettolosa, che ha trascritto ed abusivamente abbreviato la legge Imitana. Vedi anche la nota seguente.

⁴⁰ La disputa sulla genuinità delle leggi Salpensana e Malacitana è antica: v. la bibliografia citata in FIRA, I², p. 203. Respinta la tesi negativa critica rimane il fatto che la *lex Flavia* fu una rielaborazione della *lex Iulia* di Augusto ed introdusse nel testo originario modifiche varie, vere e proprie interpolazioni già segnalate dal Gradenwitz. Questa tesi è ripresa ora dal D'Oro, *De nuevo*, cit., 1984, 181 ss.; *Lex Flavia municipalis*, cit., 1984, 535 ss.; *Lex Flavia municipalis*, Roma, 1986. V. anche CARMEN CASTILLO, *Miscellanea epigrafica hispano-romana*, in «SDHI», LII, 1986, 391. La tesi che esistette una *lex Flavia*, nella quale si procedette ad una rielaborazione della *lex Iulia* dopo il conferimento alla Spagna del *ius Latii* è da condividere. Ma il *proxime lata* fa pensare che il testo rielaborato non era quello originario di Augusto ma era di età successiva.

⁴¹ *Roman Law Litigation*, cit., 122 ss. I testi letterari citati sono Mart. 7, 66; Iuven. 16, 43 ss.; Suet. *Vesp.* 40. Testi giuridici a p. 125 in nota.

avvenuta prima del giudizio o della *litis contestatio*. La legge considera quindi *aestimatio* e sentenza come due atti separati. Se non vi era stato nè il differimento nè il giudizio nei giorni stabiliti, la legge disponeva che la *lis* fosse in danno del giudice, ma non precisa in che cosa esso consistesse nè stabilisce, come nel capo precedente, una sanzione. Seguiva poi un'altra ipotesi di inadempimento, che era diversa da quella finora considerata, e cioè la mancata pronuncia della sentenza entro il termine fissato dal cap. XII della *lex Iulia de iudiciis privatis proxime lata*, e dal senatoconsulto ad esso relativo, in tal caso la lite non doveva essere più in giudizio identicamente alla legge romana. Ma la previsione si allarga a tutta la procedura: essa doveva svolgersi come davanti al pretore in Roma nei giudizi tra *cives Romani*, azione, atti, rinvio, giudizio, danno per il giudice, fine della lite nel processo. Il riferimento alla procedura in vigore a Roma davanti al pretore *inter cives* è schematico e non fornisce alcuna spiegazione o specificazione e perciò non dice nulla sul *damnum iudici*. Sembra tuttavia, dato il tenore del testo nella parte che precede ed anche in quella che segue, che questa previsione di responsabilità del giudice fosse relativa all'inosservanza delle norme sui termini. Infatti subito dopo si prevede un'eccezione per i casi nei quali la legge stabiliva diversamente per i tempi ed i luoghi del giudizio. Ma in questa ipotesi si applicavano le stesse norme vigenti a Roma per i processi in Roma tra *cives Romani* davanti al Pretore.

Il testo che abbiamo riassunto ci spinge a qualche considerazione. Non vi è il minimo accenno a responsabilità del giudice per errori e colpe nel giudizio. Norme rigide regolano la sua durata, la comparizione delle parti, il rinvio del giorno fissato, l'emanazione della sentenza. Il riferimento alla *lex Iulia* è chiarissimo e riguarda la regola secondo la quale gli *iudicia legitima*, che la *lex municipalis* esplicitamente menziona, dovevano esaurirsi entro un anno e mezzo. Ora apprendiamo che un senatoconsulto aveva trattato di questo argomento forse per eliminare i dubbi insorti nell'applicazione. La legge non dice come nel capo precedente, che il giudice doveva aver agito *sciens dolo malo*, ma non dice nemmeno il contrario. La *lex Iulia* viene detta *proxime lata* e l'avverbio stupisce per il senso inconsueto di precedentemente e non di prossimità del tempo, visto che la legge di Augusto era di un secolo prima. Questo dubbio dovrebbe essere presente agli storici, che considerano la *lex Imitana* come tratta da

quella *Flavia*⁴². Anche la piena equiparazione ai giudizi che si svolgono a Roma *inter cives* è sospetta, perfino se si ammette che questo ignoto *municipium Imitanum* avesse la cittadinanza romana.

Quel che precede ci permette di precisare in quale misura la *lex Imitana* rechi nuovi elementi utili per la nostra ricerca. Essa non conferma la decisione attribuita a Pomponio di negare il *iudicium restitutorium* nel caso di processo viziato da violazioni del giudice in un processo contro un pupillo *falso tutore auctore*. Ma essa ci dà informazioni utilissime per individuare i casi di responsabilità del giudice, come l'omessa *diffisio diei* od un vizio nel suo impiego, l'omissione della sentenza. Non si trova nella legge l'espressione *litem suam facere*, ma vi si parla di un *damni iudici esto*. In che senso la trasgressione provochi un danno per il giudice non è detto, salvo che nell'ipotesi della multa per un atto doloso di omessa pubblicazione del *dies*. Per il resto la violazione è oggettiva. Infine la legge conferma, che vi erano casi provocati dal giudice, nei quali la *res* non poteva più essere in giudizio e tali casi erano disciplinati dalla *lex Iulia* per l'inosservanza del termine fissato per la durata del giudizio stesso. Essa quindi induce a riflettere su di un problema che il Kelly aveva visto acutamente, quello dei tempi del processo. A giudicare dalle fonti letterarie, che lamentano la lungaggine dei giudizi e da qualche testo giuridico⁴³ non sembra che i termini fossero tanto tassativi. Può darsi che il potere di *diffindere diem* fosse più ampio di quanto appare a prima vista e permettesse di superare gli scogli nascenti da rigide norme, nè si può escludere che il *senatusconsulto* esplicativo del cap. XII della *lex Iulia* fosse più largo per i rinvii.

4. Veniamo ora all'esame dei mutamenti avvenuti nel sistema giudiziario e nell'ordinamento del processo. A me questa ricerca appare più utile per venire a capo dei contrasti tra le fonti, mentre la questione sulla categoria dei quasi delitti, sebbene sia in qualche modo connessa alla nostra, non è della stessa importanza.

La storia di questi mutamenti investe la qualificazione dei giudici ed il processo formulare, che venne trasformandosi, ancor prima di

⁴² Non ho bisogno di citare libri e saggi ben noti di Casavola, Talamanca, D'Ippolito, Bretonne, Schiavone del quale v. da ultimo *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, Bari, 1987, etc. *repubblicana*, Bari, 1987.

⁴³ Decemviri e centumviri, in «*Iabeos*», IV, 1958, 39 ss.; PUOLITTE, *Processo civile romano*, II, cit., 228 ss.; KASER, *Römisches Zivilprozessrecht*, cit., 141 e nt. 24;

essere definitivamente abolito e sostituito interamente dalla *cognitio* cosiddetta *extra ordinem*.

La storia della qualificazione richiesta per essere giudici è ben nota e qui ci limitiamo a ricordarne taluni aspetti, che possono avere avuto qualche influenza nella definizione della responsabilità dei giudici. Nell'età repubblicana dall'età arcaica in poi e fino alle riforme graccane ed alle lotte successive, il *munus iudicarium* era riservato ai senatori e solo da quelle riforme in poi fu esteso ai cavalieri con alterne vicende. I senatori erano spesso esperti del diritto, allorché la giurisprudenza era un'arte coltivata da coloro che si dedicavano alla politica. Gli studi più recenti sulla nascita ed evoluzione della giurisprudenza hanno sempre più chiaramente posto in risalto il legame fra politica e diritto, fra *nobilitas* e giurisprudenza⁴⁴. Il giudice, secondo il diffuso uso romano, poteva avere un *consilium* di esperti o sentire l'opinione di giuristi. I casi di ignoranza o scarsa conoscenza del diritto dovevano essere rari. Ma anche quelli di negligenza, scarso impegno, colpevole mancanza di cura, non dovevano essere frequenti. Il Kelly ha rilevato che le fonti non ci hanno tramandato nessun esempio di processi intentati contro giudici e questo è un fatto, anche se non se ne può trarre la conseguenza che le norme dell'editto erano lettera morta. Eppure non riesce facile immaginare che una nozione così pregnante, per usare le parole del Levy, fosse sorta in età arcaica senza lasciare tracce della sua evoluzione, salvo l'aneddoto poco affidabile narrato da Macrobio e senza che un sottile lavoro dei giuristi trasparisse da qualche segno posteriore.

Quali effetti produsse sulla qualità delle persone chiamate a formare gli elenchi da cui si sceglievano i giudici il forte aumento del numero? È difficile dirlo. Ricordiamo solo che Augusto istituì tre decurie di giudici scelti fra i cavalieri con mille persone ciascuna. Poi ne aggiunse una quarta, cui si assegnarono persone con un censo di 200.000 HS per i processi minori. Caligola ne istituì una quinta. La carica era popolare e poteva ancora essere ambita, ma l'impegno richiesto al giudice lo era meno. Dopo tante lotte per mantenere il monopolio delle giurie i senatori non sembrano più interessati. Non vi è una prova diretta che essi fossero stati esclusi, ma poichè non si

⁴⁴ Vedi i testi citati in MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, III.1, Berlin, 1887, 539 nt. 1. Il testo di Orelli, 95, che il Mommsen è incline ad attribuire ad una nomina dello stesso Marco Aurelio, è CIL XI, 1926 (= ILS 661 6). La persona in esso onorata, avo del dedicante, è C. Vib., che poteva benissimo essere divenuto giudice anche prima.

trovano prove epigrafiche della loro partecipazione è lecito pensare che sotto Augusto essi siano stati esonerati e questo non si può attribuire ad una politica antisenatoria.

Infine si deve ricordare che secondo l'opinione comune le parti potevano accordarsi anche su di una persona non inclusa nelle liste, il che fa pensare che talvolta si preferiva come giudice una persona di cui ci si fidava per conoscenza diretta anzichè quelle comprese nelle liste di nomina imperiale. L'opinione comune è stata però criticata non senza qualche ragione da F. La Rosa, difesa dal Pugliese ed altri ⁴⁵.

Scuse legali per essere esentati dal *munus* esistevano già in età repubblicana, ma nell'impero esse sembrano derivare da riluttanza a rivestire un ufficio divenuto un noioso obbligo.

5. Altri mutamenti che possono avere avuto influenza sul nostro tema sono quelli di carattere costituzionale. Essi hanno favorito la nascita e l'estendersi della *cognitio* imperiale, fonte del *ius novum*. Anche il processo formulare subì le conseguenze del nuovo regime e così si venne affermando una forma di procedura per dir così stata-lizzata, come si ha già verso la fine dell'età classica. In essa esistono ancora elementi del sistema formulare, ma il giudice non è più un privato, bensì un delegato del funzionario giurisdicente, dunque una storia di *cognitio* bipartita.

Non per caso le testimonianze delle fonti sui giudici privati si arrestano all'età di Marco Aurelio, come le iscrizioni ci attestano ⁴⁶. Un solo testo potrebbe far pensare alla metà del 3° secolo, precisamente al 261, una dedica a Petronio Tauro Volusiano, console in quell'anno, fra i cui titoli si menziona anche *ex V dec. Laur. Lav.* ⁴⁷, che però sembra riferirsi più a cariche municipali o ad una di quelle designazioni onorifiche, ambite dagli equites, dell'antica città latina ⁴⁸.

Bisogna infine ricordare che nel processo provinciale, segnata-

⁴⁵ CIL XI, 1836 e ILS 1332. Il prenome è però diverso, L. invece di P. come nei Fasti. Inoltre nelle parole riferite dell'iscrizione manca il termine *iudicum*, come di consueto (vedi Mommsen citato alla nota precedente), mentre vi sono le due abbreviazioni *Laur(entium)* *Lav(inatum)* del tutto inconsueto per designare le decurie dei giudici.

⁴⁶ Ad essa erano stati accordati dagli imperatori dei privilegi, i sacerdoti erano riservati ai cavalieri e molti aspiravano ad ottenere la cittadinanza onoraria per godere dei privilegi: vedi le iscrizioni citate in PHILIPP, s.v. *Lavinium*, in «RE», XII.1, Stuttgart, 1924, 1011; KÜBLER, s.v. *Equites*, id., VI.1, Stuttgart, 0000, 310.

⁴⁷ CTh. 1, 16, 7.

⁴⁸ *Aspetti sociali del IV secolo*, Roma, 1951, 104. Riserve in NÖRR, in «ZSS», 1963, 119 nt. 43.

mente nelle province imperiali, non esistevano giudici privati e la stessa forma della procedura era notevolmente statalizzata, come il Wlassak ha dimostrato in ricerche che rimangono ancora fondamentali. Nell'età classica dunque il campo nel quale operava l'antico processo formulare bipartito con il giudice privato risalente ad un'età anteriore alle leggi che introdussero e regolarono le formule, era abbastanza ristretto e lo fu ancora di più in conseguenza dei mutamenti che abbiamo ricordato. Dopo la decadenza e la fine di questo tipo di processo, il giudice privato scomparve dovunque, sostituito da un funzionario. Questo era dunque già avvenuto prima che gli imperatori Costante e Costanzo abolissero formalmente le formule⁴⁹.

Il quadro generale dell'età postclassica e giustiniana è dunque interamente diverso da quello classico. Finito il processo formulare, nella nuova procedura interamente statizzata il giudizio compete al funzionario elevato investito della giurisdizione ovvero ad un giudice subalterno da lui nominato. Non sembra che questo mutamento dei poteri costituzionali abbia migliorato lo stato della giustizia. Lasciamo da parte le denunce contro l'*improbitas* dei processi dell'*Anonymus de rebus bellicis*, che investono più lo stato di confusione delle leggi e degli iura ed esprimono un giudizio di ordine sociale come giustamente ha visto il Mazzarino⁵⁰. Lasciamo le rampogne veementi dei predicatori cristiani del V secolo, che possono essere estremizzazioni, ovvero i lamenti di Libanio contro i tribunali, che hanno espulso i retori quasi come fossero criminali, lamenti di un conservatore, come nota Fr. Schulz, cui non piaceva che agli avvocati fosse stato imposto di studiare il diritto anziché la retorica⁵¹. Prendiamo fonti ufficiali raccolte dagli storici del processo⁵², in primo luogo la costituzione del

⁴⁹ Or. 2, 11, 44; 17, 288 (FORSTER); SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana* (trad. it.), Firenze, 1968, 485.

⁵⁰ Oltre BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess*, cit., III, Bonn, 0000, 000, WENGER, *Istituzioni di procedum civile romana* (trad. it.), Milano, 1938, 334, al quale rinvia KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., 424.

⁵¹ CTh. 1, 16, 7; inoltre C. 12, 61, 1 (ad. 314-5); h.t. 2 (Constantin., a. 344); Nov. Marcian. 1 pr. Altri casi di responsabilità per la determinazione delle spese C. 3, 1, 13, 6 (a. 530) ad h.t. 15 (a. 531). Dal canto suo come prova dell'origine tarda del carattere di *malefictum* dell'ingiusta sentenza, D'Ors ha addotto i versi di Dracont. *Rom*; 8, 36 ss., dove il giudizio di Paride punito con la sua morte e quella dei Troiani, viene detto *litem facit ipso suam* (v. 36). Ma si tratta di espressioni comuni per indicare la parzialità del giudizio.

⁵² Questa è l'opinione di SCHULZ, *Storia*, cit., 296 ss. Non sono d'accordo sul metodo raccomandato dall'a., che lo studio dei singoli frammenti non può far luce. Senza di questo

331 di Costantino ripresa da Teodosio⁵³. Di fronte alla dilagante corruzione dei giudici e dei loro ufficiali bollate con violenza di linguaggio si minacciano pene severe, come era nelle tendenze dell'epoca. Si va ben oltre la responsabilità del *litem suam facere*, del tutto inidonea a correggere i mali denunciati. Costantino e poi i suoi successori non comprendono che le leggi e le dure sanzioni servono poco. La responsabilità delle nomine spettava al potere burocratico, tipica espressione, anzi fondamento della monarchia assoluta.

In buona parte i fatti che potevano dar luogo alla responsabilità patrimoniale del *iudex* erano scomparsi con la fine del processo formulare e dell'*ordo iudiciorum*. Cadute le formule, la non corrispondenza tra il testo fissato nella *litis contestatio* e la condanna era impossibile. Del pari l'omissione della sentenza conclusiva del giudizio entro i limiti di tempo fissati per le due forme di giudizio, quello *legitimum* e quello fondato sull'*imperium*. Sopravvive la corruzione, ma con questa si entra nel campo del diritto penale pubblico.

Dall'altro lato nella *cognitio* era ora possibile l'appello ad un'autorità superiore, che invece mancava nel giudizio dell'*ordo*, dove la sentenza del giudice popolare era inappellabile. Così vizi ed errori potevano essere corretti e non occorreva far ricorso alla minaccia di un'azione civile per danni contro il giudice.

Se questo è lo stato delle cose, che valore ha nelle fonti postclassiche e giustinianee la sopravvivenza dell'antica figura della responsabilità del giudice per *litem suam facere*? Se non si trattava di una pura reminiscenza classicheggiante, si deve pensare ad un travisamento o profonda trasformazione dell'antica nozione. Oltre i casi dolosi e di frode alla legge, nei quali poteva ora rientrare la violazione cosciente delle costituzioni imperiali, si apre la via ad una nuova figura, quella dell'*imprudencia* del giudice, che non ha nulla di comune con l'antica responsabilità derivante dal fatto che il giudice o travisando i termini della *litis contestatio* o facendo decadere il processo senza emanare la

nemmeno l'insieme si può ricostruire. Schulz cita il nostro testo solo per rilevare che esso è l'unico che nella *inscriptio* ha il titolo completo e non abbreviato come gli altri. Viceversa è necessaria una visione d'insieme sull'evoluzione del processo romano sul quale rimangono fondamentali gli studi del Wlassak. Sulle sue orme WENGER, *Istituzioni*, cit., 0000; la mia *Giurisdizione nel diritto romano*, Padova, 1937; KASER, *Des römische Zivilprozessrecht*, cit., 0000; etc. Sull'origine della *cognitio* v. l'ampia ricerca di LUZZATTO, *In tema di origine del processo 'extra ordinem'*, in *Studi Volterra*, II, Milano, 1971, 665 ss.

⁵³ Cost. *Omnem*, p 1; *Imperioniam*, p 3; *De Auctore*, p 12, 17 etc.

MS

sentenza, creava un danno alla parte interessata che poteva perfino essere irreparabile.

Nel nuovo ambito della negligenza colposa, le scuole postclassiche e Giustiniano possono aver pensato di applicare l'antica responsabilità del giudice. Se tale ragionamento coglie nel segno, allora non sarei tanto sicuro nell'affermare che l'intero testo delle *Res cottidianae* contenga diritto classico, magari nel quadro di una teoria secondo la quale tutta quest'opera sarebbe stata rielaborata, ma un tardo giurista classico⁵⁴. Nel testo invece vi è una sostanziale manipolazione per quel che riguarda il vago ed indefinito *peccatum* e l'*imprudentia*, chiaramente rivolte ad ampliare una nozione più ristretta della responsabilità. Quanto a Giustiniano egli era un critico severo del basso livello degli studi di diritto e l'*imprudentia* se non in modo esclusivo, comprende in sé il concetto di ignoranza o scarsa conoscenza del diritto. Teofilo nella Parafrasi traduce ἀμαρτία. Il testo delle *Res cottidianae* può quindi essere piaciuto. Esso gode di un grande favore nella Compilazione, ripetuto nel Digesto in due libri diversi ed inserito nelle Istituzioni. Può darsi che i compilatori abbiano avuto per le mani più di una raccolta postclassica. I tre frammenti sono identici per la parte relativa all'*imprudentia* ed al *peccasse aliquid* come quasi *maleficium* e questo è dunque diritto tardo accolto nella compilazione. Nella parte finale invece relativa all'azione non vi è uniformità. In D. 44, 7, 5, 4 questa manca del tutto, come nei Basilici (sc. 000 a Bas. 50, 13, 6 (SHELTEMA, 000). In 1, 4, 5 pr. la condanna è *in aequum*, ma con la qualificazione *in factum*. In Teofilo vi è soltanto *in factum*. Queste diversità fanno supporre che ci si trovi in presenza di residui classici, nè si può sottoscrivere all'opinione del Pringsheim, che le varie espressioni esprimono lo stesso concetto.

Se tali testi si confrontano con quello di Ulpiano, nel quale la condanna per l'azione dolosa del giudice è in *aestimationem rei* abbiamo un quadro completo, che si può far risalire all'età classica. A proposito della condanna *in aequum* e di quella in *aestimationem rei* Guarino osserva che non si trattava di cose diverse, perchè il giudice per stabilire che cosa fosse *aequum* doveva procedere ad una stima del valore secondo le valutazioni sociali correnti⁵⁵. Ma la stima dell'*ae-*

⁵⁴ *Actiones in aequum conceptae*, in «Labeo», VIII, 1962, 13 ss.

⁵⁵ Cic. Acc. 27 97; *de orat.* 1, 168; *inv.* 2, 20; Paul. D. 23, 4, 12, 2; Iul. D. 23, 4, 22; Ulp. 8, 14, 6, 9 pr.; Pert. C. 4, 28, 1 (Pa. 193); Ulp. D. 1', 4, 14; Afric. 8, 14, 1, 8; Paul. 8, 46, 2, 19. V. anche Ulp. D. 44, 2, 23: *exceptio rei iudicatae non competit*. Sul tema

(LII, 1, 4) e nelle
 volio a Bas. LIV, 14,
 5 Heimbach; in Schelte
 non una c'è lo volio)

quum era discrezionale, mentre l'*aestimatio rei* non lo era perchè essa corrisponde al *quantum ex res erit*, che dato il meccanismo processuale era sempre una somma di danaro determinato.

Abbiamo dunque elementi sufficienti per giungere ad una conclusione, che si lascia intravedere da quel che precede e cioè che non vi era una sola azione. Questa tesi fu già sostenuta in passato, ma la distinzione si fondava sui presupposti del dolo e della colpa, mentre essa va ricercata altrove ed il solo modo corretto per farlo è di compiere un esame delle concrete situazioni giuridiche nelle quali poteva aver luogo per atto del giudice un danno totale o parziale di una parte privata.

6. Nel suo libro, pieno di riflessioni interessanti ed originali il Kelly ha rilevato che questa famosa nozione sembra già nell'Editto pretorio lettera morta. Di processi contro i giudici non vi è traccia nelle fonti. Dal canto suo Hübner aveva osservato che il *litem suam facere* operava come una sorta di spada di Damocle sospesa sulla testa dei giudicanti. Vari studiosi e da ultimo D'Ors hanno sottolineato che la responsabilità derivava dal fatto che l'incuranza o l'errore del giudice provocava un danno irreparabile in quanto essa faceva estinguere l'azione, che a sua volta con la *litis contestatio* aveva consumato il diritto sostanziale.

Vediamo come stanno le cose. A prima vista si potrebbe aggiungere alla sorpresa del Kelly od ai rilievi del D'Ors un'altra sorpresa: come mai il Pretore, anzichè garantire alla parte danneggiata un'azione di responsabilità contro il giudice non ha pensato di accordarle una *restitutio in integrum*, che viene invece adoperata in casi analoghi se non meno gravi? Questa sarebbe stata la via più semplice. Ma essa non era la sola.

Il problema va visto nell'ambito degli effetti della *litis contestatio*, che finiscono tutti con l'attuazione della massima *bis de eadem re ne sit actio*, ma che operavano in modo diverso secondo la natura del processo. Gaio infatti ci dice che negli *iudicia legitima in personam*, la cui *intentio* conteneva un *dari oportere*, la *litis contestatio* estingueva il diritto, per conseguenza non si poteva inventare un'altra azione *ipso iure*. In tutti gli altri giudizi sia quelli legittimi *in rem*, sia quelli *imperio continentia* l'estinzione non avveniva *ipso iure* ed era perciò possibile intentare nuovamente l'azione, ma questa veniva respinta mediante

BETHMANN-HOLLWEG, *Römisches Civilprozess*, II, Bonn, 1865, 392; WENGER, s.v. *Exceptio*, in «Re», VI.2, Stuttgart, 1909, 1557; KELLER, *Römisches Civilprozess*⁸, cit., 0000.

un'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* accordata dal pretore⁵⁶.

Non interessa qui affrontare il tema della ragione del differente regime, nè delle caratteristiche proprie di questa novazione processuale. Su questi argomenti il Biscardi ha recato utili approfondimenti ed ha reso verosimile la tesi che vi sia stato uno sviluppo storico dai *veteres* alle leggi augustee. Non vi è dubbio che nella procedura per *legis actiones* la sola conseguenza della *litis contestatio* era l'estinzione *ipso iure* del diritto dedotto in giudizio, come esplicitamente afferma Gaio (IV, 108). Ma a noi interessa per la nostra ricerca porre in evidenza che solo in un certo numero di azioni, quelle derivanti dalle antiche *condictiones* pecuniarie vi era il rischio di una estinzione *ipso iure*, mentre in tutte le altre l'*auxilium* del pretore operava a favore della parte meritevole di tutela.

Il sistema processuale romano forniva i mezzi per evitare iniquità ed ingiustizie derivanti da una applicazione formalistica del diritto. Il pretore poteva *denegare exceptionem*, al pari dell'azione e le fonti ci danno vari esempi di questo; un riferimento si ha già in Cicerone⁵⁷. In modo specifico è attestato il diniego dell'*exceptio rei iudicatae*⁵⁸. Una volta accordata l'*exceptio*, il convenuto poteva opporre la *replicatio*, che se accolta dal pretore entrava nella formula⁵⁹. È difficile credere che nei casi di pregiudizi causati dal giudice il magistrato non ne tenesse conto nella redazione della formula. È vero che a sua volta l'attore poteva opporre una *duplicatio* e la serie delle richieste teoricamente poteva allungarsi senza fine, ma il magistrato vi poneva termine con un'*exceptio doli* e non sarà stato difficile nel nostro caso trovare gli estremi del dolo nell'uso che la parte privata faceva del comportamento del giudice. Il fatto che casi del genere non si trovino trattati nelle fonti non prova nulla sul regime giuridico. Al più prova

⁵⁶ Contro l'*exceptio rei iudicatae*: D. 4, 3, 26 (Paul. 14 ad ed.). Altri casi: Ulp. D. 4, 2, 14, 19; 6, 1, 72; Afric. D. 9, 4, 28; Ulp. D. 21, 1, 14, 8.

⁵⁷ Definizione della *replicatio*: Gai 4, 126-127; I. 4, 14 pr.; Ulp. D. 44, 1, 2, 2; Paul. 44, 1, 22, 1. La *replicatio* veniva opposta alla formula dopo l'*exceptio*, essendo considerata un'*exceptio* dell'*exceptio* ed era introdotta da un *aut si o si non*. Ad essa poteva essere opposta una *duplicatio* e così di seguito: Gai 4, 126-126a ed altri testi citati da Keller, Wenger, Kaser, etc.

⁵⁸ V. *supra*, p. 0.

⁵⁹ ARANGIO RUZZI, *L'exceptio in diminuzione della condanna*, Modena, 1930; SOLAZZI, *Sull'exceptio in diminuzione della condanna* (1934), in *Scritti di diritto romano*, 1960, Napoli, III, 465 ss.

che essi non erano frequenti e quindi non interessavano molto la giurisprudenza.

Quanto alla *restitutio in integrum* le fonti non ci danno spunti per ritenere che essa fosse usata nel nostro caso. Abbiamo anzi già visto⁶⁰ che il testo di Pomponio pervenutoci nel Papiro di Antinopoli esclude la *restitutio* a favore della parte danneggiata da un atto del giudice in un processo intentato contro un pupillo. Ma se questa è la soluzione che troviamo in un testo, mentre gli altri sono muti in proposito, non era contrario alla logica del sistema considerare la responsabilità del giudice come aggiuntiva rispetto alla lite principale, tenendo conto del pregiudizio che il comportamento del giudice poteva aver procurato non fosse altro che per la necessità di ricorrere ad un nuovo processo e per il ritardo nell'esecuzione dell'obbligazione. Non si può quindi escludere che in forza dei principi anche nell'ipotesi di processo viziato dal comportamento del giudice si potesse restituire la parte danneggiata nel suo diritto. La sola obiezione che si può formulare non discende dalla logica del sistema, ma dalla mancanza di testimonianze.

Senza la *restitutio in integrum* non vi erano rimedi a favore di chi avesse subito la perdita dell'azione *in personam*, dato che i mezzi pretori riguardavano le *actiones legitimae in rem* e quelle rientranti nell'*imperium* del pretore. Perciò l'attore che avesse ottenuto una sentenza con una condanna diversa da quella autorizzata nella formula, non poteva intentare una nuova azione, che sarebbe stata respinta *ipso iure*, senza bisogno dell'*exceptio rei iudicatae*. Non vi era dunque alcun rimedio possibile? Questo era tanto più grave, in quanto la perdita aveva luogo sia per decisioni in somme maggiori, sia minori di quelle stabilite nella *condemnatio* della formula. Lo stesso è a dirsi per la perdita dell'azione se la sentenza non fosse stata pronunciata nei termini previsti dalla *lex Iulia*, vale a dire un anno e mezzo.

Data la gravità di questa conseguenza del formalismo, non sarà inutile fermarsi qualche momento su di essa. Ma prima di affrontare il problema, non è forse inutile ricordare la disputa per lungo tempo agitata fra gli studiosi ed in ultimo fra l'Arangio Ruiz ed il Solazzi sull'esistenza o meno di una *exceptio* in diminuzione della condanna⁶¹.

⁶⁰ Sugli effetti della *plus petitio* Gai 4, 53-56. Per l'attenuazione del formalismo v. ad es. PROVERA, *La plus petitio nel processo romano*, I, Torino, 1958, 14 nt., che preferisce però parlare di una sua radicale trasformazione.

⁶¹ WLABSAK, *Die Klassische Prozessformel*, in «SB. Österreich. Abad. Wien», CCII.3, 1904, 108 s.? ripreso da SACCONI, *La plus petitio nel processo formulare*, Milano, 1977, 233.

Non si può, come è ovvio, riprenderla in questa sede, ma se si accettasse la tesi affermativa, allora si disporrebbe di un altro elemento per meglio valutare la portata pratica dei casi gaiani. Se infatti era possibile far valere in via di eccezione l'equità di una diminuzione della richiesta formulata dall'attore con l'*intentio* e quindi di ammettere una condanna in meno, il convenuto non avrebbe avuto alcun interesse ad una scorretta decisione del giudice per diminuire il valore fissato nella *condemnatio* della formula. Almeno in questo caso, se non in quello opposto l'importanza pratica della questione si sarebbe di molto ridotta. Ma lasciamo da parte questa considerazione, data la controversia sul tema.

Non si può invece lasciare da parte il modo con il quale si regolano gli effetti della *condemnatio*. Gaio pochi paragrafi dopo ci mostra come questa doveva essere concepita per evitare i rischi derivanti dalla non corrispondenza con la *petitio*. Se l'attore aveva posto nella *condemnatio* più di quanto richiesto egli non incorreva in nessun pericolo, ma il convenuto che aveva accettato una formula iniqua era *restitutio in integrum* per ottenere una diminuzione della condanna (4, 57). Se invece l'attore aveva posto nella condanna meno del dovuto egli otteneva solo questo, perchè il giudice non poteva superare i limiti posti dalla condanna, nè il pretore in questa eventualità accordava una *restitutio*. La spiegazione fornita da Gaio è ingenua: *facilius enim reis praetor subvenit quam actoribus*. Il testo è però importante perchè esso prova che nel caso di *condemnatio in plus* il pretore dava al convenuto una *restitutio* per farla ridurre nei limiti veri. Questo è dunque il regime della *condemnatio*, differente da quello dell'*intentio*, dove la *pluris petitio* implicava l'effetto del *causa cadere*.

La diversità di regime tra la *condemnatio* diversa dall'*intentio* e la sentenza diversa dalla *condemnatio* è sensazionale. È vero che la *condemnatio* racchiudeva il momento imperativo della formula, perchè in essa si dava al giudice il potere di condannare od assolvere. Ma è un eccesso di formalismo far discendere dalla trasgressione dei termini della *condemnatio* la perdita dell'azione, senza rimedio alcuno, nemmeno quello della *restitutio in integrum*. In realtà nel suo testo famoso Gaio non afferma questa estrema conseguenza, dice solo che il giudice il quale non si attiene ai poteri conferitigli *litem suam facit*. Ma da che

s., la quale cita anche il Kelly, secondo il quale il regime della *pluris petitio* serviva a porre un freno allo strapotere di persone potenti. Ma per questo ci voleva ben altro che la *pluris petitio*!

cosa si trae la conseguenza che per Gaio ed i principi del sistema processuale romano, questo voleva dire nullità assoluta della decisione e quindi sostituzione della responsabilità del giudice alla parte che sarebbe stata tenuta al pagamento, perfino quando la decisione era *in minus* rispetto alla formula? Questa nozione formalistica ed ampia del *litem suam facere* è piuttosto una creazione moderna, di cui non si trovano prove esplicite nelle fonti. Anche se il formalismo del processo poteva spingere a decisioni aberranti, l'equità non avrebbe potuto facilmente accettarle.

Contro questa considerazione non si può addurre altro argomento che quello tratto dal principio formale che la decisione del giudice non poteva mutare i termini della formula ed il farlo rendeva nulla ed inesistente dal lato giuridico la sua sentenza. Ma che cosa poteva impedire alla giurisprudenza di considerare che nel nostro caso il diritto dell'attore esisteva e solo la sua entità era diversa da quella affermata dal giudice? Un uguale rigore non vi era nemmeno nell'ipotesi di *plu* o *minus petitio*, perchè questa produceva l'effetto di far cadere la causa, ma faceva perdere il diritto solo nell'ipotesi di *pluris petitio* e non in quella opposta di *minoris petitio*, nella quale era stabilito che l'attore non poteva intentare il nuovo giudizio per il residuo nello stesso anno di carica del magistrato davanti al quale si era tenuto il primo processo. La diversità delle due norme viene spiegata con una trasformazione del primitivo formalismo⁶².

Alcuni studiosi a cominciare dal Wlassak spiegano il rigore della norma sulla *pluris petitio* con l'esigenza di provocare l'autoresponsabilità dell'attore, che era sicuramente in posizione più favorevole nel processo⁶³. Ma essi però non spiegano la ragione del differente regime da noi rilevato, se non con il persistere del formalismo e con la rigida delimitazione dei poteri del giudice, il che non è una spiegazione, ma una semplice constatazione dei fatti.

L'assurdità della interpretazione rigorista si vede ancor meglio, se si intrecciano i casi di una *condemnatio* formulata in modo difforme dall'*intentio* con quello della decisione difforme dalla *condemnatio*, ma conforme all'*intentio*. In tale ipotesi il giudice che si fosse attenuto ai termini dell'*intentio* e non a quelli della *condemnatio* poteva essere ritenuto responsabile di un *litem suam facere* e comunque la sentenza che ristabiliva i termini dell'*intentio* nulla? Si dirà che questa è

⁶² *L'appello civile nel diritto romano*², Torino, 1953, 273.

⁶³ *Istituzioni*, cit., 208.

124

un'ipotesi impossibile e si può riconoscere che essa non si sarà verificata tutti i giorni. Ma chi può pronunciare la parola mai nel travagliato campo della giustizia? E comunque anche se non verificata mai, non per questo perde la sua forza per dimostrare l'incongruità del principio sostenuto dagli storici moderni. Gaio si rifaceva ai veteres, ma da quel tempo in poi molta acqua era passata sotto i ponti e molto era mutato. Del resto le fonti e Gaio stesso si limitano ad affermare l'esistenza di una responsabilità del giudice, ma non ci dicono nulla su di un'altra importante questione relativa all'eventuale rivalsa del giudice condannato a risarcire la parte danneggiata dal suo comportamento nei confronti dell'altra parte, che invece si era avvantaggiata. Se questo silenzio si dovesse interpretare come inesistenza di un'azione avremmo il bel risultato, che un Tizio per effetto di un atto scorretto del giudice, magari da lui stesso provocato, finiva con l'essere liberato dalla sua obbligazione, senza dover pagare a nessuno nemmeno un centesimo!

Detto quel che è giusto nei confronti delle conseguenze inique del formalismo non si può comunque ignorare che esistono seri motivi di dubbio per taluni aspetti dell'ordinamento processuale nel sistema delle formule. Il D'Ors ha sostenuto che nei casi indicati da Gaio la sentenza non era valida e la nullità era assoluta, come del resto una sentenza emessa oltre i termini prescritti. D'Ors si appoggia a studiosi autorevoli, come Wenger e Kaser ed adduce il testo di Giavoleno in D. 10, 3, 18. A me l'analogia con il caso trattato in questo frammento non pare molto forte, perchè esso consisteva in un giudizio di divisione, nel quale il giudice si era pronunciato su cosa diversa, anzi estranea all'eredità. Vi è un altro caso ricordato da Orestano⁶⁴ C. 7, 48, 1 di Alessandro Severo, dove un giudice si è pronunciato su cosa di specie diversa. In questi testi si afferma che il giudice non ha il potere di pronunciarsi, non si dice che la sentenza era invalida, sebbene lo si possa presumere. Wenger si limita a dire «o se il giudice avesse giudicato diversamente dai termini che la formula gli prescriveva»⁶⁵. Il Kaser esprime riserve e dubbi sulla tesi del Kelly⁶⁶, ma adduce il

⁶⁴ *Roman Litigation*, cit., 122 ss.. La recensione del Kaser è in «ZSS», LXXXIV, 1967, 517, nt. 36, dove esprimendo un forte dubbio riconosce che non vi è la prova del contrario. Dello stesso A. vedi l'esposizione esauriente in *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., 268 s.

⁶⁵ *La restitutio in integrum*, cit., 354.

⁶⁶ *Op. cit.*, 184.

testo di Giavoleno già ricordato ed uno di Paolo, il quale afferma che un solo comproprietario non può agire in una questione concernente un servo comune, senza il minimo accenno alla sentenza del giudice (D. 13, 3, 27). Per la validità della sentenza si pronuncia oltre il Kelly, anche il Raggi⁶⁷. Per la sua totale nullità non si può invocare altro che il fatto conseguente cioè il *litem suam facere*, come risulta nel testo gaiano. Rimane incerto, anche alla luce della nuova testimonianza della *lex Imitana*, se la sentenza fosse invalida pienamente o se la trasgressione implicasse un *damnum* per il giudice, commisurato a quel che la parte interessata perdeva per effetto della trasgressione da lui compiuta.

Cremados e Paricio⁶⁸, i quali seguono la ricostruzione del D'Ors, hanno addotto nella discussione due testi, che di solito sono trascurati: D. 42, 1, 55 (Ulp. 51 *ad Sab.*) e D. 5, 1, 74, 1 (Iul. 5 *dig.*). Il primo è sicuramente alterato ed è stato già ritenuto compilatorio in larga parte dal Biondi. Esso sembra far discendere la causa dell'impossibilità di correggere la sentenza dal fatto che il giudice finì di essere tale dopo aver emesso la sentenza, come si afferma all'inizio del testo. Ma poi si prende in esame il caso del giudice che abbia condannato *pluris vel minoris* e si afferma *amplius corrigere sententiam suam non potest, semel enim male seu bene officio functus est. Amplius* è di troppo e falsa la decisione del giurista in rapporto all'ipotesi *pluris vel minoris*, riducendola al *minus*. Il *semel* alla fine vuol dire che il giudice poteva giudicare una volta sola e dopo che lo aveva fatto male o bene aveva adempiuto al suo ufficio. L'espressione è involuta e non è un modello di stile. Detto questo non mi pare che si possa sbrigativamente concludere,

⁶⁷ Mur. 27: *mihī quidem mirum videri solet, tot homines, tot ingeniosos, post tot annos etiam nunc statuere non potuisse utrum 'diem tertium' an 'perentinum', 'iudicem' an 'arbitrum', 'rem' an 'litem' dice oporteret.*

⁶⁸ LABEO, II², cit., 168 ss. Vedi anche RUDORFF, *Edictum*, p. 59; KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, cit., 1349 ss. ed altri autori ivi citati; KÜBLER, in «ZSS», 1918, 221 e sostanzialmente STOICEVIC, *Sur le caractère des quasi-délits en droit romain*, in «Jura», VIII, 1957, 71. Il più vicino alla tesi sostenuta nel testo è CUQ, *Manuel*, cit., 590. Tra i manuali i più sostanziosi sul tema sono ARANGIO RUZZI, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli, rist. 1983, 378: nuova dottrina nelle *Res cottidianae*, postclassica, preferita da Giustiniano, forse precedenti in età repubblicana per influenza della filosofia greca, con riferimento all'Etica a Nicomaco (ma vedi ALBERTARIO, *Ancom sulle fonti dell'obbligazione romana*, in *Studi di diritto romano*, III, Milano, 1936, 135); BUCKLAND, *A Textbook of the Roman Law from Augustus to Justinian*³ (ed. by P. STEN), Cambridge, 1963, 598; VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, rist. 1967, 569 s. rileva anche la difficoltà di intendere il significato dell'espressione *litem suam facere*. GIRARD, *Manuel*, 677 segue Lenel.

come fanno i citati Autori, che il testo non serva ad affermare che la sentenza emessa in difformità dalla formula fosse valida. In modo diretto questo non risulta dal frammento, ma non si può non rilevare che Ulpiano argomenta dalla cessazione dell'ufficio e non dalla piena invalidità della sentenza.

Più esplicitamente Giuliano afferma: *iudex, qui usque ad certam summam iudicare iussus est, etiam de re maiori iudicare potest, si inter litigatores conveniat*. Gli autori ritengono che si tratti qui di un'eccezione che conferma la regola e che si spiega con il carattere profondamente arbitrale del processo privato. Tuttavia la questione non è così semplice, se si parte dall'idea che vi era un obbligo formale per il giudice di attenersi alla *condemnatio*. Nè si può comprendere in quale sede ed in quali modi le parti potevano concordare di permettere al giudice di decidere in modo diverso da come era autorizzato a fare. Se dunque si ritiene classico il testo e non vi è ragione per negarlo, bisognerà ammettere che il formalismo della *litis contestatio* non era tanto rigido, che le parti potevano procedere ad un nuovo accordo, una sorta di seconda *litis contestatio* di fatto, il che per lo meno induce a considerare con minore rigidità il testo di Gaio.

Quanto al giuramento del giudice, in mancanza di testi giuridici classici, sarà prudente astenersi da qualsiasi illazione tratta dalle parole di Giustiniano (C. 3, 1, 14 del 531) che alludono ad *antiqui iudices*, dato che il termine *antiqui* è generico e si può pensare a qualunque epoca anteriore.

7. Nell'ambito dell'intero sistema processuale e dei rimedi predisposti dal Pretore o dalla giurisprudenza per evitare od attenuare conseguenze inique del formalismo è più facile ricostruire i tratti di questa discussa figura di responsabilità. Dalla nostra ricerca essa appare ridimensionata, non è solo un caso di responsabilità sostitutiva di quella della parte privata, divenuta irrealizzabile per un atto del giudice, ma anche come responsabilità aggiuntiva, una sanzione più che altro diretta a rendere il giudice attento all'adempimento dei suoi doveri. L'intervento del pretore era necessario per predisporre i mezzi adeguati, senza tuttavia eliminare il formalismo. Questo era duro da morire. Cicerone ce ne dà una testimonianza eloquente, allorchè deride quei giuristi che nel suo tempo disquisivano sull'uso delle parole, di alcune di quelle parole solenni e rituali dell'età primitiva⁶⁹. La *lex Imitana* elenca puntigliosamente gli obblighi procedurali sui

⁶⁹ MACCORMACK, *Liability*, cit.

termini, il che prova che essi erano attuali ancora nell'età dei Flavi. Aulo Gellio si trova impigliato nel groviglio delle forme. Ecco dunque un primo gruppo di casi che davano luogo alla responsabilità del giudice. Questi consistevano, oltre che nell'assenza, nell'inosservanza dei termini tassativi, dai quali derivava un grave pregiudizio all'attore, consistente nella perdita dell'azione. È chiaro che la condanna in tale ipotesi non poteva che essere equivalente al valore della lite. A questo penso si debba riferire quella vera *aestimatio* di cui al testo ulpiano, che non ha nulla a che vedere con la *litis aestimatio* in senso tecnico o con i giudizi estimatori. Essa è semplicemente un *quanti ea res erit*. L'azione diretta a tale condanna non era *in factum*, ma *in ius*, perchè fondata sull'inosservanza della legge.

Vi è un altro gruppo di casi, come quelli indicati da Gaio, in modo chiaro e semplice o come gli altri attestati da Pomponio, dipendenti da una mancanza di legittimazione. In tali ipotesi non si può essere certi che la responsabilità si dovesse commisurare al valore della lite, perchè non si può dire che essi producessero la perdita definitiva di qualsiasi possibilità di far valere il proprio diritto mediante un rimedio pretorio, *exceptio e restitutio in integrum*. In tale eventualità il *litem suam facere* si doveva valutare equitativamente, donde una formula concepita in *bonum et aequum*, che permetteva un apprezzamento del giudice più libero delle circostanze e delle conseguenze che il fatto del giudice aveva provocato. Anche questa azione era *in ius concepta*, se l'adempimento mancato di un dovere di ufficio derivava da una legge. In ipotesi diverse si poteva prevedere un'azione *in factum*.

In terzo luogo vanno presi in considerazione casi di comportamento doloso del giudice. Le parole *dolo malo*, che si trovano nel testo di Ulpiano esaminato più sopra, non lasciano dubbi sulla classicità della previsione. Una indubbia conferma ci è poi venuta dalla *lex Irmitana*, dove l'ipotesi di un atto doloso del giudice è espressamente menzionata. Oltre al dolo, non come qualificazione di esso, vi era anche la *fraus legis* con riferimento a leggi determinate, tra le quali si può ritenere molto probabile che vi fossero quelle che fissavano limiti alle garanzie personali delle obbligazioni, senza escludere una portata più generale. In queste ipotesi la condanna era nel valore della cosa.

Se questo era con molta probabilità lo stato del diritto classico, si deve pensare a tre diverse azioni: la prima, senza alcun rilievo di ordine soggettivo, dolo o colpa, quindi di carattere oggettivo, recante una condanna nel valore della lite, per violazione di forme tassative, perciò *in ius concepta*. La seconda, *in ius* od *in factum* secondo le

circostanze, diretta a conseguire una riparazione equitativa, quindi *in bonum et aequum concepta*. La terza nei casi di dolo o frode alla legge. L'antica teoria, che si deve al Pernice, era dunque nel vero allorché assumeva l'esistenza di due azioni, ma non lo era nell'individuazione dei presupposti soggettivi, dolo e colpa, dai quali faceva dipendere l'una o l'altra⁷⁰.

In quel che abbiamo tentato di ricostruire alcuni punti sono sicuri, altri verosimili e vanno considerati come congetture probabili. In questo tema lo stato delle fonti ed i mutamenti di tendenze di fondo delle varie epoche hanno compiuto devastazioni che non sono riparabili ed in cui lo storico trova limiti non superabili.

Anche la storia del principio ha più ombre che luci. Per l'età delle XII Tavole sappiamo che il giudice aveva obbligo di essere presente nel giorno fissato, salvo casi tassativi di scusa. Non sappiamo se la trasgressione di quest'obbligo implicasse una responsabilità. Le XII Tavole dettavano la pena capitale per il giudice che si era lasciato corrompere. Era una norma che faceva notizia e gli antiquari la ricordano volentieri per dire *dura lex sed lex*. È ardito pensare che la pena riguardasse la corruzione nei giudizi capitali, perchè su di questi erano competenti i magistrati *cum imperio*, i *duoviri perduellionis* ed i *quaestores parricidi*, poi con la *provocatio ad populum* i comizi. Ma l'assenza non è la corruzione e quindi se responsabilità esisteva era di altra natura, forse una pena come quella dell'*iniuria* fissata in 25 assi. Improbabile era l'impiego della *manus iniectio*, perchè il giudice apparteneva all'ordine senatorio ed era difficile che fosse trattato come un *iudicatus* al pari di un debitore insolvente.

La data del primo intervento del Pretore non si conosce. Cicerone sembra presupporre norme edittali. Solo dopo le leggi che legittimarono le formule e stabilirono forme e termini, si può pensare che l'editto contenesse l'azione concessa in violazione di tali norme, quindi dobbiamo pensare all'età successiva alla *lex Aebutia*, se non alla *Iulia*. La terminologia usata, *litem suam facere*, è elaborata e non può essere antica. Il giudice fa propria la lite nel senso che risponde del danno

⁷⁰ D. 44, 7, 52 pr. e 8 (Marc. 2 reg.); 47, 10, 18 pr. (Paul. 55 ad ed.); 50, 16, 131, 1 (Ulp. 3 ad leg. Iul. et Pap.); 244 (Labco 4 pith. a Paul. epit.). Abbiamo invece in D. 19, 2, 9, 5 (Ulp. 32 ad): *quod imperitia peccavit culpa est*, ma il testo è ritenuto interpolato da Arangio Ruiz ed altri: v. *Index Interpolationum*, ad h.l. L'Albertario nello scritto citato a nt. 69 ritiene che l'uso di *peccatum* per delitto o maleficio non sia classico.

provocato dal suo comportamento, dall'aver agito come parte. Si avverte l'eco di una speculazione filosofica.

La responsabilità per colpa, vaga ed imprecisata, a differenza delle previsioni classiche precise e semplice, è un punto di arrivo, quasi sicuramente postclassico, al più della fine dell'età classica. La giurisprudenza della monarchia assoluta impiega una categoria preesistente, che aveva perso di attualità in conseguenza dei mutamenti costituzionali e della procedura, per nuovi fini. Si può supporre che quest'ultimo stadio cominci da Costantino in poi.

La categoria adoperata del *peccasse aliquid licet per imprudentiam*, che avvicina l'atto del giudice ad un *maleficium*, senza essere propriamente tale. Così poteva bastare anche l'*imprudentia*, perchè non trattandosi di un vero delitto il dolo non era necessario. Comunque sia è certo che questo è il principio affermato nel diritto giustiniano, come dimostra il favore verso il testo delle *Res Cottidianae*, non solo ripetuto nel Digesto due volte, ma riportato anche nelle Istituzioni.

Come si vede la nostra ricerca, se ha potuto rischiarare alcuni punti, ne lascia altri oscuri ed incerti. Ma lo storico non sempre può sostituire la sua fantasia alla mancanza od incertezza delle fonti e deve arrendersi di fronte a questa realtà.

TIT. XXVI. — Bas. LVIII, 24.

De precario.

1. pr. = 2.
2-14. desiderantur.
15-17. e)
16-22. desiderantur.

TIT. XXVII. — Bas. LX, 16.

De arboribus caedendis.

- 1-13.
2-14.

TIT. XXVIII. — [Bas. LVIII, 24.]¹⁰

De glande legenda.

TIT. XXIX. — Bas. LX, 47.

De homine libero exhibendo.

- 1-1. Don. ind. §. 1.: *Toúro* ... *ἀνθρώπου* V. 821.
2-2. Don. ind.: *Toúro* V. 821 sq. a v. *οὐδὲ γὰρ* ... *ὅτι*
δοῦλῶν.
3-3. Don. ind. pr.: *Toúro* V. 821 sq. a v. *τοῦτο δὲ μ. α.*
l. p. 822. Cf. καὶ τῶ ... καὶ τῶ ibid.
§. 1. 2.: *τὸ δόμῳ* V. 822.
§. 4.: *ἔαν τις* V. 822.
§. 5.: *ἐπὶ καὶ* V. 823.
§. 6. 7.: *ὁ ἀγροῦ* V. 823.
§. 8.: *ἐάν τις* ... *ἐπὶ τῶ* V. 823.
§. 9-11.: *Toúro* V. 823.

§. 12.: *ἔαν τις* V. 824.§. 13.: *ἔαν τις* V. 824.4-4. Don. ind. pr. §. 1.: *ἐπὶ καὶ* V. 824.
§. 2.: *ἐπὶ καὶ* V. 825.

TIT. XXX. — Bas. XXXI, 2.

De libris exhibendis item ducendis.

1. §. 5. = 12.*

2 = 13.

3-5. desiderantur.

TIT. XXXI. — Bas. LX, 17.

De utrobi.

1-27. Don. ind. pr. §. 1.: *ἀπὸ τοῦ* V. 592.
Anon. add.: *ἡγοῦ* V. 592.

TIT. XXXII. — Bas. LX, 19.

De migrando.

1-1. Don. ind. pr.: *ἀπὸ* V. 608.
§. 1-4.: *Toúro* V. 608.
§. 5.: *ἔαν τις* V. 610.

TIT. XXXIII. — Bas. LX, 17.

De Salviano interdicto.

1-28. Don. ind. §. 1. 2.: *ἔαν τις* V. 603.
2-29. Don. ind.: *ἔαν τις* V. 603.

LIBER QUADRAGESIMUS QUARTUS.

TIT. I. — Bas. LI, 1.

De exceptionibus, praescriptionibus et praedictis.

- 1-1.
2-2. 3. 4.
3-7 = 4-8.
8. 9. = 9.
10-19 = 10-19.
20. 21. = 20.
22-24 = 21-23.

TIT. II. — Bas. LI, 2.

De exceptione rei indicatae.

- 1-3 = 1-8.
9. 10. = 9.
11 = 10.
12. 13. = 11. Cf. schol. Niceni II. 551 sq.
14 = 11. 12. Ad pr. cf. schol. Niceni II. 551 sq.
15-26 = 13-24.
27. 28. = 25.
29-31 = 26-28.

TIT. III. — Bas. LI, 3.

De diversis temporalibus praescriptionibus et de accessionibus possessionum.

- 1-6 = 1-6.
7. 8. = 7.
9-14 = 8-13.
15. 16. = 14.

TIT. IV. — Bas. LI, 4.

De doll mali et metus exceptione.

- 1-4 = 1-4.
5 = 5. 6.
6 = 6.
7-14 = 7-14.
15. 16. = 15.
17 = 16. 17.

TIT. V. — Bas. LI, 6.

Quarum rerum actio non datur.

1. 2. = 1. 2.

TIT. VI. — Bas. XXXVII, 1.

De litigiis.

1. 2. = 6. 7.
3-8. Exstat etiam apud Phot. Nomoc. II. cap. 1. (in Voellii et Instellii bibl. iur. can. T. II. p. 574.) Coll. const. eccl. II. (ibid. p. 1306.)

TIT. VII. — Bas. LI, 1.

De obligationibus et actionibus.

1-1. §. 9. etiam in Coll. const. eccl. II. (in Voellii et Instellii bibl. iur. can. T. II. p. 1306.)
2. 3. = 2. 3.
4 = 4.
5 = 4. 5.
6-8 = 6-8.
9. 10. = 9.

e) Exhibentur L. 15. §. 4. 5. h. t. Reliqua desiderantur. f) Tit. XXVIII. Dig. XLIII. Dig. repositum fuisse Basil. LVIII. 24. testatur index Consiliorum et Tipicorum. Cf. T. V. p. 221. not. 5.

11—34 = 10—33.
35 = 34. Pr. etiam in *Alfonso* cap. XXIV, §. 55, 44.
36 = 35.
37 = 35, 36.
38—41 = 37—40.
42, 43. = 41.

44 = 41, 42, 43, 44. Cf. *Φησι* IV, 99.
45 = 44.
46—57 = 45—56.
58 = 58.
59 = 57.
60, 61. = 59, 60.

LIBER QUADRAGESIMUS QUINTUS.

TIT. I. — Bas. XLIII, 1.

De verborum obligationibus.

- 1 des. in Basil. Anon. summa pr. in Sch. 5. *Τοῦ ἄνω* I. 556.
2 des. in Basil. Anon. summa pr. §. 1.: *Τοῦ ἄνω* II. 618.
3, 4. desiderantur.
5 = 5.*
6, 7. desiderantur.
8. des. in Basil. Anon. summa: *Φησι* IV, 90.
9—15. desiderantur.
16. des. in Basil. Anon. summa §. 1.: Sch. 6. *Ἀνωμόν* IV, 609.
17—16. desiderantur.
18. desiderantur.
19 = 15.* Exstat etiam apud Phot. Nomoc. tit. XIII cap. 4. (in Voelli et Iustelli bibl. iur. can. T. II. p. 1100.)
20—25. desiderantur.
26 = 25.
27. pr. = 26.* Exstat etiam apud Phot. Nomoc. tit. XIII, c. 4. (in Voelli et Iustelli bibl. iur. can. T. II. p. 893.) Coll. const. eccl. II. (ibid. p. 1306.)
28—34. desiderantur.
35, 36. = 33.* 34.*
37. desiderantur.
38, §. 18, 20, 25. = 36.* §. 23. etiam in Coll. const. eccl. II. (in Voelli et Iustelli bibl. iur. can. T. II. p. 1306.) Phot. Nomoc. tit. II, cap. 1. (ibid. p. 876.)
39, 40. desiderantur.
41. §. 1. = 41. ex Epit. tit. III, cap. 34. „Ὅτι χωρὶς ἡμῶν ἐπισημασθέντων, τὰ παραχρῆμα λήγεται, εἰ μὴ καὶ πρὸς αὐτοὺς τότε γὰρ περιμνησθῇ τὴν ἀπόδοσιν.“
42—44. desiderantur.
45 = 42.*
46—51. desiderantur.
52, §. 1. = 49.*
53—63. desiderantur.
64. des. in Basil. Anon. summa: *Τοῦ Ἀνωμόν* II. 636.
65—67. desiderantur.
68. des. in Bas. Anon. s. ENANT. summa: *Τοῦ Ἐναντιογράφου* II. 623 sq.
69, 70. desiderantur.
71 = 68. exhibetur in Novella Romani iunioris περὶ προστάσεων sic: „Καλῶς ἐπὶ τὸ πρῶτον ἐκ τοῦ γινώσκειν τὴν ἀνὰ γὰρ μὴ τὴν τοῖς συμβαίνουσιν ποιεῖν, οὐ γίνονται ἀσφαλιστικά.“ Cf. Zachariaeo L. ius Gr. Rom. P. III. p. 289.
72, 73. desiderantur.
74 = 71.* [74.]
75, 76. desiderantur.
77 = 74. exhibetur in Novella Romani iunioris περὶ προστάσεων sic: „Ἐάν τι παραχρῆμα ἐπὶ ποινῇ ἀποδοθῇ, καὶ καὶ πρὸ τῆς ἡμέρας ἀπὸ δέου καὶ μὴ ἀπὸ ἀναγκῆς ἢ κληρονομία μου, βεβαιώται ἡ ποινή.“ Cf. Zachariaeo L. ius Gr. Rom. P. III. p. 289.
78. des. in Basil. Anon. summa pr.: *Εἰ γὰρ* IV, 167.
79. desiderantur.
80 = 77.*
81. pr. = 78. exhibetur in Novella Romani iunioris περὶ προστάσεων sic: „Ὅ χωρὶς ποινῆς ὁμολογῶν τι

ποιεῖν ἢ παρὰ τὴν ἐλπίδα διαφύγειν ἐνέχεται.“ Cf. Zachariaeo L. ius Gr. Rom. P. III. p. 288 sq.

- 82, §. 1. = 79.* [82.] Exstat etiam in Sch. 2. Anonymi V. 446.
83, §. 5. = 80.* [83.] Exstat etiam in Coll. const. eccl. II. (in Voelli et Iustelli bibl. iur. can. T. II. p. 1306.) Phot. Nomoc. tit. II, cap. 1. (ibid. p. 876.)
84. desiderantur.
85. des. in Basil. Anon. summa: *Τοῦ Ἀνωμόν* II. 618.
86—90. desiderantur.
91. pr. §. 3, 4, 6. = 88.* [91.]
§. 1.: Coll. const. eccl. II. (in Voelli et Iustelli bibl. iur. can. T. II. p. 1306.) Phot. Nomoc. tit. II, cap. 1. (ibid. p. 876 sq.)
92—98. desiderantur.
99. pr. = 96.*
100 = 97.* [100.] Cf. *Ζήτη* II. 632.
101—107. desiderantur.
108, §. 1. = 105.*
109—114. desiderantur.
115, §. 2. = 112.* [115.]
116 = 113.* [116.]
117. desiderantur.
118, §. 1. = 115.* [118.]
119—125. desiderantur.
126, §. 2. = 123.* [126.]
127—133. desiderantur.
134, §. 2, 3. = 131.* [134.] Pr. apud Phot. Nomoc. tit. XIII, cap. 4. (in Voelli et Iustelli bibl. iur. can. T. II. p. 1100.)
135. des. in Basil. Anon. s. ENANT. summa pr. §. 1.: *Ἐν τῷ* II. 693.
136. desiderantur.
137, §. 6. = 134.* [137.] et Coll. const. eccl. II. (in Voelli et Iustelli bibl. iur. can. T. II. p. 1307.) Phot. Nomoc. tit. II, cap. 1. (ibid. p. 877.)
§. 8.: *Τοῦ Ἐναντιογράφου* I. 620.
138, 139. desiderantur.
140. des. in Basil. Anon. s. ENANT. summa §. 1.: *Ἐν τῷ* II. 693.
141. desiderantur.

TIT. II. — Bas. XLIII, 2.

De duobus reis constituendis.

1. desiderantur.
2 = 2.*
3—8. desiderantur.
9. des. in Basil. Anon. summa pr.: *Τοῦ ἄνω* II. 13.
10. desiderantur.
11, §. 2. = 11.*
12—19. desiderantur.

TIT. III. — Bas. XLIII, 3.

De stipulatione servorum.

- 1, §. 2. = 1.*
§. 4.: *Καὶ εὐλόγως* Sm. I. 770.
2—13. desiderantur.
14 = 13.* [14.]
15 = 14.
16 = 15. [16.]
17. desiderantur.

u) Exhibetur e Syn. L. 5, pr. §. 1, 3. Reliqua desiderantur. v) Exhibetur e Syn. L. 45, pr. §. 1, 4. Reliqua desiderantur.

L. 1. § 5. Ἐνίχεται τῇ περὶ^{h)} πράγματος ἀγωγῇ καὶ ὁ παραθήκη λαβὼν εἰς τὸ αὐτόⁱ⁾ τὸ πρᾶγμα ἀποκαταστήσαι. ὑπόκειται δὲ ἀπὸ μόνου δόλου καὶ τῆς πλησιαζούσης τοῦ δόλου βλάβης^{j)} καὶ αὐτὴ γὰρ δόλος ἐστὶ· τοῦτο δέ, ἐπειδὴ χρήσι ἀγαθῇ^{k)} λαβε τὴν παραθήκην.

§ 6. Καὶ ὁ δανιστής ἐπὶ ἀποκαταστάσει τοῦ ἐνεχέοντος τῇ περὶ πράγματος ἀπαιτήσῃ^{l)} ὑπόκειται.

§ 7. Ἡ δὲ verbis^{m)} συνίσταται, ὅταν ἐπερωτῶμενⁿ⁾ γενέσθαι τι ἢ δεῖν^{o)}.

§ 8. Ἐνίχεται δὲ τις ἢ^{p)} ἰδίῳ ὀνόματι ἢ ἄλλοτρίῳ, καὶ καλεῖται ἑγγυητής.

§ 9. Ἀχρήστως μεταξὺ ἀγνοούντων γίνεται ἐπερώτησις περὶ ἱλιεθέρου ἀνθρώπου, ἢ τοῦ ἤδη ἀποθανόντος, ἢ οἴκου καυθέντος. ἀχρήστως ἐπερωτᾷ τις καὶ^{q)} ἱερὸν ἢ μνημίου τόπον.

§ 10. Ἡ τὸ ἰδίον πρᾶγμα ἐν ἀγνοίᾳ.

§ 11. Καὶ ἡ ὑπὸ ἀδύνατον ἄριστον ἐπερώτησις ἀνίσχυρός ἐστιν.

§ 12. 13. Ὁ μαινόμενος καὶ ὁ νήπιος, ὃς οὐ δύναται νοῆσαι τὸ γινόμενον, οὔτε ἐπερωτᾷ, οὔτε ἐπερωτᾶσθαι δύναται· ὁ μόντοι δυνάμενος λαλεῖν^{r)} καὶ ἐπερωτᾷ καὶ ἐπερωτᾶται.

§ 13. 14. Οὔτε ἄλλος, οὔτε ὁ πάντῃ κωφὸς τὴν ἐπερώτησιν συναλλάσσουσιν.

L. 2. pr. β^{s)} τῆς^{t)} ἐξ ἐκατέρων μερῶν ἐκ συναινέσεως D. cod. συμφωνίας ἐστὶ πρῶσις^{u)}, ἀγορασία, μίσθωσις καὶ ἐκμίσθωσις^{v)}, ἐπιτολή^{w)}.

§ 1. Καὶ οὐ χρήζουσιν ἢ^{x)} κυριότητος ἐφημέτων ἢ γραμμῶν.

§ 2. Καὶ συνίστανται^{y)} καὶ μεταξὺ ἀπόντων, δι' ἐπιστολῆς^{z)} καὶ^{aa)} δι' ἀγγέλου.

§ 3. Καὶ ἐκάτερος τῶν συναλλαττόντων ἐν αὐτοῖς^{ab)} τῇ ἐτέρῃ ἐνίχεται.

L. 3. pr. γ. Οὐκ ἐν τοῖς συνίσταται ἐνοχῇ, ἐν^{ac)} τῇ γένεσθαι τι ἡμέτερον.

§ 1. Ἰδοὺ γάρ, ὡς δωρήσασθαι σοι πρᾶγμα, οὐ γίνῃ μοι ἐνοχος, ἐπειδὴ τοιαύτην ψυχὴν οὐκ ἔχομεν.

§ 2. Αἰτὶ δὲ καὶ ἐν τῇ ἐνοχῇ τῆς ἐπερωτήσεως συντρέχουσιν τὴν διάθεσιν τῶν συναλλαττόντων. ὡς γὰρ διὰ παύριον ἢ διὰ σημασίαν τρέπου^{ad)} ἐγὼ εἶπω· ὁμολογεῖς; καὶ οὐ ἀποκριθῆς· ὁμολογῶ· οὐ τίκεται ἐνοχῇ.

L. 4. δ. Ἐξ ἀμαρτήματος τίκεται^{ae)} ἢ περὶ κλοπῆς D. cod. τὸ διπλάσιον ἀπαιτούσα ἀγωγῇ^{af)} ἢ ἐξ ὁμολογίας μὲν εἰς τὸ ἄπλοον, ἐξ ἀχρηστίας δὲ τὸ διπλοῦν ἀπαιτούσα ἀγωγῇ^{ag)} ἢ περὶ τῶν βιαιῶς ἀρπαζομένων πραγμάτων, ἥτις ἔχει τὴν ποσὴν εἶσιν μὲν ἐνιαυτοῦ εἰς τὸ τετραπλοῦν^{ah)}, μετὰ δὲ τὸν ἐνιαυτὸν εἰς τὸ ἄπλοον^{ai)} ἢ περὶ ὕβριος ἀγωγῇ. καὶ αἱ μὲν ἀπὸ συναλλάγματος τίκεται καὶ ὑπὸ τὴν περὶ ἀπαιτήσεως

Tenetur etiam de re actione, qui depositum accepit, ad restituendam rem eandem. Tenetur autem ex solo dolo et negligentia dolo proxima: nam et illa dolus est: hoc autem propterea, quod usu bono depositum acceperit.

Et creditor ad restitutionem pignoris actione de re tenetur.

Verbis autem contrahitur obligatio, si quid stipulamur fieri aut dari.

Sed tenetur quis aut suo nomine, aut alieno, et vocatur fideiussor.

Inter ignorantes inutiliter fit stipulatio de homine libero vel iam mortuo, aut domo deusta. Inutiliter quis stipulatur et sacrum, vel monumenti locum,

Vel rem suam ignorans.

Et sub conditione impossibili facta stipulatio invalida est.

Furiosus, et infans, qui, quid fiat, intelligere non potest, nec stipulatur, nec promittere potest: qui tamen loqui potest, et stipulatur, et promittit.

Nec mutus, nec qui omnino surdus est, stipulationem contrahunt.

II. Ad contractum ex ambarum partium consensu initum pertinent venditio, emtio, locatio et conductio, mandatum.

Neque indigent aut verborum aut literarum proprietate.

Et contrahuntur et inter absentes, per epistolam et per nuntium.

Et uterque contrahentium in his alteri obligatur.

III. Non in eo consistit obligatio, ut quid nostrum fiat.

Ecce enim, si rem tibi donavero, non obligaris mihi, quoniam hanc mentem non habemus.

Sed et in obligatione stipulationis concurrere oportet contrahentium mentem. Nam si per lusum aut per modum demonstrandi dixeris: Spondeo? tuque responderis: Spondeo: obligatio non nascitur.

IV. Ex delicto nascitur actio furti duplum petens: actio, quae ex confessione quidem simplum, ex negatione autem duplum petit: actio vi bonorum raptorum, quae intra annum quidem poenam in quadruplum, post annum vero in simplum habet: actio iniuriarum. Et illae quidem, quae ex contractu oriuntur, et ad actionem de rerum petitione, et ad eam, quae ex interrogatione congruaque responsione

h) καὶ τῇ περὶ τοῦ Syn. et Fabr. R. i) τὸ αὐτὸ dicit Syn. et Fabr. R. m) Verbi cum Leuncl. et Fabr. prout Graecum se habet, (quamvis bono sensui non videatur satisfacere) quia necdum melius substituere valeo. R. n) ἀγωγῇ Syn. Fabr. R. o) Sic fecit Capperon. ex scripto (in Cod. 1357.) γενέσθαι, pro quo Syn. et Fabr. habent ἐν ἐπερωτῇ ἀγωγῇ. R. p) ἐπερωτῶ μὲν, stipulor, Syn. et Fabr. R. q) E Syn. et Fabr. addidi ἢ. R. r) ἢ malim, de quo saepius dixi. s) ἰδιῳ Cod. 1357. R. t) Totā L. 2. hactenus verbi legitur in schol. 3. novo ad Basil. XIV. 1. cap. 1. (edit. nostr. T. II. p. 67.) ubi incipit textus ita: τῇ ἐξ ἑκατέρων μερῶν συν. καὶ συμφωνίας κ. τ. λ. u) Fabr. cum Syn. dedit: Ἐξ ἑκατέρων μερῶν συναινέσεως καὶ συμφωνίας ἐστὶ. Codicis 1357. lectio ferri potest, si de ante curiam tollatur. R. v) ἀγορασίας Cod. 1357. R. w) καὶ ἐκμίσθωσις Schol. emittit. x) προσηγορίᾳ alii. R. Sic Schol. y) ἢ dicit Syn. et Fabr. ut ego postpono. R. z) Schol. συνίσταται. aa) Schol. καὶ δι' ἐπιστολῆς. b) ἢ malim. R. c) Verba τῶν συναλλ. ἐν αὐτοῖς desunt in Schol. d) τὰ legendum. R. e) In vertendo sic inverti, διὰ σημασίαν τρέπου. R. f) ἀγωγῇ, εἰς non male addunt Syn. et Fabr. R. g) Sic rescripsi propter seqq. exempla pro Cod. 1357. et Syn. ἢ, quod Fabr. in καὶ mutavit: nec male, dum integros non habuit hos Basilicorum libros. R. h) Si quis hic malit τετραπλοῦν, nullas refragor. Rationem sciunt thronos ex prius. tit. 2. lib. IV. Instit. R.

Senato della Repubblica - Archivio Storico

6 ἐπειδὴ χρήσει ἀγαθῇ ἔλαβε τὴν παραθήκην. Καὶ ὁ δανειστής ἐπὶ ἀποκαταστά-
7 σει τοῦ ἐνεχύρου τῇ περὶ πράγματος ἀπαιτήσει ὑπόκειται. Ἡ δὲ uerbis
8 συνίσταται, ὅταν ἐπερωτῶμεν γενέσθαι τι ἢ δοθῆναι. Ἐνέχεται δὲ τις ἢ
9 ἴδιον ὀνόματι ἢ ἀλλοτρίῳ, καὶ καλεῖται ἐγγυητής. Ἀχρήστως μεταξὺ ἀγνοούν-
των γίνεται ἐπερώτησις περὶ ἐλευθέρου ἀνθρώπου ἢ τοῦ ἤδη ἀποθανόντος ἢ
10 οἴκου καυθέντος. Ἀχρήστως ἐπερωτᾷ τις καὶ ἱερὸν ἢ μνημείου τόπον ἢ
11 τὸ ἴδιον πρᾶγμα ἐν ἀγνοίᾳ. Καὶ ἡ ὑπὸ ἀδύνατον αἵρεσις ἐπερώτησις
12, 13 ἀνίσχυρός ἐστιν. Ὁ μαινόμενος καὶ ὁ νήπιος, ὃς οὐ δύναται νοῆσαι τὸ
γινόμενον, οὔτε ἐπερωτᾷ οὔτε ἐπερωτᾶσθαι δύναται· ὁ μέντοι δυνάμενος
14, 15 λαλεῖν καὶ ἐπερωτᾷ καὶ ἐπερωτᾶται. Οὔτε ἀλαλος οὔτε ὁ πάντῃ κωφός
τὴν ἐπερώτησιν συναλλάσσουν.

B LII, 1, 2 = D XLIV, 7, 2. Τῆς ἐξ ἐκατέρων μερῶν ἐκ συναινέσεως
1 συμφωνίας ἐστὶ πρᾶσις ἀγορασία, μίσθωσις καὶ ἐκμίσθωσις, ἐντολή καὶ
2 οὐ χρήζουσιν ἢ κυριότητος ῥημάτων ἢ γραμμάτων. Καὶ συνίσταται καὶ
15 3 μεταξὺ ἀπόντων δι' ἐπιστολῆς καὶ δι' ἀγγέλου· καὶ ἑκάτερος τῶν συναλ-
λαττόντων ἐν αὐτοῖς τῷ ἑτέρῳ ἐνέχεται.

B LII, 1, 3 = D XLIV, 7, 3. Οὐκ ἐν τούτῳ συνίσταται ἐνοχὴ ἐν τῷ
1 γίνεσθαι τι ἡμέτερον· ἴδου γὰρ ἐάν δωρήσωμαί σοι πρᾶγμα, οὐ γίνῃ μοι
2 ἐνοχος, ἐπειδὴ τοιαύτην ψυχὴν οὐκ ἔχομεν. Δεῖ δὲ καὶ ἐν τῇ ἐνοχῇ τῆς ἐπε-
20 ρωτήσεως συντρέχειν τὴν διάθεσιν τῶν συναλλαττόντων· ἐάν γὰρ διὰ παίγνιον
ἢ διὰ σημασίαν τρόπου ἐγὼ εἴπω 'ὁμολογεῖς,' καὶ σὺ ἀποκριθῇς 'ὁμολογῶ',
οὐ τίκτεται ἐνοχὴ.

B LII, 1, 4 = D XLIV, 7, 4. Ἐξ ἀμαρτήματος τίκτεται ἀγωγή, οἷον

Testimonia:

B LII, 1, 2 Syn. E, XXII, 2 | BS 702 l. 12 | Tip. II 193 || **B LII, 1, 4 A** |
Syn. E, XXII, 3 | Tip. I 150

1 χρήσει (πίσται Syn. v. l.) ἀγαθῇ: pro 'οὐ sua gratia' ex hellenista legit 'usu gratia'
vel tale quid | 2 ἀπαιτήσει: Pd, ἀγωγῇ Syn. (Anonymus scripserat '... ἐνεχύρου
re ὑπόκειται') | uerbis: ueruis Pd, ἐν ἐπερωτῇ ἀγωγῇ Syn. | 3 (τις) ἢ: Syn., om.
Pd | 4 §§ 9—15 om. Syn. | initium § 9 laudat Tip. II 98 | 6 οἴκου καυθέντος: Pd,
καυθέντος οἴκου (nec plura) Tip. | 9 ἐπερωτᾷ: Pd; praestat ἐπερωτᾶν | 10 λαλεῖν:
Reitz, λαβεῖν Pd | §§ 14, 15 tantum habet Par. 1367 | 11 συναλλάσσουν: συναλ-
λάσσουν Pd Par. 1367 | 12 ἐκ συναινέσεως: Pd Tip., συναινέσεως καὶ Syn. BS (Ano-
nymus scripserat 'τῆς consensu ἐστὶ' κτέ.) | 13 ἐστὶ: Syn., ἐπὶ Pd, ἐστὶν BS Tip. |
καὶ ἐκμίσθωσις: Pd Syn., om. BS | ἐντολή: Pd, προτροπή Syn. BS; Anonymus
scripsisse videtur 'mandaton'; ceterum exspectes 'κοινωνία, mandaton' (cf. Dig.) |
14 χρήζουσιν ἢ: Pd BS, χρήζουσι Syn. | συνίσταται: Pd Syn. BS, συνίστανται con-
Reitz | 15 ἀπόντων: Pd Syn., ἀπόντων καὶ BS | § 3 om. Syn. | τῶν — αὐτοῖς: Pd:
om. BS | 21 σημασίαν τρόπου: Pd, σημασίας τρόπον con. Reitz | 23 ἀγωγή, οἷον,
Syn., om. Pd, ἀγωγή (nec plura) Tip.

ἡ περὶ κλοπῆς τὸ διπλάσιον ἀπαιτοῦσα ἀγωγή, ἡ ἐξ ὁμολογίας μὲν εἰς τὸ ἀπλοῦν, ἐξ ἀρνήσεως δὲ τὸ διπλοῦν ἀπαιτοῦσα ἀγωγή, ἡ περὶ τῶν βιαίως ἀρπαζομένων πραγμάτων, ἧτις ἔχει τὴν ποινὴν εἰσὼ μὲν ἐνιαυτοῦ εἰς τὸ τετραπλοῦν, μετὰ δὲ τὸν ἐνιαυτὸν εἰς τὸ ἀπλοῦν, ἡ περὶ ὕβρεως ἀγωγή. Καὶ αἱ μὲν ἀπὸ συναλλάγματος τικτόμεναι καὶ ὑπὸ τὴν περὶ ἀπαιτήσεως πραγμάτων ἀγωγήν καὶ ὑπὸ τὴν συνισταμένην ἐξ ἐπερωτήσεως καὶ συμφώνου ἀποκρίσεως καὶ ὑπὸ τὴν ἀγωγήν, ἧτις τοὺς ἐπὶ παντὸς συναλλάγματος συναινοῦντας ἐνόχους ποιεῖ, ἀνάγονται· αἱ δὲ ἐξ ἀμαρτήματος ὑπὸ μόνην τὴν ἐξ ἀπαιτήσεως πραγμάτων ἀγωγήν ἀνάγονται.

- 10 B LII, 1, 5 = D XLIV, 7, 5. 'Εάν τις ἀλλότρια διοικήσῃ πράγματα, εἰ μὲν κατὰ ἐντολὴν τοῦ δεσπότου, τίκεται τῷ δεσπότῃ κατ' αὐτοῦ ἡ περὶ ἐντολῆς ἀγωγή καὶ αὐτῷ κατὰ τοῦ δεσπότου· εἰ δὲ χωρὶς ἐντολῆς, ἐξ ἑκατέρου πλευροῦ ἐστὶν ἡ κατὰ τῶν διοικούντων ἀλλότρια κινουμένη ἀγωγή ὥσανεὶ ἀπὸ 1 συναλλάγματος. Καὶ ἡ κατὰ τῶν ἐπιτρόπων ἀγωγή γὰρ ὥσανεὶ ἀπὸ συναλ- 15 λάγματος ἐστὶν, καὶ οὐ μόνον τῷ ἀνέβῳ κατὰ τοῦ ἐπιτρόπου ἀρμόζει, ἀλλὰ καὶ τῷ ἐπιτρόπῳ κατὰ τοῦ ἀνέβου, εἴαν τι ὑπερδαπάνησεν ἢ κατέβαλεν ἢ αὐτὸν ἢ 2, 3 τὰ πράγματα αὐτοῦ ἐνοχοποίησεν ὑπὲρ αὐτοῦ. Καὶ ὁ κληρονόμος τοῖς ληγαταρίοις καὶ ὁ λαμβάνων μὴ χρεωστούμενον ἀπὸ ἀγωγῆς ὥσανεὶ ἐξ ἀμαρ- 4 τήματος τικτομένης ἐνέχονται. 20 5 καὶ ἐκεῖνος, οὗτινος ἐκ τοῦ οἴκου βίβεν τι ἢ ἐκχυθὲν ἐζημίωσέ τινα, εἴτε ἴδιος ἦν αὐτοῦ ὁ οἶκος εἴτε μισθῷ ἢ δῶρον ἔμενεν ἐν αὐτῷ· διὰ τοῦτο δὲ ὥσανεὶ ἀπὸ ἀμαρτήματος ἐνέχεται, ἐπειδὴ ὡς ἐπὶ τὸ πολὺ διὰ τὴν ἐτέρων ἐνέχεται βλάβην, δούλου τυχὸν ἢ υἱοῦ. Ὁμοίως καὶ ὁ ἔχων ἐν δημοσίᾳ παρόδῳ κείμενον ἢ ἡρτημένον τι, ὅπερ πίπτει δύνανται

Testimonia:

B LII, 1, 5 A | Tip. II 21. 67; V 251

1 ἡ (ἐξ): Reitz, ἡ Pd Syn., καὶ ἡ Syn. v.l. (ceterum Anonymus scripserat 'οἷον ἡ furti, ὁ Aquilios, ἡ vi bonorum raptorum, ἡ iniuriarum'; cf. et Tip. s.l.) | 2 ἡ περὶ κτέ.: om. Syn. | 4 ἡ περὶ: ὑπερὶ Pd (error miniatoris; hinc enim novum thema incipit in Pd) | 5 καὶ ὑπὸ τὴν κτέ: Anonymus scripserat καὶ ὑπὸ τὴν re καὶ ὑπὸ τὴν uerbis καὶ ὑπὸ τὴν consensu ἀνάγονται | 7 συναινοῦντας: ἐνοῦντας incipit A (i.e. <συν>ενοῦντας; deest folium praecedens) | ποιεῖ, ἀνάγονται: Reitz, ποιεῖν ἀγονται Pd, ποιεῖν ἀγονται A | 10 c. 5: numerum ε'. om. Pd (initium c. 5 in initio § 6 nullam probabilem ob causam statuit Reitz) | 11 ἐντολὴν: Pd, προτροπὴν Tip. (II 21); Anonymus scripserat 'mandaton' | 12 αὐτῷ: αὐτὸ Pd | 16 κατέβαλεν: Reitz, κατέβαλλεν Pd | αὐτὸν ἢ τὰ πράγματα αὐτοῦ: Pd, αὐτὸν ἢ τὰ πράγματα αὐτοῦ coni. Reitz | 18 ἀπὸ — τικτομένης (τικτομένης Pd): Pd Tip. s.l.; Anonymus scripsisse videtur 'quasi ex contractu'; exhellenista vertit 'quasi ex delicto' | 19 §§ 4. 5 habet A; initium § 4 laudat Tip. V 251 | ὁ: Pd A, καὶ ὁ Tip. | 24 ἡρτημένον: A(?), ἡρτῆμένον Pd

βλάψαι τινά. Εἰ αὐτὸς ἐνάγεται, 6 Καὶ ὁ προεστὸς τῶν ὑπουργούντων ἡμαρτεν.

B LII, 1, 6

φθείρονται, εἰ

B LII, 1, 7

ἀγωγή, ἐφ' ὅσ

10 B LII, 1, 8

βουληθῇ, οὔτε

B LII, 1, 9

ἰδίῳ ὀνόματι πλ

θήκης καὶ τῆς π

15 ἐνοχαὶ οὐκ ἐκ τ

αὐτῶν, ἀλλὰ καὶ

B LII, 1, 10

τόμενα, εἰ μὴ ἐξ

ἡμῶν πραχθέν·

20 συναλλάσσειν δὲ

B LII, 1, 11

τῶν ἐν χρήσει

Testimonia:

B LII, 1, 6 A |

1. 26 | Tip. III 12

1 et 82 — noxall
Tip. II 67: Oī pr
oī ὑπουργοῦντες (v
Pd Tip., ἐνπρόθεσ
8 τοῦ: Pd A (et T
coni. Reitz (male)
mus, quia eander
13 πλὴν — ἀγωγ
ui aut clam καὶ τ
αἱ φυσικαὶ — ἀναλ
Tip., φυσικαὶ καὶ
16 et 22: BS, εἴτα
λάβῃ — ἀκυροὶ vel
scripserat 'ἐπὶ τῆς
τῆς negotiorum ge
Tip. III 19 et s.l.

βλάψαι τινά. Εἰ δὲ υἱὸς κεχωρισμένως οἰκῶν τοῦ πατρὸς ὑποπέσῃ τινὶ τούτων, αὐτὸς ἐνάγεται, καὶ οὐχ ὁ πατήρ, οὔτε τῇ περὶ τοῦ πεκουλίου οὔτε τῇ νοχάλια. 6 Καὶ ὁ προσετῶς πλοίου ἢ ἐργαστηρίου ἢ πανδοχείου ἐκ τῶν ἀμαρτημάτων τῶν ὑπουργούντων ὥσανεὶ ἀπὸ ἀμαρτήματος ἐνέχεται ἐν οἷς αὐτὸς μηδὲν ἤμαρτεν.

B LII, 1, 6 = D XLIV, 7, 6. Αἱ πρόσκαιροι ἢ ἐμπρόθεσμοι ἀγωγαὶ οὐ φθείρονται, εἰ μὴ πᾶσα ἢ ὑστέρα ἡμέρα παρέλθῃ.

B LII, 1, 7 = D XLIV, 7, 7. Οὐ δίδεται τῷ ὑπεξουσὶ κατὰ τοῦ πατρὸς ἀγωγή, ἐφ' ὅσον ἐστὶν αὐτοῦ ὑπεξούσιος.

10 B LII, 1, 8 = D XLIV, 7, 8. Εἰ ὁμολογήσῃ τις ὑπὸ αἵρεσιν τὴν ἐὰν βουληθῇ, οὔτε αὐτὸς οὔτε ὁ κληρονόμος αὐτοῦ ἐνέχεται.

B LII, 1, 9 = D XLIV, 7, 9. 10. Ὁ ὑπεξούσιος οὐδεμίαν ἀγωγήν ἔχει ἰδίῳ ὀνόματι πλὴν τῆς περὶ ὕβρεως καὶ ὅτε βίαν ὑποστῇ καὶ τῆς περὶ παραθήκης καὶ τῆς περὶ τῶν ἐν χρήσει διδομένων κινουμένης ἀγωγῆς. Αἱ φυσικαὶ 15 ἐνοχαὶ οὐκ ἐκ τούτου μόνου κρίνονται, ἐὰν δύναται τις ἀγωγή εἶναι ὀνόματι αὐτῶν, ἀλλὰ καὶ ἐκ τούτου, εἰ τὰ καταβληθέντα μὴ δύνανται ἀναλαμβάνεσθαι.

B LII, 1, 10 = D XLIV, 7, 11. Τὰ ἐξ ἡμῶν οἰκίῳ προσώπῳ συναλλατόμενα, εἰ μὴ ἐξ ἡμετέρου προσώπου ἀρχὴν λάβῃ τῆς ἐνοχῆς, ἀκυροῦσι τὸ παρ' ἡμῶν πραχθέν καὶ διὰ τοῦτο οὔτε ἐπερωτᾶν οὔτε ἀγοράζειν ἢ πωλεῖν ἢ ἄλλως 20 συναλλάσσειν δυνάμεθα, ἵνα τις ἕτερος ἰδίῳ ὀνόματι κινῇ.

B LII, 1, 11 = D XLIV, 7, 12. Ἐπὶ τῆς περὶ παραθήκης καὶ τῆς περὶ τῶν ἐν χρήσει διδομένων καὶ τῆς περὶ ἐντολῆς καὶ τῆς κατὰ τῶν ἐπιτρόπων

Testimonia:

B LII, 1, 6 A | Tip. V 49. 57 || B LII, 1, 7 A | Tip. II 71 || B LII, 1, 9 BS 736 l. 26 | Tip. III 17 || B LII, 1, 11 Tip. II 4; III 19

1 εἰ δὲ — noxalia: om. A | 2 noxalia: νοχαλία Pd | 3 § 6: aliam versionem praebet Tip. II 67: Οἱ προσετῶς πλοίου ἢ ἐργαστηρίου ἢ πανδοχείου ἐνέχονται ἐφ' οἷς ἤμαρτον οἱ ὑπουργούντες (versionem Pd tuetur Tip. s. l.) | 6 ἢ: Pd A, ἤτοι Tip. | ἐμπρόθεσμοι: Pd Tip., ἐμπρόθεσμοι A (ceterum Anonymus scripserat 'αἱ temporalia ἀγωγαί') | 8 τοῦ: Pd A (et Tip. s. l.), om. Tip. II 71 | 10 ὁμολογήσῃ: Pd Tip. s. l., ὁμολογῇ σοι coni. Reitz (male) | 12 c. 9: fragmenta D h. t. 9 et 10 coniungit Pd; quod servavimus, quia eandem notandi rationem habent A Syn. Tip.; cf. et BS 736 l. 26 | 13 πλὴν — ἀγωγῆς: Anonymus scripserat 'πλὴν τῆς iniuriarum καὶ τοῦ quod ui aut clam καὶ τῆς depositi καὶ τῆς commodati' | 14 διδομένων: διδομένων Pd | αἱ φυσικαὶ — ἀναλαμβάνεσθαι: haec habet BS; initium laudat Tip. | φυσικαὶ: BS Tip., φυσικαὶ καὶ Pd | 15 μόνου: BS Tip., μόνον Pd | δύναται: Pd, δύνηται BS | 16 εἰ τὰ: BS, εἴτα Pd | δύνανται: Pd, δύνασθαι BS | 18 λάβῃ — ἀκυροῦσι: praestat λάβῃ — ἀκυροῖ vel λάβωσι — ἀκυροῦσι | 21 ἐπὶ τῆς — p. 2422 l. 1 ἀγωγῆς: Anonymus scripserat 'ἐπὶ τῆς depositi καὶ τῆς commodati καὶ τῆς mandati καὶ τῆς tutelae καὶ τῆς negotiorum gestorum' | περὶ παραθήκης: Pd, παρακαταθήκης Tip. II 4, παραθήκης Tip. III 19 et s. l. | τῆς περὶ: Pd Tip. III, om. Tip. II, περὶ τῆς Tip. s. l.

scripserat 'οἷον ἢ p. s. l.) | 2 ἢ περὶ m novum thema τὴν γε καὶ ὑπὸ τὴν incipit A (i. e. ποιεῖν ἔχοντα Pd, initio § 6 nullam p. (II 21); Anonymus, κατέβαλλεν Pd | Reitz | 18 ἀπὸ — idetur 'quasi ex abet A; initium p.), ἡρτημένον Pd

- 2 = 2.
3—6. desiderantur.
7. des. in Bas. ANON. s. ENANT. summa: Sch. 20. III. 741.
8. des. in Bas. Pr. in *Αἰ ῥοναί* cap. XXXVII. §. 9.
9. desideratur.

TIT. IX. = Bas. LIV, 11.

De decretis ab ordine faciendis.

- 1—3. desiderantur.
4 = 2.
5. 6. desiderantur.

TIT. X. = Bas. LIV, 12.

De operibus publicis.

- 1—4. desiderantur.
5. §. 1. = 5. Pr. = Schol. *Τὸν Ἀντιρρῶν* II. 699.
6 = 6.
7. desideratur.

TIT. XI. = [Bas. LIV, 6.]¹⁾

De nundinis.

1. des. in Bas. Exstat in *Αἰ ῥοναί* cap. XXXI. §. 12.
2. desideratur.

TIT. XII. = Bas. LIV, 13.

De pollicitationibus.

- 1 = 1. ^{a)}
2. des. in Bas. ANON. summa in Coll. const. eccl. II.
(in Voelli et Iustelli bibl. iur. can. T. II. p. 1308.) Phot. Nomoc. tit. II. cap. I. (ibid. p. 880.)
3 = 3.
4—12. desiderantur.
13. pr. = 13.
14. 15. desiderantur.

TIT. XIII. = LIV, 14.

De extraordinariis cognitionibus, et si iudex litem suam fecisse dicatur.

1. pr. §. 1—5. 10. 12. = 1. — §. 11.: *Τὸν Ἐκτακτογραφῶν* II. 401.
2—5. desiderantur.
6 = 5. ANON. adn.: *Ἀνάγνωσι* V. 138.

TIT. XIV. = Bas. LIV, 15.

De proxenetis.

1. desideratur.
2. 3. = 2. 3.

TIT. XV. = Bas. LVI, 3.

De censibus.

1. 2. desiderantur.
3. pr. = 3.
4—8. desiderantur.

TIT. XVI. = Bas. II, 2.

De verborum significatione.

- 1 = 1. Don. ? adn.: *Ἐὰν συμφορῶν* I. 61.

- 2 = 2. — §. 1. etiam in *Αἰ ῥοναί* cap. II. §. 2.
Don. ind. pr.: *Ὁ μητροπόλις* II. 62.

- 3—6 = 3—6.
7 = 7. Don. ind.: *Ὁ μέγας* I. 62. (Sch. h. Fabr. I. 67.)
8 = 8.
9 = 9. Don. ? ind.: *Εἰς* I. 62. (Sch. m. Fabr. I. 67.)
10 = 10.
11. 12. = 11.
13 = 12.
14 = 13. Don. ind. pr.: *Ἀσθῆναι* I. 63. (Sch. x. Fabr. I. 68.)
15. 16. = 14.
17 = 15. — Pr. etiam in Coll. const. eccl. II. (in Voelli et Iustelli bibl. iur. can. T. II. p. 1308.) Phot. Nomoc. tit. II. cap. I. (ibid. p. 878.)

- 18 = 16.
19 = 17. Don. ind.: text. Basil.
20 = 18.
21—24 = 19—22.
25 = 23. Don. ind. §. 1.: *Ὁ Κούρτος ... Ἰππικῶν* II. 64.
(Sch. d. Fabr. I. 60.)
26 = 24. et Phot. Nomoc. tit. IV. cap. 10. (in Voelli et Iustelli bibl. iur. can. T. II. p. 909.)
ENANT. adn.: *Τὸν Ἐκτακτογραφῶν* I. 64.
27—29 = 25—27.
30 = 28. e Dorothei indice.
31—37 = 29—35.
38 = 36. ex indice Dorothei.
39 = 37. Don. ind. pr.: *Σοφιστῶν* I. 64. (Sch. k. Fabr. I. 71.)
40. 41. = 38. 39.
42 = 40. ex indice Dorothei.
43. 44. = 41.
45—110 = 42—107.
111 = 109.
112 = 108.
113—119 = 110—116.
120. deest.
121—126 = 117—122.
127. 128. = 123.
129—133 = 124—128.
134 = 129. et *Αἰ ῥοναί* cap. I. §. 13.
135—147 = 130—142.
148. 149. = 143.
150—190 = 144—184.
191. deest.
192 = 185.
193. 194. = 186.
195 = 187. 188.
196 = 188.
197—216 = 189—208.
217 = 209. — §. 1. etiam in *Αἰ ῥοναί* cap. IV. §. 2. 4.
218—228 = 210—220.
229. 230. = 221.
231—246 = 222—237.

TIT. XVII. = Bas. II, 3.

De diversis regulis iuris antiqui.

- 1—100 = 1—100. ^{a)}
101 = 101. et *Αἰ ῥοναί* cap. XIV. §. 7.
102—182 = 102—182. ^{a)}
183 = 183. et Phot. Nomoc. tit. I. cap. 3. (in Voelli et Iustelli bibl. iur. can. T. II. p. 819.)
184—211 = 184—211.

¹⁾ Cf. T. V. p. 132. not. t. ^{a)} Exhibentur e Syn. L. pr. §. 1—4. Reliqua desiderantur. ^{b)} Summa I. 50. h. t. exstat etiam in Sch. *Ζήτησι* V. 337. ^{c)} Summa I. 109. h. t. exstat etiam in Sch. *Ζήτησι* V. 337.

L. 1. §. 10. [Τὰ^c) συνηγορικὰ δίδονται πρὸς τὸ μέτρον τῆς
D. l. 13. δίκης καὶ τὴν ἐὺγλωττίαν, καὶ τὴν συνήθειαν τοῦ
φόρου καὶ τοῦ δικαστηρίου, ὥστε μέντοι μὴ παρῆξιναι
τὸ ἐπιτετραμμένον ποσόν. ὃ δὲ περισσὸν δούς ἀνα-
λαμβάνει.]

§. 11. [Συνηγορησαί^d) ἔστι καὶ τὸ οἰαδήποτε χρήσι-
σθαι σπουδῇ πρὸς τὸ λέγειν τὰ δέοντα· καὶ συνη-
γορὸς ἔστιν ὁ τῆς δίκης χάριν παραγινόμενος, οἱ
μὴν ὁ τρακταῖζων.]

§. 12. [Ἐλπίδι^e) τοῦ μέλλοντος κέρδους οὐ δεῖ τῆς
δίκης ἡρημένης συμφωνεῖν ἢ λαμβάνειν ἀσφάλειαν
τὸν συνηγορὸν. μετὰ μέντοι τὸ πέρους τῆς δίκης δι-
δοται ἀσφάλεια καὶ συμφωνεῖται ὑπὲρ συνηγορικοῦ
καὶ νικητικοῦ οὐ πλέον ἐφ' ἐκάστη δίκῃ τῶν ρ'. νο-
μισμύτων, συναριθμουμένων τοῖς μέλλουσι δίδεσθαι
καὶ τῶν ἤδη δοθέντων.]

L. 6. ε'. Ὁ⁸) δικαστὴς κἂν ἐν ἀγνοίᾳ ποιήσῃ κρίσιν
D. cod. ἰδίαν, ἐλέγχεται, ὥσαντι ἀπὸ πλημμελήματος κρατεῖ-
σθαι τῇ ἐν φάκτου ἀγωγῇ· καὶ εἰς ὃ συνίδῃ ὁ δι-
καστὴς, κατακρίνεται.

ὁ δικαστὴς] Ἀνάγνωθι περὶ δικαστῶν καὶ νεαρῶν πβ.
καὶ ργ'. φησὶ γάρ, ὥστε κατὰ τοὺς γινικοὺς νόμους ἐξετά-
ζων, καὶ μηδὲ θεῶν τύπον ἢ κίλευν διχομήτους παρὰ τὸν
νόμον τι ποιεῖν. καὶ νεαρὸν ρε'. κεφαλ. α'. καὶ β'. καὶ
νεαρὸν κ'. ἀνάγνωθι καὶ νεαρὸν ζ'. κεφαλ. β'. ἐν ᾧ φησὶ
τοῦ μὴ γίνεσθαι τὰς τῶν δικῶν προκατάρξεις παρὰ τοῖς
παρίδοις.

TITULUS IE.

Περὶ προξενητικῶν.^h)

L. 2. β'. Ὁⁱ) προξενητὴς δανείσματος, εἰ καὶ ἔπαινι
D. l. 14. τὸ συνάλλαγμα, οὐκ ἐλέγχεται· οὔτε λαμβάνων τι
ὑπὲρ μεσιτείας ὑπόκειται. ἀλλ' εἰ δόλον ἐποίησε τῷ
δανιστῇ, κατέχεται τῇ περὶ δόλου ἀγωγῇ.

L. 3. γ'. Εἰ^k) καὶ ὑπαρὸν ἔστι τὸ λαμβάνειν προξε-
D. cod. νητικά, ὅμως ἀπαιτεῖται μεμετρομένως καὶ πρὸς τὸ
ποσόν, καὶ τὸ πρᾶγμα, καὶ τὴν ὑπουργίαν τοῦ προξε-
νητοῦ.

L. 6. δ'. Ἡ^l) διάταξις βούλεται, τὸν προξενούντα γά-
C. V. 1.

c) L. 1. §. 10. et 12. D. cod. huc reposui auctoritate scholii * recens editi ad Basil. XIV. 1. cap. 1. (edit. nostr. T. II. p. 68.) ubi dicitur esse them. 10. 12. 13. cap. 2. tit. 14. lib. LIV. Basil. Leguntur ibi haec: ἔχει καὶ βιβ. τδ'. ττ. ιδ'. κεφ. β'. θεμ. ε'. ιδ'. γ'. περὶ τούτων μᾶλλον δι, εἰ τὰ συνηγορικὰ δίδονται — ἀναλαμβάνει. καὶ ὅτι ἐλπίδι τοῦ μέλλοντος κέρδους — τὸν ἤδη δοθέντων. Non dubito haec pro genuino Basilicorum textu habere, tum quia ipsa Basilica citantur, tum quia Digestis optime respondent, tum quia scholium est serius secunda manu in Cod. Colis. scriptum. Sed cum incertum sit, an Basilicorum textus hoc scholio exhibetur, locum uncis inclusi. d) L. 1. §. 11. D. cod. legitur his verbis expressis: sch. k. Enantiophanis ad Basil. XXI. 1. cap. 21. (Fabr. T. II. p. 500. sq. edit. nostr. T. II. p. 400.). Citatur eisdem (153) pars posterior in ἑρμηνείᾳ τοῦ Ἰαντίου ad Basil. VIII. 1. 1. (edit. nostr. T. I. p. 324.) et in sch. b. Fabroti ad eundem locum (Fabr. T. I. p. 407. edit. nostr. T. I. p. 338.) his verbis: συνηγορὸς ἔστι ὁ τῆς δίκης παραγινόμενος, οὐ μὴν ὁ τρακταῖζων. Notum est, summam Digestorum Anonymi vel Enantiophanis in Basilica transisse. Tamen locum uncis includendum putavi. e) cf. not. c. paulo praecedentem. f) L. 5. §. 2. D. cod. argumentum pro parte traditur in scholio γ. Enantiophanis ad Basil. XXI. 2. cap. 22. (Fabr. T. II. p. 632. edit. nostr. T. II. p. 450.) his verbis: ἐν τῷ ε'. διγ. τοῦ ιγ'. ττ. τοῦ ρ'. βιβ. ἀπροσδιορίστως λέγει, τοῦ ἰδιώτου ῥοπαλιζομένου μειοῦσθαι τὴν ὑπόληψιν. Tipucitus argumentum L. 3. et 5. D. cod. his indicat verbis: καὶ περὶ τοῦ κακῶς καὶ ἐπιτηδῆ: (ἀν ἐπιτηδῆς, ἀν ἀνπιτηδῆως!) ἰατρούσαντος, καὶ διὰ τούτου παρασκευάσαντος τὸν ποσοῦντα πωλῆσαι αὐτῷ πρᾶγμα. καὶ πῶς ἡ ὑπόληψις ἡμῶν διὰ τῶν παρ' ἡμῶν ἀμαρτανόμενων ἢ μειοῦται, ἢ δαπανᾷται. καὶ ἀνάγνωθι τὴν διαίρεσιν. g) L. 6. D. cod. e Syn. p. 57. ubi est cap. 5. tit. 14. lib. LIV. Basil. cum scholio, quod ibidem reperitur, habet Fabr. T. VI. p. 686. Pro κρατεῖσθαι malim κρατηθῆς. Tipucitus ita hunc locum reddit: καὶ ὅτι ὁ δικαστὴς, κἂν ἐν ἀγνοίᾳ ποιήσῃ κρίσιν οἰκείαν, ἐλέγχεται, ἔστιν περὶ τούτου βι. ζ'. ττ. γ'. καὶ βι. ζ'. εἰ. τδ'. δόλον μὲθ' ὧν ἔχει παραπομπῶν, καὶ τοῦ παρόντος βι. ττ. κβ'. καὶ αἰ. ἔχει παραπομπάς. h) Sic titulus XV. inscribitur in indice titulorum Cod. 1357. praemisso et apud Tipucitum. Index titulorum Col. linianus hanc habet inscriptionem: περὶ προξενητικῶν. βι. ε'. τοῦ κωδ. ττ. α'. διατ. ζ'. περὶ προξενητικῶν γάμων. Syn. p. 462. ex eaque Fabr. T. VI. p. 686. sic titulum hunc inscribunt: περὶ προξενητικῶν καὶ προξενητικῶν. i) L. 2. D. l. 14. e Syn. p. 462. ubi est cap. 2. h. t. habet Fabr. T. VI. p. 686. sq. k) L. 3. D. cod. e Syn. p. 462. ubi est cap. 3. h. t. habet Fabr. T. VI. p. 687. Attallata tit. L. §. 1. eadem habet usque ad vocem μεμετρομένως, nisi quod habet ὅμως et ἀπαιτούται. Quae ab eo adduntur: ἐπὶ δὲ γάμων, εἰ μὴ συμφωνήσῃς (lege συμφωνηθῇ), οὐκ ἀπαιτεῖται: epitome sunt L. 6. C. de sponsalibus V. 1. l) L. 6. C. V. 1. e Syn. p. 462. sq. ubi est cap. 4. h. t. habet Fabr. T. VI. p. 687. Textum in Syn. edita corruptum emendavit e Codd. mss. Labbaeus Obs. et Emend. in Syn. p. 173. Ego vero integram hanc constitutionem, qualem eam edidit ex Basilicis Cuiacius Obs. lib. XI. cap. 18. huc

Honoraria advocatorum praestantur pro modo litis, et advocati facundia, et fori consuetudine, et iudicii, ita tamen, ut licitam quantitatem non egrediantur. Qui autem amplius dedit, id repetit.

Advocationem praestare est, quoquo studio uti ad dicenda ea, quae necessaria sunt: et advocatus est, qui litis causa adest, non etiam qui tractat.

Spe futuri lucri advocatus lite pendente cautio- nem nec postulare, nec accipere debet. Lite tamen finita, cautio de honorario advocati et palmario non maiore centum aureis in quavis lite praestatur, ut quae iam data sunt, et in futurum danda com- putentur.

V. Iudex¹) etiam si per imprudentiam litem suam fecerit, quasi ex delicto in factum actione tenetur: et in quantum visum fuerit iudicanti, damnatur.

1) iudex] Lege de iudicibus et Novellam 82. et 113. Dicit enim, eos secundum leges generales causas examinare debere, nec vel sacram formam vel iussionem admittentes quidquam contra ius facere. Idem Nov. 115. cap. 1. et 2. et Nov. 25. Lege et Novellam 60. cap. 2. ubi dicitur, litium contestationes apud assessores non fieri.

TITULUS XV.

De proxenetis.

II. Proxenetæ crediti, tametsi contractum laudet, non tamen tenetur: nec si quid interventionis nomine accipiat, obligatur. Sed si dolum adversus creditorem commiserit, de dolo actione tenetur.

III. Licet accipere proxenetica sordidum sit, modico tamen petuntur pro ratione quantitatis et negotii, et ministerii proxenetæ.

IV. Constitutio vult, ne proxenetæ nuptiarum

Τίτλος β'.

Περὶ δοκιμασίας μεσιτευόντων καὶ αἰρετῶν δικαστῶν.

Καὶ τίνες δύνανται δίδοσθαι αἰρετοὶ καὶ τίνες μὴ. Καὶ ποῖα δύνανται ποιεῖν οἱ αἰρετοὶ ἢ μὴ, καὶ ποῖα ἐκ τῶν παρ' αὐτῶν γενομένων ἔρρωται καὶ ποῖα οὐ. Καὶ ποῖοι ἀναγκάζονται ἀποφύνασθαι καὶ ποῖοι οὐδαμῶς. Καὶ περὶ διαφωνίας καὶ πλάνης αὐτῶν. Καὶ περὶ τοῦ ἐὰν ὁ εἷς τῶν δικαζομένων ἀπολειφθῇ τοῦ δικαστηρίου. Καὶ περὶ τοῦ ἐὰν μὴ ὀρίσθῃ τόπος ἢ χρόνος τῇ καταβολῇ. Καὶ περὶ τοῦ τίνες ἐμμένουσι τῇ ψήφῳ ἢ μὴ. Καὶ περὶ αἰρετῶν τελευτησάντων ἢ παραιτουμένων καὶ ἐτέρων προσληφθέντων, τί δεῖ γενέσθαι ἐπὶ τοῖς προλαβοῦσι. Καὶ πότε διαβαίνει τὸ αἰρετὸν δικαστήριον εἰς τοὺς διαδόχους ἢ μὴ. Καὶ περὶ ψήφων αὐτῶν ἔρρωμένων ἢ μὴ. Καὶ περὶ τῶν καταλιπόντων τὸν αἰρετὸν καὶ ἐναγόντων εἰς ὀρδινάριον δικαστήν. Καὶ περὶ τοῦ ἐὰν γυνὴ ἀλλοτρίῳ ὀνόματι ἐπερωτηθῇ ποιήν, ἵνα μὴ ἔρρωται. Καὶ ὅτι ὁ ἡττων τῶν κ' ἐτῶν αἰρετὸς οὐ γίνεται. Περὶ τοίνυν διαγνωμόνων καὶ αἰρετῶν δικαστῶν ἀνάγνωθι τὸ οε' κε. τοῦ α' τι. τοῦ ιβ' βιβλίου (ἔστι καὶ γὰρ ἀνάγνωσμα καινόν), οὐ ἡ ἀρχὴ ἔαν συστῇ κοινωνία ἐφ' ᾧ Πέτρον ὀρίσαι.

Τίτλος τρίτος.

Περὶ τάξεως δικαστηρίων καὶ δικαιοδοσίας.

Περὶ δὲ τῶν ἐκτὸς τῶν τάξεων καὶ δικαστοῦ ποιήσαντος ἰδίαν δίκην ἴηται βιβλίον νδ' τι. ιδ' κε. οὐ ἡ ἀρχὴ Ὁ δικαστὴς κἂν ἐν ἀγνοίᾳ ποιήσῃ

TITULUS II. - De arbitrato eorum qui ex recepto arbitri sunt.

Qui arbitri dari possunt et qui non. Quae facere arbitri possunt et quae non. Quae valent ex eis quae ipsi faciunt et quae non valent. Qui sententiam coguntur dicere et qui nullomodo. De dissensu et errore eorum. Si alterutra pars absit a iudicio. Si non definita sint locus vel tempus solutionis. Qui sententiae stant vel non. Arbitris defunctis vel recusantibus aliisque adiectis, quid fieri debeat. Quando arbitrale iudicium in heredes transit vel non. De sententiis eorum ratis vel inritis. De iis qui arbitrum derelinquunt et ad ordinarium iudicem rem transferunt. Non valet si mulier alieno nomine poenam promittat. Minor 20 annis arbiter non fit. De arbitris vero receptis lege c. 75 (73), tit. 1, lib. 12 (est enim lectio nova), cuius initium: Si communio extet, ut Petrus definit.

TITULUS III. - De ordine iudiciorum et iurisdictione.

De iudiciis extraordinariis et de iudice qui propriam litem facit v. lib. 54, tit. 14, c. (5) cuius initium: Iudex etsi per ignorantiam iudicium sententiamve faciat. Quo-

δίκην ἤτοι κρίσιν. πῶς δὲ δοκεῖ ποιεῖν, ζήτηι τοῦ αὐτοῦ ζ' βι. τι. ε' κε. ιε' οὐ
 ἡ ἀρχὴ Παράνομον κρίσιν ποιεῖ ὁ ἀπατηλῶς. ζήτηι² καὶ βι. ξ' τι. ιη' καὶ τι.
 λς' κε. Ὁ δικαστὴς κρίνας παρὰ τὰς διατάξεις, καὶ τι. λθ' περὶ τοῦ πότε
 ὑπόκειται τῷ περὶ ἀνδροφύων νόμῳ λαμβάνων χρήματα εἰς καταδικάσαι, καὶ
 τι. μγ'. ζήτηι καὶ βι. να'². περὶ δὲ τοῦ κωλύοντος ζητηθῆναι τὴν ἀλήθειαν
 ζήτηι βιβλίον β' τι. ε' κε. ιε' οὐ ἡ ἀρχὴ Ὁ δικαστὴς δέκα λιτρῶν ὑποκεί-
 σθω προστίμῃ. πῶς τοίνυν δοκεῖ παρανομεῖν, ζήτηι τοῦδε τοῦ βιβλίου τι.
 ε' κε. μ' οὐ ἡ ἀρχὴ Οὐ πάντα τὰ ἐπιτετραμμένα, καὶ κε. μα' οὐ ἡ ἀρχὴ
 Ἐάν τι κατὰ δόλον. Καὶ περὶ δικαιοδοσίας, καὶ τί πράττει ὁ ἔχων δικαιο-
 δοσίαν, καὶ ποῖα λέγονται δικαιοδοσίας καὶ ποῖα τιμωρητικῆς ἐξουσίας.
 Καὶ περὶ τοῦ ἐντελαμένου τινὶ τὴν προσοῦσαν αὐτῷ δικαιοδοσίαν, καὶ εἰ
 συμβῇ τελευτῆσαι τυχόν τὸν ἐντελάμενον. Καὶ περὶ τοῦ φθείραντος τὸ
 προτεθὲν ἢ μέλλον προτίθεσθαι πρόγραμμα καὶ τῆς τούτου ποινῆς τῶν φ'
 νν', καὶ ὅτι ἐπὶ τούτῳ, κὰν γυνή ἐστίν, οὐ συγγινώσκεται, εἰ μὴ ἀπειρός
 ἐστίν ἢ ἀγροῖκος. Πῶς ὁ ἐντελάμενος ἐνέχεται. Καὶ περὶ τοῦ τίσι δικαιο-
 δοτεῖ ἢ μὴ ὁ ἔχων δικαιοδοσίαν. Καὶ περὶ ἀρχόντων καὶ στρατηγῶν, καὶ
 τίνα δύνανται δικαιοδοτεῖν καὶ ἐντέλλεσθαι. Καὶ περὶ τοῦ ὑποκεῖσθαι τῷ
 12' αὐτῷ δικαίῳ τὸν εἰπόντα κατὰ τινος δίκαιον ἢ λεχθῆναι παρασκευάσαντα.
 Καὶ ὅτι ὁ ἀρχὴν τινα ἢ ἐξουσίαν ἔχων, εἴαν τί ποτε καινὸν κατὰ τινος ὀρίσῃ,
 καὶ αὐτὸς ὅτε δῆποτε, τοῦ ἀντιδίκου αὐτοῦ αἰτοῦντος, τῷ αὐτῷ δικαίῳ ὑπό-
 κείται. ζήτηι καὶ κε. κε' οὐ ἡ ἀρχὴ Ἐάν ἀδικόν τι. Καὶ περὶ τοῦ αἰτουμένου
 ἀδικον κατὰ τοῦ ἀντιδίκου αὐτοῦ ἢ τοῦ μὴ χρήσασθαι παραγραφῇ κατὰ

modo vero facere videatur, v. eiusdem lib. 7, tit. 5, c. 15 (§ 1) cuius initium: *Contra legem sententiam fert is qui dolo*. V. et lib. 60, tit. 18 et tit. 36, c. (14), cuius initium: *Iudex sententiam contra constitutiones ferens*, et tit. 39 (c. 1, § 1) quando subicitur legi de sicariis pecuniam ad condemnationem accipiendo, et tit. 43: v. et lib. 51. De eo qui prohibet veritatem quaeri v. lib. 2, tit. 5, c. 15 (16) cuius initium: *Iudex decem librarum poenae subiciatur*. Quomodo autem contra leges facere videatur: v. huius lib., tit. 5, c. 40 (39) cuius initium: *Nōn omnia quae permissa sunt*; et c. 41 (39 § 1) cuius initium: *Si quid dolo*. De iurisdictione: quid facere potest is qui habet iurisdictionem: quae dicuntur esse iurisdictionis et quae puniendi potestatis. De eo qui alicui mandat competentem sibi iurisdictionem. Et si decesserit is qui mandavit. De eo qui corrumpit edictum propositum vel proponendum: de eius poena 500 solidorum. In hoc delicto ne mulieri quidem ignoscitur, nisi imperita sit vel rustica. Quomodo mandator teneatur. De quibus iudicat vel non is qui iurisdictionem habet. De magistratibus et de magistratibus municipalibus. In quibus iurisdictionem habent, quaeve possunt mandare. Qui contra quem ius dixit vel dici curavit, is eodem iure est tractandus. Si is qui imperium potestatemve habet novum quid adversus aliquem decreverit et ipse quandoque, adversario eius petente, eidem iuri subiaci debet. V. et c. 25 cuius initium: *Si quid iniuste*. De eo qui iniusti quid petit adversus adversarium suum. Si contra

¹ om. cod. ²⁻² in marg., ad v. κρίσιν. verba suprema ita se habent in cod.:
 βι. να' ζή. καὶ τι. μγ'.

LIBRI LIV TITULUS XIV

RESTITUTUS

> Τίτλος ιδ'.

- > Περί διαφορών καὶ ἐκτὸς τάξεως διαγνώσεων καὶ ἐὰν ὁ δικαστὴς
> τὴν δίκην τὴν ἰδίαν πεποιηκέναι λέγεται

- B LIV, 14, 1 = D L, 13, 1. > Τοῖς παιδευταῖς μόνον τῶν ἐλευθερίων
> 1 σπουδασμάτων, οἷον ῥήτορι καὶ γραμματικῷ καὶ γεωμέτραις καὶ ἰατροῖς
> 2 3 καὶ ἰατρίναις, καὶ ἐνὸς μέλους ἰατρείαν ἐπίστανται, οὐ μὴν τοῖς
> ἐπικαλοῦσιν ἢ ἐξορκίζουσιν (οὗτοι γὰρ οὐκ εἰσιν ἰατροί, καὶ ὠφελῆθῃν αἱ
10 > τινες ἐξ αὐτῶν διαβεβαιῶνται) περὶ μισθῶν ἐξτραordinariis ἢ ἀρχῶν
> 4 δικαιοδοτεῖ. Οἱ δὲ φιλόσοφοι τοῖς παιδευταῖς οὐ συναριθμοῦνται· τὸ
> μὲν γὰρ πρᾶγμα ἐστὶν ἱερὸν, καταφρονεῖν δὲ χρημάτων ὀφείλουσιν.
> 5 Οὕτε δὲ τοῖς ἐξηγηταῖς τῶν νόμων δικάζει περὶ μισθῶν διὰ τὴν μὴ ὀφείλειν
> τὴν τῷ αὐτῷ σπουδῇ ἀποτιμᾶσθαι χρήμασιν. Ἐν ἀρχῇ δὲ τοὺς μισθοὺς
15 > αὐτῶν δεῖ παρέχεσθαι· εἰσὶ γὰρ τινὰ εὐπρεπῶς διδόμενα, οὐκ εὐπρεπῶς δὲ
> ἀπαιτούμενα.
> 10 Τὰ συνηγορικὰ τῶν συνηγῶν δίδεται πρὸς τὸ μέτρον τῆς δίκης καὶ
> τῆς εὐγλωττίας καὶ τὴν συνήθειαν τοῦ φόρου καὶ τοῦ δικαστηρίου, ὥστε
20 > μέντοι μὴ παρεξίναται τὴν ἐπιτετραμμένον ποσὸν· ἡ δὲ περισσὴν δεῖ ἀνα-
> λαμβάνει.
> 12 Ἐλπίδι τοῦ μέλλοντος κέρδους οὐ δεῖ τῆς δίκης ἡρτημένης συμφωνεῖν
> ἢ λαμβάνειν ἀσφάλειαν τὸν συνηγῶν· μετὰ μέντοι τὸ πέρας τῆς δίκης
25 > δίδεται ἀσφάλεια καὶ συμφωνεῖται ὑπὲρ συνηγορικοῦ καὶ νικητικῷ οὐ

Testimonia:

Rubr. Tip. | ICb | IPd || B LIV, 14, 1 pr. §§ 1—5 Syn. M, XIV, 1 | Att.
XXXIII, 2 | § 10 Syn. Σ, X, 10 | BS 702 I. 33 || § 12 BS 702 I. 36

4 περί κτλ.: Tip. IPd, περί μισθῶν παιδευτῶν, συνηγῶν, ἰατρῶν, φιλοσόφων, ἀντικεν-
«σώρων καὶ περί δικολόγων σύμφωνα ποιῶντα (leg. ποιούντων) μετὰ προσφύγων καὶ
περί διαγνώσεων καὶ εἰ ὁ δικαστὴς ποιήσει κρίσιν ἰδίαν ICb | τάξεως διαγνώσεων: IPd,
τάξεων Tip. | 9 ἐπικαλοῦσιν: Syn., ἐπικαλοῦσιν Att. | 14 ἐν ἀρχῇ κτλ.: Att., om. Syn. |
18 τὰ συνηγορικὰ — ποσόν: haec in brevius contrahunt BS | 20 ὁ δὲ — ἀναλαμ-
βάνει: BS, om. Syn.

> πέντε ἐν' ἑκάστη, δίκαι, τῶν ρ'. νομισμάτων. συναριθμουμένων τοῖς μέ-
 > λωσι δίδωσθαι καὶ τῶν ἰδῶ διαθέσθαι.

B LIV, 14, 6 = D L, 13, 6. > Ὁ δικαστὴς καὶ ἐν ἀγορᾷ πώσῃ κρίσιν
 > ἰδίαν. ἐνέχεται ὥσπερ ἀπὸ πλημμελήματος [κρατεῖσθαι] τῇ ἰνφακτώμῃ
 > ἀγορῇ καὶ εἰς τὴ συνίδου ὁ δικαστὴς κατακρίνεται.

Testimonia:

B LIV, 14, 6 Syn. Δ, NXXIII, 27 | Tip. 1 47

4 κρίσιν: Syn., δίκην ἦτο κρίσιν Tip.