

TOMASZ PALMIRSKI (Kraków)

Iudex qui litem suam fecit. Z problematyki cywilnoprawnej odpowiedzialności sędziego

Problematyka cywilnoprawnej odpowiedzialności sędziego, który spór uczynił swoim, wzbudziła w doktrynie romanistycznej XX wieku stosunkowo szerokie zainteresowanie. Z jednej strony bowiem kontynuowano badania nad oryginalnym znaczeniem wyrażenia *litem suam facere*, z drugiej zaś podejmowano próby połączenia w jedną figurę rozproszonych źródeł literackich i prawniczych, które czyniły jakąkolwiek aluzję do tego tematu.

Niniejszy artykuł stanowi próbę rewizji oraz systematyki poglądów zaprezentowanych dotychczas w tym przedmiocie.

* * * * *

Poszukiwanie początków odpowiedzialności sędziego, *qui litem suam fecit*, jest zadaniem trudnym, a to ze względu na znikomą ilość materiału źródłowego dotyczącego tego zagadnienia w epoce procesu legisakcyjnego.

Podstawowe źródło informacji, czyli ustawa XII tablic, pomijając wiadomość o karze śmierci dla sędziego, który dał się skorumpować¹, wspomina jedynie o przyczynach tłumaczących nieobecność stron lub sędziego podczas procesu, jak *morbus santicus* czy *status dies cum hoste*². W świetle tego przepisu wydaje się wysoce prawdopodobne, iż sędzia, który nie stawił się na wyznaczony dzień procesu, narażał się na odpowiedzialność wobec powoda. Na tej podstawie natomiast można wyciągnąć wniosek, iż czyniąc w ten sposób spór swoim, odpowiadał on w stosunku do niego w granicach odpowiedzial-

¹ Zob. Tab. 9,3, której treść przekazuje nam Aulus Gellius (*Noc. Att.* 20,1,7); zob. też M. i J. Zabłoccy, *Ustawa XII Tablic. Tekst, tłumaczenie, objaśnienia*, Warszawa 2000, s. 64, 65.

² Tab. 2,2: *Morbus santicus ... aut status dies cum hoste ... quid horum fuit unum iudici arbitrove reove, eo dies diffissus esto*; zob. też M. i J. Zabłoccy, op. cit., s. 22, 23.

ności, jaką ponosiłby pozwany, jeśliby został zasądzony. Poza tym przypadkiem nieobecności sędziego w wyznaczonym dniu procesu, nie da się jednak nic więcej powiedzieć na temat przypadków, które powodowałyby odpowiedzialność sędziego *qui litem suam fecit* w epoce procesu legisakcyjnego³, tym bardziej, że ustawa XII tablic nie zawiera jakiegokolwiek wzmianki o sankcjach w przypadku nieusprawiedliwionej nieobecności sędziego podczas procesu. Stąd bezpodstawnym wydaje się przypuszczenie, że wyrażenie *litem suam facere* wywodzi się z prawa decemviralnego⁴.

Wyrażenie *litem suam facere*, które obce było ustawie XII tablic, pojawia się natomiast u Macrobiusa (*Sat.* 3,16,5), żyjącego w IV w. n.e.:

(*C. Titius*) *sic ait ludunt alea studiose, delibuti unguentis, scortis stipati, ubi horae decem sunt, iubent puerum vocari, ut comitium eat percontatum, quid in foro gestum sit, qui suaserint, qui dissuaserint, quot tribus iusserint, quot vetuerint. inde ad comitium vadunt, ne litem suam faciant. dum eunt, nulla est in angiporto amphora quam non impleant, quippe qui vesicam plenam vini habeant. veniunt in comitium, tristes iubent dicere, quorum negotium est narrant, iudex testes poscit, ipse ut minctum. ubi redit, ait se omnia audivisse, tabulas poscit, litteras inspicit: vix prae vino sustinet palpebras...*

Macrobius cytuje fragment mowy C. Titiusa w obronie *lex Fannia* z 161 r. p.n.e., opisującego zachowanie pewnej grupy osób, którym powierzono funkcję sędziów. Zajęte pijaństwem i hazardem osoby te odkładały na ostatnią godzinę przybycie na *comitium*, gdzie odbywały się posiedzenia sądowe. Jednakże są oni pewni, że nie przybyli za późno. *Inde ad comitium vadunt, ne litem suam faciant*. Nie sposób inaczej interpretować tych słów jak tylko tak, iż spieszyli się oni, by dotrzeć na *comitium* w należytych czasie, aby uniknąć odpowiedzialności prawnej z powodu spóźnienia. Jak można wnioskować odpowiedzialność taka powstawałaby w razie braku rozpoznania sprawy bez stosownego usprawiedliwienia, w rezultacie czego powód, który tracił prawo skargi mógł domagać się odszkodowania od nie wypełniającego swych obo-

³ Pomimo tego, iż *litem suam facere* znane jest tylko z regulacji edyktu, to niektórzy autorzy zakładają pierwszeństwo *ius civile* w regulacji odnośnej odpowiedzialności; tak O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, t. II, Leipzig 1901, s. 1349; P.F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, wyd. VIII (opr. F. Senn), Paris 1929, s. 677, przyp. 2; H. Lévy-Bruhl, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris 1960, s. 222; z kolei inny ze zwolenników tezy, jako by archaiczne prawo cywilne przewidywało ten przypadek, E. Lévy (*Privatstrafe und Schadenersatz im klassischen römischen Recht*, Berlin 1915, s. 48 i tam cyt. lit.), nie podaje żadnego powodu swojego przekonania i ogranicza się do stwierdzenia, iż wyrażenia *litem suam facere* nie należy wiązać z działalnością pretora; analogicznie F.L. von Keller, *Der römische Civilprozess und die Aktionen in summarischer Darstellung*, wyd. VI (opr. A. Wach), Leipzig 1883, s. 448.

⁴ Zob. E. Cuq, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, wyd. II, Paris 1928, s. 589; D. Stojčević (*Sur la caractere des quasi-délits en droit romain*, IURA 8(1957), s. 69 i n.) wypowiada się w tym samym duchu, jednakże nie precyzując w żaden sposób typu *legis actio*, który byłby stosowny dla przypadku *litem suam facere*.

wiązków sędziego. Zwrócić natomiast trzeba uwagę na fakt, że takich konsekwencji dla sędziego nie pociąga złe prowadzenie przez niego procesu. Cytowany przez pisarza Titius opisuje sposób prowadzenia sprawy przez pijanego sędziego, który słucha świadków i przegląda dokumenty, chociaż trudno mu utrzymać kontakt z rzeczywistością, a co więcej, jest on nieobecny w chwili dostarczania dowodów. Tego typu zachowanie nie pociąga jednak za sobą odpowiedzialności z tytułu *litem suam facere*. Titius bowiem wyraźnie wspomina o *litem suam facere* jedynie w kontekście nieprzybycia na czas sędziego.

Należy się jednak zastanowić, czy można uznać ów fragment Macrobiusa za wiarygodny dowód. Macrobius stwierdza, iż C. Titius był współczesny Luciliusowi, ale Cyцерon uważa go za współczesnego L. Crassusowi i umieszcza wśród oratorów działających w okresie pomiędzy Grakchami a wojną domową⁵, podczas gdy Fronto wymienia go wraz z C. Grakchusem⁶. Ten spór dotyczący epoki, w której żył ów orator – poeta, usiłował rozstrzygnąć K. Cichorius zakładając, iż mowa Titiusa nie była *suasio* popierającą propozycję Gajusa Fanniusa, ale przemową wygłoszoną kilkadziesiąt lat później przeciwko zniesieniu ustawy⁷. Autor ten jednak nie jest w stanie przytoczyć żadnego konkretnego argumentu, powołując się jedynie na inne przypadki interwencji przeciw zniesieniu analogicznych ustaw, chociaż o tych innych przypadkach jest mowa w źródłach, natomiast nic one nie wspominają o rozważanej kwestii. Z kolei P. Fraccaro⁸ bronił tezy Fronto, która znajdowała poparcie u Th. Mommsena, w jego Historii Rzymu⁹.

Problem ten trudno zdecydowanie rozstrzygnąć, zresztą sam tekst wzbudza pewne wątpliwości. Relacjonuje on część rozmów poświęconych zamiłowaniu starożytnych do wyrafinowania i do luksusu. Interesujący nas fragment został włączony do opowiadania mówiącego o stanowiącej prawdziwy przysmak rybie (*lupus*) złowionej pomiędzy dwoma mostami. Fikcyjny biesiadnik cytuje najpierw Varrona, a następnie C. Tycjusza, w końcu zaś oznajmia, iż ma zamiar przytoczyć słowa tego ostatniego, nie tylko dlatego, że zajmuje się on ową rybą, ale również dlatego, że opisuje zwyczaje starożytnych. Cytowany ustęp jednak nie wspomina już więcej o rybie, mówi natomiast o bogatych próżniakach, którzy mają być między innymi sędziami. Jest to więc temat, który do kontekstu poświęconego rybom nie za bardzo pasuje. Po uwadze o sędziach narrator wraca znowu do ryb i przytacza ironiczną uwagę Luciliusa, który wyłowioną pomiędzy dwoma mostami rybę nazywa *ligur-*

⁵ Cic., *Brut.* 167.

⁶ Fronto, *Ep. ad. M. Caes.* 1,7.

⁷ K. Cichorius, *Untersuchungen zu Lucilius*, Berlin 1908, s. 265 i n.; tak też F. Münzer, s.v. *Titius*, RE VI A, Stuttgart 1937, szp. 1555 i n.

⁸ P. Fraccaro, *Studi sui Gracchi*, Studi storici VI (1913), s. 123 i n.

⁹ Th. Mommsen, *Römische Geschichte*, t. II, wyd. XIII, Berlin 1921, s. 404 i n.

ritor catillo czyli łakomym darmozjadem żywiącym się w łajnie nad brzegami rzeki. Później zacytowane zostają słowa Luciliusa, które jednak nie zawierają tego określenia, ale z jeszcze większą ironią opisują gusta tych, którzy chcą znaleźć na stole wymiona świni lub danie z tłustego ptactwa. O rybie czytamy tylko: *hunc pontes Tiberinus duo inter captus catillo*¹⁰. Trudno uwierzyć, aby pierwotna mowa chaotycznie przeskakiwała z tematu na temat i zamierzając potępić zbytek i nadmierne wyrafinowanie, przeszła ostatecznie na złych sędziów, którzy wydają się oddawać nie tyle wyrafinowanym przyjemnościom stołu, co raczej wielkim pijatykom. Ten fragment nie posiada jednak charakterystycznych cech archaicznej łaciny, a przy tym jest dosyć chaotyczny. Mówi się w nim ogólnie o *comitium*. I chociaż w niektórych źródłach słowo to oznacza miejsce, w którym wymierzano sprawiedliwość, wiele źródeł mówi w tym kontekście o *tribunal*, przy czym jego siedziba należy do kwestii, spornych w nauce¹¹. Obżartuchów i pijanice *comitium* interesuje z wielu innych przyczyn, jak choćby dla czynności, które tam właśnie się odbywają. W końcu przypominają sobie, że są sędziami i wszyscy razem biegną tam, gdzie wymierzana jest sprawiedliwość, jak gdyby razem też mieli sądzić, chociaż *iudex* był tylko jeden. W sumie, tekst budzi zastrzeżenia pod wieloma względami, a jego treść przypomina raczej naśladownictwo surowej krytyki w typie katońskim, piętnującej złe obyczaje z innych epok.

Moim zdaniem, nie wnikając w problem określenia w czasie sytuacji opisanej przez Macrobiusa, należy przyjąć, że odpowiedzialność sędziego za *litem suam facere* istniała już w II w. p.n.e., a więc przed wprowadzeniem w Rzymie procesu formularnego. Trudno sobie bowiem wyobrazić, aby pozostały bez żadnej sankcji przypadki nieobecności sędziego z innych, aniżeli dopuszczone ustawą XII tablic przyczyn, zwłaszcza jeżeli skutek tej nieobecności powód, nie mogący ponownie prowadzić sporu o to samo, ponosił szkodę¹².

Nie rozstrzygnięta natomiast jest kwestia sposobu pociągania do odpowiedzialności sędziego, który spór uczynił swoim. O. Karlowa¹³ przyjmował, że

¹⁰ Przykład ten musiał powracać często w rzymskiej satyrze: *lupus Tiberinus* złowionego pomiędzy *pontes* odnajdujemy u Horatiusa (Horat., *Sat.* 2, 1, 31).

¹¹ Zob. E. Weiss s.v. *Tribunal*, RE VI A, Stuttgart 1937, szp. 2429 oraz cyt. tam lit.: G. Pugliese, *Il processo civile romano II: Il processo formulare*, Milano 1963, s. 161.

¹² Za istnieniem odnośnych przepisów regulujących *litem suam facere* w okresie procesu legisakcyjnego opowiadają się między innymi A. D'Ors, *Litem suam facere*, SDHI 48(1982), s. 379; T. Giménez-Candela, *Los Llamados Quasidelitos*, Madrid 1990, s. 48 i 54; G. McCormack, *The Liability of the Judge in the Republic and Principate*, ANRW II. 14, Berlin-New York 1982, s. 5; przeciwnie F. De Martino, *Litem suam facere*, BIDR 91(1988), s. 7; A. Burdese, *Sulla responsabilità del iudex privatus nel processo formulare. Diritto e processo nella esperienza Romana*. Atti del Seminari Torinese. In memoria di Giuseppe Provera, Napoli 1994, s. 159.

¹³ O. Karlowa, op. cit., s. 1349 i n.; tak też P. F. Girard, op. cit., s. 677, przyp. 2; H. Hübner, *Zur Haftung der iudex qui litem suam fecit*, IURA 5(1954), s. 207; S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, t. II, Florencia 1928, s. 387, przyp. 3; E. Cuq, op. cit., s. 590.

przeciwko sędziemu w takim przypadku występowało z *legis actio per manus iniectioem*. Jego zdaniem zatem egzekucja, która mogła dotyczyć pozwanego spadała na sędziego, który nie wypełnił swojego obowiązku. Koncepcja ta jednak zakłada istnienie jakiejś *manus iniectio pro iudicato*, nie ma bowiem wyroku, który normalnie byłby tytułem egzekucyjnym i upoważniał do prowadzenia egzekucji. Taka konstrukcja odpowiedzialności sędziego stoi jednak w sprzeczności z późniejszym trybem przewidzianym w prawie klasycznym, gdzie nie mówi się o *actio iudicati* (która byłaby odpowiednikiem *legis actio per manus iniectioem*), lecz tworzy się specjalną skargę *in factum* dla tego przypadku. Dopiero uzyskanie zasądzającego wyroku przez powoda dawałoby mu możliwość prowadzenia egzekucji. Z powyższych względów koncepcja O. Karlowy nie wydaje się więc słuszną¹⁴.

Hipoteza o *manus iniectio* nie jest jedyną, jaka została sformułowana w odniesieniu do pochodzenia omawianego przypadku odpowiedzialności, już bowiem M. Voigt myślał o możliwości *translatio iudicii*¹⁵. Jego pogląd dobrze oddaje sens *litem suam facere* i wykazuje zbieżność z koncepcją według której, skutek wniesienia skargi przeciwko sędziemu *qui litem suam fecit*, zajmował on taką samą pozycję jak pozwany w pierwotnie prowadzonym sporze. Niewyjaśnioną pozostaje jednak kwestia, w jaki sposób skarga skierowana pierwotnie przeciwko pozwanemu, kierowała się w wyniku uczynienia sporu swoim przeciwko dopuszczającemu się tego sędziemu. Nie znamy bowiem trybu *translatio iudicii* w epoce procesu legisakcyjnego¹⁶. Z drugiej strony, późniejsze istnienie *actio in factum*, odnoszące się do przypadku *litem suam facere*, zakładałoby rozwiązanie kontynuujące wcześniejszy tryb *translatio iudicii*. Hipoteza M. Voigta posiada zatem słabe punkty, w każdym razie zauważył on trafnie, że istota *litem suam facere* sprowadza się do zajęcia przez sędziego miejsca dotychczasowego pozwanego, z wszystkimi możliwymi konsekwencjami tego faktu.

¹⁴ Być może wprowadzenie specjalnej *actio in factum* poprzedzał system stosowany przeciwko arbitrowi, który podjął się polubownie rozstrzygnąć spór (*receptum arbitri*), a potem tego nie uczynił. Wówczas nie dawano przeciwko niemu skargi lecz stosowano pretorski przymus (*coercitio*), na przykład grzywnę (*multae dictio*) lub zajęcie rzeczy (*pignoris capio*); tak A. D'Ors, op. cit., s. 381.

¹⁵ M. Voigt, *Geschichte und allgemeine juristische Lehrbegriffe der XII Tafeln*, I, Leipzig 1883, s. 554; Posłużył się on dla podtrzymania swej teorii przykładem z tekstu Quintilianusa, który nie był odpowiednim. Faktycznie Quintilianus, *inst.* 3,6,78 (którego cytuje M. Voigt, op. cit., s. 555, przyp. 7) mówi o *trlatio* w retorycznym sensie usprawiedliwienia przestępcy przez przeniesienie sprawy wynikłej z jego postępowania na inną osobę lub rzecz (3,6,79): *non enim actio transferetur sed causa facit*. Tak więc zdanie *deserui tempestatibus, fluminibus, valetudine impeditus*, które cytuje M. Voigt, nie odnosi się do sędziego, ale do żołnierza dezertera, przez co nie ma żadnego związku z *litem suam facere*; pomijając ten feralny przykład intuicja *translatio iudicis* była celna; zob. też D. Stojčević, op. cit., s. 73; P.F. Girard, op. cit., s. 677.

¹⁶ M. Kaser, *Das Römische Zivilprozessrecht*, wyd. II (opr. K. Hackl), München 1996, s. 59, przyp. 49.

W późniejszym okresie natomiast pretor przewidział w edykcie odpowiednią klauzulę w związku z *litem suam facere*. Nie jest łatwo ją odtworzyć, ponieważ źródła zawierają sprzeczne wiadomości na ten temat. Tak więc wypowiedź Ulpiana¹⁷ poświadcza istnienie odpowiedzialności wypływającej z zamiaru popełnienia tego rodzaju czynu, a właściwie zamiaru dokonania *fraus legis*, jak również możliwość wniesienia skargi przeciwko sędziemu, mającej na celu doprowadzenie do *aestimatio rei*. Z kolei inny tekst, pochodzący z *Res cottidianae* Gajusa, przewiduje istnienie skargi *in bonum et aequum*¹⁸, w rezultacie postępowania sędziego nie mającego cech umyślności (*per imprudentiam*). Na tym tle doszło do sporu pomiędzy różnymi autorami, przede wszystkim w odniesieniu do kwestii, czy odpowiedzialność powstawała wskutek działania sędziego *dolo malo*¹⁹ czy też po prostu z nieumyślnego (*culpa*)²⁰. Kontrowersje dotyczyły też rodzaju skargi, a w szczególności odpowiedzi na pytanie czy była tylko jedna *in bonum et aequum*, czy też dwie: jedna udzielana osobie poszkodowanej w przypadku umyślnego działania sędziego i druga w przypadku, gdy zarzucić mu można było jedynie winę nieumyślną (*culpa*)²¹. Usiłowano też odwołać się do ewolucji historycznej, która już w czasach klasycznych, lub też poklasycznych i justyniańskich, miała doprowadzić do odpowiedzialności sędziego również za *culpa*²².

Aby pokusić się o próbę rozwiązania tego problemu, należy zwrócić uwagę na tekst komentarza Ulpiana do edyktu zawarty w D.5,1,15,1 (*Ulpianus libro vicensimo primo ad edictum*)²³:

¹⁷ D.5,1,15,1 cyt. i analizowany niżej na s. 167 i n.

¹⁸ D.50,13,6, D.44,7,5,4 oraz I.4,5 pr. cyt. i analizowane niżej.

¹⁹ Tak przede wszystkim J.M. Kelly, *Roman Litigation*, Oxford 1966, s. 112; Początkowo również P. Birks opierał odpowiedzialność sędziego na *dolus*. Jednakże po odkryciu *lex Irnitana*, doszedł on do wniosku, że sędzia czynił spór swoim także i wtedy, gdy popełniał błędy proceduralne (*A New Argument for a Narrow View of litem suam facere*, TR 52(1984), s. 374); powszechna konkluzja, tak jeżeli chodzi o J.M. Kelly'ego jak i o P. Birksa, jest taka, że skarga przeciwko sędziemu była środkiem zaradczym nieefektywnym, ze względu na trudności jakie wynikały z konieczności udowodnienia mu działania umyślnego (J.M. Kelly, op. cit., s. 117; P. Birks, op. cit., s. 387).

²⁰ L. Wenger, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, München 1925, s. 210; M. Kaser, op. cit., s. 142; V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, wyd. IV, Napoli 1966, s. 378; zob. też G. MacCormack, op. cit., s. 24.

²¹ Pogląd o istnieniu dwóch różnych skarg, wywodzący się z Glosy, utrzymywany jest przez autorów wywodzących się z dawnej doktryny romanistycznej takich jak A. Rudorff (*De iurisdictione edictum – Edicti perpetui quae relicta sunt*, Leipzig 1869, s. 92), O. Karlowa (op. cit., s. 1349 i n.); B. Kübler, *Die Haftung für Verschulden bei kontraktssächlichen und deliktssächlichen Schuldverhältnissen*, ZSS 39(1918), s. 221. Został on jednak słusznie zdyskredytowany przez O. Lenela (*Das Edictum Perpetuum*, wyd. 3, Leipzig 1927, s. 168). Mimo to wciąż jest aktualny u D. Stojčevica (op. cit., s. 70 i n.), który mówi, że niesprawiedliwy wyrok określany był jako działanie *dolo malo*, zaś brak wyroku jako *imprudentia*.

²² Tak S. Perozzi, op. cit., s. 387; A. Berger, *Encyclopaedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia 1953, s.v. *iudex qui litem suam fecit*; H. Hübner, op. cit., s. 202.

²³ Fragment ten pochodzi z księgi 21 *ad edictum* jednak według G. von Beselera (*Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen I*, Tübingen 1910, s. 78) winien być traktowany

Iudex tunc litem suam facere intellegitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit (dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur eius vel gratia vel inimicitia vel etiam sordes), ut veram aestimationem litis praestare cogatur.

Fragmentowi temu, włączonemu przez O. Lenela do tytułu XIV zrekonstruowanego przez niego edyktu (tytułu, który odnosi się do reguł procedury cywilnej – *de iudicis*), nie należy przypisywać charakteru ogólnego na gruncie kompilacji justyniańskiej²⁴, gdyż dotyczy on pewnego jednostkowego przypadku uczynienia sporu własnym przez sędziego, który *dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit*. Tekst ten jest interesujący z tego względu, iż jako jedyny, spośród wielu świadectw literackich, epigraficznych, prawniczych i innych jasno omawia sprawę odpowiedzialności sędziego nie wynikającej z naruszenia przez niego procedury²⁵.

Został on poddany ostrej krytyce przez A. D’Orsa²⁶, który uważał go za nieautentyczny ze względu na sprzeczność z innym tekstem Ulpiana, przytoczonym w Pap. Ant. I,22 oraz z fragmentem zachowanym w *Res cottidianae* Gajusa, w których nie mówi się o *dolus malus*, ale o obiektywnej odpowiedzialności sędziego za złamanie reguł procesowych (brak *diffisio*, wyroku) bądź o jego *imprudencia*.

Z poglądem A. D’Orsa nie można się jednak zgodzić. Wydaje się bowiem, iż przypadek, który Ulpian potraktował jako *litem suam facere* może być traktowany wyłącznie jako jeden z wielu przypadków rodzących cywilnoprawną odpowiedzialność sędziego²⁷. Tak więc nie wydaje się słusznym twierdzenie, iż przez *litem suam facere* Ulpian rozumiał jedynie sytuację, w której można było sędziemu zarzucić *dolus* (winę umyślną). Zresztą trudno jest sobie wyobrazić aby *fraus legis* miała miejsce bez *dolus*. Stąd niektórzy badacze przyjmują, iż cały nawias (*dolo malo ... sordes*) jest dodany i odnosi się bardziej do *dolus* niż do *fraus legis*²⁸.

jako pochodzący z księgi 23 *ad edictum*; tak też F. Lamberti, *Riflessioni in tema di litem suam facere*, LABEO 36(1990), s. 224. W księdze 21 Ulpian mówił o *adpromissores* co świadczyć by mogło, że chodzi o przypadek *fraus* ustaw dotyczących instytucji poręki. Tak też to pojmuje B. Kübler (op. cit., s. 221) oraz A. Burdese (op. cit., s. 176, 177); zob. też E. Levy, op. cit., s. 49; P. Birks, op. cit., s. 386.

²⁴ Zob. A. Burdese, op. cit., s. 176.

²⁵ O ile nie chce się założyć, jak to ostatnio uczyniła, jednak bez konkretnych dowodów, T. Giménez-Candela (op. cit., s. 49), że tekst odnosił się pierwotnie do pewnego przypadku *fraus* przeciwko *lex Iulia iudiciorum privatorum*, a zatem również do uchybień proceduralnych.

²⁶ Zob. A. D’Ors, op. cit., s. 377 i n.

²⁷ Wskazywać by na to mogło użycie *tunc*, które w kontekście zasygnalizowanego w *principium* D.5,1,15 przypadku *litem suam facere*, należało by tłumaczyć jako „także”, „ponadto”; zob. J. Söndel, *Słownik łacińsko-polski dla prawników i historyków*, Kraków 1997, s.v. *tunc*.

²⁸ Zob. D.1,3,29–30.

Nie można też wysuwać tezy o nieautentyczności powyższego fragmentu tylko dlatego, że w innych tekstach (w tym także w zawierającym opinię Ulpiana Pap. Ant. I,22) nie wspomina się o *dolus* jako podstawie odpowiedzialności, albowiem Ulpian w analizowanym fragmencie komentarza do edyktu nie mówi o złamaniu *dolo malo* jakiegokolwiek prawa przez sędziego, a tylko konkretnych ustaw²⁹. Takie przyjęcie rozumienia terminu *lex* użytego przez jurystę wydaje się słuszne dlatego, że prawo może czasami odnosić się do tekstów, które nie są właściwymi *leges*.

W sumie nie negując występowania w tym fragmencie pewnych glos, należy wypowiedzieć się przeciw ich przyjmowaniu w pierwszej części tekstu³⁰. Nie można też przejść do porządku dziennego nad opinią V. Arangio-Ruiza, że sformułowanie *dolo malo in fraudem legis* jest tak technicznie perfekcyjne, iż sprawia wrażenie przepisane wprost z edyktu³¹. W podobnym duchu wypowiada się także A. Guarino, który przypuszcza, że finał tego zdania może być klasyczny³².

Dużo uwagi cytowanemu tekstowi Ulpiana poświęcił G. Rotondi³³, który analizując fragmenty Digestów, zawierające wzmiankę o *fraus legis* zauważył między innymi, że brakuje tego typu wyrażen w konstytucjach justyniańskich. Oparłszy się na tym, G. Rotondi stwierdził, że motyw *fraus legis* był szczególnie drogi kompilatorom, dochodząc w ten sposób do konkluzji, że w odniesieniu do tej kwestii pozostali oni całkowicie pasywni.

Wypada tu raz jeszcze przywołać opinię O. Lenela, który jakkolwiek utrzymując, że druga część omawianego tekstu została interpolowana (*dolo malo autem... sordes*), bronił go jednak przed atakiem tych, którzy odmawiali mu jakiegokolwiek znaczenia w kwestii *litem suam facere*³⁴.

A. Burdese³⁵ z kolei twierdzi, że pierwotnie tekst zawierał istotnie nie tyle ogólną definicję zachowania sędziego, kwalifikującego się jako *litem su-*

²⁹ *Nota bene* A. D'Orsowi (op. cit., s. 378) samo wyrażenie *lex* wydaje się zaskakujące ponieważ, jak twierdzi, zanim nie ustalimy o czym mówi konkretne prawo, odniesienie do jakiegoś porządku jurydycznego wydaje się podejrzane; G. von Beseler, (op. cit., s. 78), aby uratować resztę tekstu zakładał że został on przekształcony (zniszczony) niejako mechanicznie *litigatoris => litigis => legis*, co jednak wydaje się przesadne i wręcz niemożliwe.

³⁰ Co ciekawe I. Cremades i J. Paricio (*La responsabilidad del juez en el derecho romano clásico. Actio adversus iudicem qui litem suam fecit*, AHDE 54(1984), s. 203), których poglądy są bardzo zbliżone do tych prezentowanych przez A. D'Orsa, nie podzielają opinii tego ostatniego o nieautentyczności tekstu Ulpiana, jeżeli chodzi o początkowy jego fragment (*iudex... sententiam dixerit*).

³¹ V. Arangio-Ruiz, op. cit., s. 378.

³² A. Guarino, *Actiones in aequum conceptae*, LABEO 8(1962), s.14.

³³ G. Rotondi, *Gli atti in frode alla legge nella dottrina romana e nella sua evoluzione posteriore*, Torino 1911, (przedr. Roma 1971), s. 32.

³⁴ O. Lenel, op. cit., s. 168.

³⁵ A. Burdese, op. cit., s. 176.

am facere, lecz raczej odnosił się do przypadku *fraus* konkretnej ustawy³⁶. Moim zdaniem, nawiązując również do przypadków *litem suam facere*, zakładanych przez Gajusa, a polegających na nietrzymaniu się przez sędziego granic zasądzenia określonych w *condemnatio* lub *taxatio* formuły procesowej³⁷, Ulpian, gdy mówił o *fraus legis*, miał na myśli brak poszanowania ostatecznej granicy określonej przez *lex Cornelia* dla odpowiedzialności *sponsora* lub *fidepromissora*, a określonej na dwadzieścia tysięcy sestercji³⁸.

Analogiczną sytuację można by również stwierdzić w przypadku niezachowania tak zwanego *beneficium competentiae* wprowadzonego przez re-skrypt Antonina Piusa na korzyść darczyńcy w granicach *quantum facere potest*, dla którego Paulus w D.42,1,41,2 potwierdzał automatyczne zmniejszenie zasądzenia do takiej sumy. Słusznie G. Pugliese dostrzegł w tym precedens zasady nieważności wyroków ogłoszonych *contra constitutiones* (lub *contra leges aut sacras constitutiones* według D.42,1,27,1 Modestynusa i rozszerzonej na *senatusconsulta* według D.49,1,19 tegoż jurysty)³⁹. Wydawałoby się zatem, iż w epoce Sewerów wyżej wspomniana zasada⁴⁰, potwierdzona w przeważającym, jeśli nie całkowitym odniesieniu do wyroków wydanych w *cognitio extra ordinem* i następnie rozszerzonym na jakikolwiek wyrok sprzeczny z prawem utrwalonym i uważanym za nie mogące być uchylone, zaczęła torować sobie drogę właśnie w związku z procesem formularnym. Jednakże sam mechanizm był inny, albowiem w przypadku nieposzanowania

³⁶ Niektórzy z badaczy tłumaczyli termin *fraudem legis* poprzez odniesienie go do określonych ustaw. A. Rudorff (op. cit., s. 92) oraz O. Lenel (op. cit., s. 217), chociaż niecałkiem zgodni, przypuszczali, iż klauzula dotyczyła ustaw, regulujących instytucję poręki, jak *lex Furia* lub *Cornelia*. Hipoteza ta opiera się na *inscriptio* tekstu Ulpiana, z której wynika, iż komentarz Ulpiana do edyktu pochodzi z książki 21, gdzie omawiane były *lex Cicereia* i *lex Cornelia*. We wcześniejszej księdze 20 Ulpian komentował natomiast przepisy dotyczące *lex Furia*. Według F. De Martino (op. cit., s. 9), Ulpian być może użył tego określenia pod wpływem analizy problemów związanych z poręką, co nie przekreśla jednak faktu, iż o zamiar popełnienia *fraus* mogło chodzić również i w innych przypadkach, jak to zresztą wynika z *lex Irnitana*, i jak to sugeruje sama logika. Twierdzi on, iż lepiej założyć, że wzmianka o zamiarze obejścia prawa ma charakter bardziej ogólny i że należy ją wiązać z innymi przypadkami, w których miało miejsce zamierzone przekroczenie prawa. Według niego klauzula edyktu brzmiała: *si iudex dolo malo aut in fraudem legis in aliquem sententiam dixerit, actionem dabo* co stanowiłoby pewną analogię do brzmienia edyktu *de pactis et conventionibus* (zob. O. Lenel, op. cit., s. 65); Taką rekonstrukcję klauzuli edyktu poddał krytyce A. Burdese (op. cit., s. 181, 182).

³⁷ Zob. niżej. s. 180 i n.

³⁸ G.3,124: *sed beneficium legis Corneliae omnibus commune est. qua lege idem pro eodem apud eundem eodem anno vetatur in amplioem summam obligari creditae pecuniae quam in viginti milia, et quamvis sponsores vel fidepromissores in amplam pecuniam, velut si sestertium centum milia se obligaverit, tamen dumtaxat in viginti milia tenentur...*

³⁹ Zob. G. Pugliese, *Note sull'ingiustizia della sentenza nel diritto romano*, Studi Betti III, Milano 1962, s. 775, przyp.77.

⁴⁰ Zob. G. Pugliese, op. cit., s. 773; idem, *Giudicato civile (storia)*, Enciclopedia del diritto, XVIII, Milano 1969, s. 747, przyp. 80; M. Kaser, op. cit., s. 497 przyp. 30 i cyt. tam lit.

granic ustalonych przez wspomniany przez Paulusa reskrypt cesarski dochodziło do automatycznego obniżenia roszczeń w *actio iudicati*. Natomiast w przypadku przekroczenia granicy ustalonej przez *lex Cornelia*, Ulpian ograniczał się do uznania nieważności wyroku, a zatem istotnych elementów *litem suam facere* (brak ważnego wyroku) na podstawie popełnienia *fraus legis* przez sędziego⁴¹.

W takim znaczeniu o zamiarze (*dolus*) popełnienia *fraus* wspomina, moim zdaniem, Ulpian, traktując go jako element subiektywny postępowania sędziego⁴². Ale zamierzone mogłoby być także postępowanie sędziego bezpośrednio *contra legem*, kiedy obszedłby on celowo limit ustawodawczy zasądzenia, pomimo oceny, jakiej dokonał wcześniej co do istnienia przesłanek dotyczących możliwości zastosowania *taxatio* związanej *ex lege* z sumą odpowiedzialności. *Dolo agere in fraudem legis* wskazywałoby więc na konieczność istnienia takiej okoliczności, kiedy sędzia postanowił albo nie zastosować prawa, albo je obejść, zamiast je tylko błędnie nie zastosować w danym przypadku, pod warunkiem, że uważa się, za większą częścią doktryny, za głosę zdanie wtrącone *dolo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur eius gratia vel inimicitia etiam sordes*. Niewłaściwego zachowania sędziego nie dałoby się zatem stwierdzić od razu, ponieważ potrzeba by było czasu na określenie jego istotnych elementów. To samo jednak miało miejsce w przypadku rozpatrywanym przez Gajusa, a polegającym na nieprzestrzeganiu przez sędziego limitów *taxatio* określonej w formule procesowej, w którym to przypadku byłoby również trudno wyznaczyć granicę pomiędzy wyrokiem nieważnym z powodu naruszenia reguł proceduralnych a wyrokiem po prostu niesprawiedliwym, lecz mimo to zawsze ważnym⁴³.

Jak już wspomniałem, o odpowiedzialności sędziego, niezależnej od jego winy świadczą *Res cottidianae* Gajusa, w tekście dwukrotnie przytaczanym w *Digestach* i umieszczonym również w *Instytucjach* justyniańskich⁴⁴:

D.44,7,5,4 (*Gaius libro tertio aureorum*): *Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur, sed quia neque ex contractu obligatus est utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri.*

⁴¹ Po stwierdzeniu istnienia już od późnej epoki klasycznej, możliwości odwołania się do cesarza w *cognitio extra ordinem*, także od niesprawiedliwego wyroku *iudex privatus*, który nie zostałby uznany za nieważny, należałoby postawić sobie także pytanie co do stosunku zachodzącego między apelacją a odpowiedzialnością cywilną sędziego; zob. G. Mac Cormack, op. cit., s. 22 i n.

⁴² Już G.A. Palazzo (*Obbligazioni quasi ex delicto*, Parma 1919. s. 55) wskazywał że Ulpian w tym tekście, próbował bardziej uwypuklić *fraus legis* sędziego niż *dolus*; podobnie O. Lenel (op. cit., s. 168) przemilczał ten nawias (*dolo malo... sordes*).

⁴³ Zob. L. Raggi, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano*, I, Milano 1961, s. 88.

⁴⁴ Na temat różnic pomiędzy tymi tekstami zob. E. Levy, op. cit., s. 50, przyp. 10; B. Kübler, op. cit., s. 221, przyp. 2.

D.50,13,6 *Gaius libro tertio rerum cottidianarum sive aureorum: Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur: sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri in factum actione, et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis visum fuerit, poenam sustinebit.*

I.4.5 pr.: *Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur. Sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam: ideo videtur quasi ex maleficio teneri, et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis videbitur, poenam sustinebit.*

Według A. D'Orsa kompilatorowie dokonali tylko zmian w części końcowej tekstu, w związku z czym należy uznać, iż odzwierciedla on poglądy autentyczne Gajusa jako autora *Res cottidianae*⁴⁵. Tekst ten jest interesujący zarówno w odniesieniu do kategorii *quasi*-deliktów jak i w kwestii *condemnatio* skargi przewidzianej przez edykt. W tym momencie interesować nas będzie jednak jego odniesienie do *imprudencia*.

Imprudencia nie jest terminem techniczno-prawnym i dlatego może pojawiać się w różnych znaczeniach. W podstawowym znaczeniu jednak oznacza po prostu brak *prudentia*. *Prudentia* pomaga odróżnić postępowanie stosowne od niestosownego; *imprudencia* może oznaczać także brak rozpoznania, wiedzy, i niekoniecznie brak staranności czy winy. Jest to więc kwestia zależna od rozumu, umiejętności, a nie woli. *Imprudencia* sędziego nie musi więc koniecznie mieć coś wspólnego z jego winą. Wystarczy, iż wynika z jego ignorancji⁴⁶. Jest prawdą, że Gajus dla uzasadnienia zaliczenia owego *factum* (*iudex qui litem suam fecit*) do zobowiązań *quasi ex maleficio* mówi *utique peccasse aliquid intellegitur*, chociaż *peccare*, *peccatum* może odnosić się często do deliktu i jest terminem wystarczająco niejasnym, żeby go rozumieć jako jakikolwiek rodzaj przewinienia, chociażby nie byłoby ono uczynione *dolo malo* ani *culpa*. Prawdopodobnie *peccatum* wywodzi się ety-

⁴⁵ A. D'Ors, op. cit., s. 388; zob. też E. Albertario, *Ancora sulle fonti dell'obbligazione romana*, Scritti di diritto romano III, Milano 1936, s. 135, przyp. 1–5; V. Arangio-Ruiz, op. cit., s. 378; J. M. Kelly, op. cit., s. 110. Na temat autorstwa *Res cottidianae* zob. między innymi V. Arangio-Ruiz, *Ancora sulle Res cottidianae. Studi di giurisprudenza postclassica*, Scritti di diritto romano II, Napoli 1974, s. 143 i 219; S. Di Marzo, *I libri rerum cottidianarum sive aureorum*, BIDR 51–52(1948), s. 1 i n.; W. Wołodkiewicz, *Obligaciones ex variis causarum figuris. Studia nad źródłami zobowiązań w rzymskim prawie klasycznym*, Warszawa 1968, s. 11 i n., s. 44.

⁴⁶ Tak na przykład Cic., in *Verr. II* 2.23.57: *saepe per imprudentiam fit* lub kiedy sędzia błędnie przyjmie ewikcję kupca D.21,2,51 pr. *Ulpianus libro octogesimon ad edictum: Si per imprudentiam iudicis aut errorem emptor rei victus est... imprudentia iudicis*, czy też gdy magistratus kontynuuje błąd swojego *adseorsores* D.2,2,2 *Paulus libro tertio ad edictum: ...nam si adseorsoris imprudentia ius aliter dictum sit quam oportuit...*

mologicznie od *pes* (stopa). *Peccatum* jest więc krokiem w błąd, który to krok musi być krokiem bezwiednym i niezawinionym⁴⁷.

Zatem choć przyjąć można, że to odniesienie do *imprudencia* pochodziło od Gajusa, to jednak trzeba zauważyć, że nie zakłada ono *neglegentia culposa* sędziego przy niewydaniu wyroku⁴⁸.

Mając na względzie powyższe uwagi dotyczące podstawowych dla rekonstrukcji edyktu *si iudex litem suam fecerit* tekstów autorstwa Ulpiana i Gajusa, należy stwierdzić, iż jest ona dosyć utrudniona.

O. Lenel⁴⁹ nie podaje klauzuli edyktu, ale ogranicza się do stwierdzenia, iż pretor pozostawił praktyce prawnej oraz jursprudencji określenie stopnia odpowiedzialności sędziego. Co się tyczy formuły skargi przeciwko sędziemu *qui litem suam fecit*, to za pewną uważa on *condemnatio: quantum ob eam rem aequum videbitur Nm Nm Ao Ao condemnari tantam pecuniam...*⁵⁰.

Niektórzy autorzy zakładają w tak zrekonstruowanym *condemnatio* odniesienie do *vera aestimatio*, o której wspomina D.51,15,1⁵¹. Moim zdaniem nie ma tutaj mowy o *vera aestimatio* ani o *quod aequum* z tekstu Gajusa⁵², lecz o tym samym, na co musiałby zostać zasądzony pozwany w wyniku procesu udaremnionego przez sędziego, który uczynił spór swoim. Słuszna jest więc opinia A. D'Orsa, który uważa, że *condemnatio* formuły mogła odnosić się do kwoty, jaką miał zapłacić pozwany i powinna brzmieć mniej więcej tak: *in quantum Lucius Titius condemnari debuisset, tantam pecuniam...*⁵³.

Jeśli chodzi o brzmienie *intentio*, to O. Lenel zaznacza, iż brak jest punktów zaczepienia w źródłach i, nie kryjąc swych wątpliwości, sugeruje tylko: *s.p. Nm Nm litem, quam inter AmAm et Lucium Titium iudicare iussus erat, suam fecisse*⁵⁴.

Kolejne problemy pojawiają się w przypadku, gdy w *factum* jakim było uczynienie sporu swoim, brał udział *filius familias*:

D.5,1,15 pr. *Ulpianus libro vicensimo primo ad edictum: Filius familias iudex si litem suam faciat, in tantam quantitatem tenetur, quae tunc in peculio fuit, cum sententiam dicebat.*

⁴⁷ A. D'Ors, op. cit., s. 388.

⁴⁸ O. Lenel, op. cit., s. 169.

⁴⁹ O. Lenel, op. cit., s. 168.

⁵⁰ O. Lenel, op. cit., s. 169; por. D.47,12,3 *Ulpianus libro vicensimo quinto ad edictum praetoris: Praetor ait: „Cuius dolo malo sepulchrum violatum esse dicetur, in eum in factum iudicium dabo, ut ei, ad quem pertineat, quanti ob eam rem aequum videbitur, condemnetur.;* zob. też O. Lenel, op. cit., s. 229.

⁵¹ Tak O. Lenel, op. cit., s. 169, F. De Zulueta, *The Institutes of Gaius* 2, London 1952, s. 263; P.F. Girard, op. cit., s. 676 i przyp. 8; D. Stojčević, op. cit., s. 73 przyp. 36; W.A. Gordon, *The Roman Class of quasi-delicts*, Estudios de derecho Romano, Homenaje al Profesor Don Carlos Sánchez del Rio y Peguero, Zaragoza 1967, s. 305.

⁵² Zob. D.50,13,6 cyt. na s. *

⁵³ A. D'Ors, op. cit., s. 391

⁵⁴ O. Lenel, op. cit., s. 169.

Większość autorów zajmujących się cytowanym tekstem przypisuje synowi rodziny rolę sędziego w sporze⁵⁵. Takie założenie jednakże zakłada przyjęcie daleko idących interpolacji w cytowanym wyżej tekście, a to dlatego, iż bezpośrednio pociągnięcie do odpowiedzialności *filius familias iudex*, tak jak to sugeruje tekst Instytucji justyniańskich było dopiero możliwe w IV w. n.e.⁵⁶. Tak więc komentujący edykt Ulpian, który żył na przełomie II i III w. n.e., w żadnym przypadku nie mógł stwierdzić, że jeśli sędzia będący synem rodziny, uczyni spór swoim, to wówczas będzie on osobiście odpowiedzialny do granic posiadanego *peculium*. Co więcej, z charakteru odpowiedzialności *patris familias* za zobowiązania podległych jego władzy osób wynika, że to właśnie od ojca rodziny w *condemnatio* formuły procesowej zasądza się stosowną kwotę, która, na przykład w skardze *de peculio*, równa się wysokości *peculium* jakim dysponował *filius familias*-dłużnik w chwili zasądzenia. Zatem to ojciec zostaje obciążony proporcjonalnie do wysokości *peculium*, a nie *filius familias* jak to zdawałoby się sugerować analizowany tekst. Szukając rozwiązania powyższego problemu, autorzy przypisujący *filius familias* rolę sędziego w sporze, który następnie uczynił on swoim, sugerują odpowiedzialność *de peculio* bezpośrednio samego *pater familias*. Takie rozwiązanie nie wydaje się możliwe do przyjęcia, albowiem po pierwsze – o czym wspomniałem wyżej – zakładałoby ono daleko idącą interpolację tekstu, po wtóre zaś tak zwane *actiones adiecticiae qualitatis*, do których zaliczała się między innymi *actio de peculio*, były jedynie odmianą zwykłych skarg z umów (kontraktów) i ze zdarzeń podobnych do umów (*quasi*-kontraktów), czym na pewno nie było zobowiązanie syna rodziny wynikające z uczynienia sporu swoim (*litem suam facere*).

Moim zdaniem rację miał R. J. Pothier, który zamieniwszy mianownik *filius familias* na dopełniacz *filius familias*, przypisywał synowi rodziny rolę pozwanego⁵⁷. Stosownie więc do reguł zawartych w edykcie, *iudex qui litem suam fecit* zostałby zasądzony na kwotę odpowiadającą wysokości *peculium* pozwanego *filius familias* czyli na kwotę jaką winien był zapłacić powodo-

⁵⁵ A. D'Ors, op. cit., s. 381 i n.; T. Giménez-Candela, op. cit., s. 55 i n.; B. Biondi, *Actiones noxales*, Annali Palermo X, 1925, s. 63, przyp. 8; E. Valiño, *Las acciones adiecticiae qualitatis y sus relaciones basicas en Derecho Romano*, AHDE 38(1968), s. 463. Inni autorzy, zajmujący się problematyką *litem suam facere*, tacy jak F. De Martino, A. Burdese, F. Lamberti, D. Stojčević, J.M. Kelly, G. MacCormack, nie analizują w ogóle cytowanego wyżej tekstu.

⁵⁶ Zob. W. Litemski, *Rzymskie prawo prywatne*, Warszawa 1990, s. 317; zob. też I.4.8.7. To, że w takim przypadku niemożliwa była *actio noxalis* przeciwko samemu ojcu jest oczywiste. Tak A. D'Ors, op. cit., s. 381; T. Giménez-Candela, op. cit., s. 56; zob. też D.9.4 *De noxalibus actionibus*, które przedstawia szeroką kazuistykę odpowiedzialności noksalnej, a w którym brak jest jakiegokolwiek wzmianki na temat przypadku *filius familias iudex*. Do powyższego problemu nie znajdujemy odniesienia także i w innych źródłach.

⁵⁷ R.J. Pothier, *Pandectae Iustinianae in novum ordinem digestum*, I, Paris 1748 (przedruk Venezia 1883), s. 487; Zob. też Th. Mommsen ad. D.5.1.15 pr.

wi *pater familias*, zasądzony wskutek wniesienia *actio de peculio*, gdyby zamiast syna to on był pozwanym.

Takie rozwiązanie wydaje mi się słuszne nie tylko dlatego, iż zakłada prawie całkowitą klasycyzm analizowanego fragmentu komentarza *ad edictum* Ulpiana, lecz przede wszystkim dlatego, że w przyjętej przeze mnie, za R.J. Pothier'em, roli syna rodziny w sporze, tekst traktuje o większej ilości przypadków. Twierdzą bowiem, iż przypadki, gdy sędzią był *filius familias* należały do rzadkości⁵⁸. Na pewno zaś były o wiele mniej liczne niż te, w których *filius familias* pociągany był do odpowiedzialności z tytułu zaciągniętych przez siebie zobowiązań. Toteż te ostatnie, a nie te, w których *filius familias* występuje jako sędzia, wymagały zwrócenia nań uwagi komentujących edykt jurystów.

Równie złożona jest kwestia braku legitymacji biernej spadkobierców sędziego, który spór uczynił swoim. Temat ten był przedmiotem kontrowersji pomiędzy jurystami. Julian opowiadał się za przechodnością skargi. Ulpian i inni juryści wyrażali opinię przeciwną:

D.5,1,16 *Ulpianus libro quinto ad edictum: Iulianus autem in heredem iudicis, qui litem suam fecit, putat actionem competere: quae sententia vera non est et a multis nonata est*⁵⁹.

Fragmenta Argenteratensia II b (FIRA II, s. 311): *quamvis Iulianus in heredem magistratus non putaverit tribuendam actionem, cum idem heredem iudicis, qui litem suam fecisset, teneri existimaverit. Sed utrumque contra est, cum heres magistratus teneatur et iudicis non teneatur.*

Według cytowanych Fragmenta Argenteratensia II b, Julian mówił, że skarga subsydiarna przysługująca pupilowi przeciwko urzędnikom municypalnym, którzy nie wypełnili obowiązku *cautio rem pupilli salvum fore*, nie przechodziła na spadkobierców *magistratus*. Dziedziczną była natomiast ta, którą wnosi się przeciwko *iudex qui litem suam fecit*. Według Ulpiana było na odwrót, to znaczy skarga była udzielana przeciwko spadkobiercom w pierwszym przypadku, a była niedziedziczna w drugim.

⁵⁸ *Iudex* był wybierany zazwyczaj z listy sędziów (ewentualnie spoza listy, o ile godziły się na to obydwie strony sporu). Pierwotnie sędziami byli tylko senatorowie, później (ostatecznie od *lex Aurelia* z 70 r. p.n.e.) sędziowie rekrutowali się w połowie z senatorów i *equites*. Prócz tego, by móc sprawować urząd sędziego należało mieć ukończone 30 a od Augusta 25 lat i posiadać odpowiedni cenzus majątkowy (zob. W. Litewski, op. cit., s. 400, 401; M. Kaser, op. cit., s. 193 i n.) Według Quintilianusa (*inst.* 4,2,45) sędziowie miasta Rzymu, w większości ekwici, byli właścicielami majątków ziemskich. Stąd jest mało prawdopodobne, by przy takiej organizacji sądownictwa i wymogach jakie stawiane były osobom należącym do *ordo senatorius* i *ordo equester*, funkcję sędziego mógł sprawować *filius familias*, chyba że byłaby to osoba spoza listy sędziów, na którą zgodziły się obydwie prowadzące spór strony. Zob. także G. Alföldy, *Historia społeczna starożytnego Rzymu*, Kantor Wydawniczy SAWW 1991, s. 158 i n.

⁵⁹ Zob. też C.St. Tomulescu, *Les origines de la procédure formulaire*, IURA 20(1973), s. 88. Autor proponuje dodanie w D.5,1,16 *non* przed *competere* co jednak nie rozwiązuje do końca problemu, gdyż wówczas obydwa wyżej cytowane teksty stałyby wobec siebie w sprzeczności.

Analogia pomiędzy tymi dwoma skargami jest oczywista – chociaż na sądzie nie ciąży oficjalny obowiązek tak, jak na urzędniku – ponieważ w obydwóch przypadkach mówi się o nagannym niedopatrzeniu⁶⁰. Ta analogia sprawia, że niejasna jest różnica w odniesieniu do problemu dziedziczności skarg, którą się obserwuje chociaż w sensie odwrotnym, tak u Juliana jak i u Ulpiana. Według komentującego edykt Ulpiana opinia Juliana była *a multis notata*, co pozwala domniemywać, że opinia ta była pojedyncza i bardziej powszechną była ta, głoszona przez pierwszego z jurystów, wedle której nie udzielano skargi przeciwko spadkobiercom sędziego, co było natomiast dopuszczalne w przypadku spadkobierców *magistratus*. Wydaje się mało prawdopodobne, że Julian sformułował swoją opinię wyrażoną we Fragmenta Argenteratensia II b w oparciu o skargę wprowadzoną przez niego do kodyfikowanego przezeń edyktu pretorskiego, gdyż wtedy jego opinia musiałaby przeważać i byłaby dyskutowana⁶¹. Tak więc można przypuszczać, że opinia Juliana była wyrażona przed kodyfikacją edyktu i że on sam wobec jej krytyki wycofał się ze swojego stanowiska⁶².

Wyjaśnienie powyższej kontrowersji zawsze opierało się na domysłach. Jediną pewną kwestią jest to, że niedziedziczność skargi przeciwko sędziemu zwyciężyła⁶³.

Resumując powyższe rozważania na temat klauzuli edyktu *si iudex litem suam fecerit*, wydaje się, iż pretor pozostawił jurysprudencji ustalenie przypadków odpowiedzialności sędziego, ograniczając się jedynie do przedstawienia w sposób ogólny pojęcia *litem suam facere* (*si iudex qui litem suam fecit*) bez wymieniaania w edykcie konkretnych przypadków, jak zaniechanie wydania wyroku, niedotrzymanie terminów rozprawy, nieobecność podczas rozprawy, niezgodność wyroku z *certa pecunia* wskazaną w *condemnatio* formuły procesowej i tym podobne⁶⁴. Tych przypadków odpowiedzialności sędziego należy więc szukać w innych źródłach.

⁶⁰ Przeciwnie B. Kübler, (op. cit., s. 213) i H. Hübner (op. cit., s. 200 i przyp. 2). Jednakże nie można zanegować analogii – patrząc z punktu widzenia odpowiedzialności, która im przypada w obowiązku – pomiędzy nie wydającym wyroku sędzią a *magistratus*, który nie odebrał *cautio* od opiekuna. W obu przypadkach bowiem dopuścili się oni nagannego niedopatrzenia.

⁶¹ A. D'ors, op. cit., s. 384.

⁶² Przeciwnie I. Cremades i J. Paricio, op. cit., s. 198; Nie wydaje się przekonujące tłumaczenie D. Stojčevića (op. cit., s. 70 przyp. 31), iż opinia Juliana była opinią prawa klasycznego, ale została opuszczona w komentarzach *ad edictum* przez jego krytyków. Natomiast wykluczenie charakteru penalnego skargi przeciwko sędziemu, przez D. Stojčevića, wydaje się w pełni uzasadnionym.

⁶³ Spadkobiercę pozwanego można traktować jako legitymowanego biernie w skardze *in factum* jedynie wtedy gdy *factum*, na którym opiera się owo powództwo, odnosi się również do niego, jak to się zdarza w skargach o *reddere* (na przykład przy depozycie czy użyczeniu). Natomiast błędy proceduralne zarzucane sędziemu, który nie wydał wyroku, nie były powiązane w żaden sposób z jego spadkobiercą, który przecież nie miał nigdy obowiązku sądenia.

⁶⁴ Przeciwnie F. De Martino, op. cit., s. 8.

Tekstem poświadczającym możliwość pociągnięcia sędziego do odpowiedzialności za pomocą *actio litem suam facere* jest papirus z Antinoopolis⁶⁵, który słusznie uważa się za część księgi 12 komentarza Ulpiana do edyktu *quod falso tutore auctore* (D.27,6)⁶⁶:

Pap. Ant. I,22: (10) *rit pup(illus) sine [s]uo [tutor]e, obsta- / bit exc (eptio), aut restitutoriu(m) / iud(iciu)m dabitur. Qu(od) si, sciens eu(m) / pup(illum), e(ger)it s(ine) t(utore) a(uctore), / repel<l>et(ur) iure / praetorio. Item Pomp(oni)us scr(ibat), (15) si fal- / t(utore) a(uctore) m(ale) fuerit diffis<s>us / dies, ed(ictu)m qu(i)d(em) cessare, et iudi- / cem, q(ui)a neq(ue) diffidit neq(ue) / s(ententi)am dixit, litem suam fe- / [cisse videri].*

Najbardziej prawdopodobny sens czterech pierwszych linijek (lin. 10–14) wydaje się być następujący: jurysta (niekoniecznie chodzi tu o Ulpiana, także bowiem Paulus był autorem komentarza do edyktu *quod falso tutore*⁶⁷) zajmuje się przypadkiem, w którym pupil występuje w sądzie bez zgody swojego opiekuna⁶⁸. Bierze się tutaj pod uwagę dwie hipotezy: po pierwsze ten, który pozwał pupila ma *in integrum restitutio*, natomiast nieletniemu zabrania się ewentualnej *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae* w przypadku, gdy powód nie wiedział o braku zdolności procesowej pozwanego pupila⁶⁹ i po drugie przypadek przeciwny, gdy powód jest świadomym tego, że pozwany jest niedojrzały i że działa bez opiekuna. Konsekwencją złej wiary powoda jest brak *iudicium restitutorium*⁷⁰.

Dla nas interesująca jest jednak dalsza część tekstu, gdzie mowa jest o opinii Pomponiusa. Według A. D'Orsa⁷¹ i G. MacCormacka⁷² Pomponius prawdopodobnie rozważał przypadek *falsus tutor* (a także dla całościowego ujęcia problemu, również przypadek gdy opiekuna w ogóle nie było) i tę sytuację analizował w połączeniu z *diffisio*, które było dokonane przez sędziego w spo-

⁶⁵ Tekst ten został po raz pierwszy opublikowany przez C.H. Roberts'a (*The Antinoopolis Papyri I*, London 1950); pierwsza część tekstu (lin. 10–14) nie budziła zastrzeżeń z wyjątkiem braku *non*, które winno znaleźć się przed *obstabit exceptio*, jak to słusznie zauważył V. Arangio-Ruiz (rec. cyt. wyżej pracy C.H. Roberts'a, *IURA* 2(1951), s. 345).

⁶⁶ Zob. C.H. Roberts, op. cit., s. 48; O. Lenel, op. cit., s. 119. Według E. Seidla (*Juristische Papyruskunde*, SDHI 18(1952), s. 343) nie chodzi tu o przykład komentarza do edyktu Ulpiana, ale o antologię złożoną z pism różnych prawników klasycznych; zob. też E. Seidl, *Rechtsgeschichte Ägyptens als römischer Provinz. Die Behauptung des ägyptischen Rechts neben dem römischen*, Sankt Augustin 1973, s. 51.

⁶⁷ Zob. D.27,6,2(4,6,8).

⁶⁸ Tak V. Arangio-Ruiz, op. cit., s. 345; A. D'Ors, op. cit., s. 373, przyp. 21; T. Giménez-Candela, op. cit., s. 42.

⁶⁹ Według T. Giménez-Candeli (*Una revisión de Pap. Ant 22*, Estudios A. D'Ors I, Pamplona 1987, s. 568) *exceptio* zostaje przyznana zasądzonemu pupilowi, który działał bez zgody swojego opiekuna, aby bronić go przed ewentualną *actio iudicati* zwycięskiego powoda.

⁷⁰ Zob. V. Arangio-Ruiz, op. cit., s. 345.

⁷¹ A. D'Ors, op. cit., s. 373.

⁷² G. MacCormack, op. cit., s. 18.

sób błędny. Ogólnie rzecz biorąc, ten ostatni, kiedy już potwierdzono nieobecność albo brak opiekuna, powinien był wyznaczyć nową datę procesu, by w ten sposób umożliwić uzyskanie *auctoritas tutoris* przez pupila, co jest warunkiem koniecznym do tego, aby mógł on być właściwą stroną w procesie. Jeżeli sędzia nie uczynił tego, nie będzie brany pod uwagę edykt *quod falso tutore*, ale odpowiedzialność sędziego będzie miała podstawę w *litem suam facere*. Jest to najczęściej występująca interpretacja badanego tekstu⁷³. Budzi ona jednak szereg zastrzeżeń.

Jeżeli bowiem chodzi o samą opinię Pomponiusa, to należy zauważyć, że ostatnia linijka papirusu (ta, która wspomina o *litem suam facere*) jest bardzo nieczytelna⁷⁴. Kontrowersyjna jest także lektura *m(ale)*, która odnosi się do *diffisio* dokonanego przez sędziego. Według V. Arangio-Ruiza⁷⁵ sędzia dokonywał *diffisio* nie ze względu na niewłaściwą reprezentację po stronie pozwanego, lecz ze względu na chorobę jednej ze stron i dlatego uważał, że litera *m*. mogła być zrozumiana jako *male*, a cała fraza brzmieć powinna: „*si falso tutore auctore male fuerit diffissus dies*”. Taka lektura tekstu upodabniałaby go do normy ustawy XII Tablic na temat *morbis sonticus* (która przewidywała zmianę daty procesu ze względu na chorobę jednej ze stron sporu)⁷⁶. G. MacCormack i A. D’Ors natomiast tłumaczą przysłówek *male* jako złe zachowanie polegające na niewydaniu właściwego wyroku bądź nieodroczeniu (*diffisio*) sprawy na inny termin⁷⁷. Obydwie te interpretacje nie korelują z kontekstem rozważań Pomponiusa na temat *diffisio*. Cytowani autorzy nie analizują ich z perspektywy wyrażenia „*quia neque diffidit neque sententiam dixit*”, które implikuje brak ustalenia jakiegś innej daty posiedzenia (rozprawy) w przypadku, gdy pupil bierze udział w procesie bez *auctoritas* swojego opiekuna. Bardziej zatem przemawia do przekonania stanowisko T. Giménez-Candeli, która *m*. tłumaczy jako *minus* (*si falso tutore auctore minus fuerit diffissus dies*)⁷⁸.

Konstrukcja „*si ... minus*” wskazuje na brak *diffisio*. Sens tego fragmentu nabiera w ten sposób większej spójności. Sędzia, który nie ustalił dnia procesu i nie wydał wyroku ponosi odpowiedzialność na podstawie edyktu, odnoszącego się do przypadków uczynienia sporu swoim (*litem suam facere*).

Inny przykład *litem suam facere* stanowi opisany przez Gajusa przykład wydania wyroku niezgodnego z formułą procesową:

⁷³ V. Arangio-Ruiz, op. cit., s. 346; A. D’Ors, op. cit., s. 373; G. MacCormack, op. cit., s. 18; C.H. Roberts, op. cit., s. 49.

⁷⁴ Fotograficzną reprodukcję zawiera artykuł autorstwa T. Giménez-Candeli (cyt. w przyp. 69).

⁷⁵ V. Arangio-Ruiz, op. cit., s. 346.

⁷⁶ Zob. Tab.2,2 cyt. w przyp. 2.

⁷⁷ G. MacCormack, op. cit., s. 19; A. D’Ors, op. cit., s. 374.

⁷⁸ T. Giménez-Candela, *Los Llamados quasidelitos*, Madrid 1990, s. 41 i n.; F. Lambert, op. cit., s. 230, 231.

G.4,52: *Debet autem iudex attendere, ut cum certae pecuniae condemnatio posita sit, neque maioris neque minoris summa posita condemnet, alioquin litem suam fecit. Item si taxatio posita sit, ne pluris condemnet quam taxatum sit, alias enim similiter litem suam fecit. Minoris autem damnare ei permissum est ...*

Jurysta podkreśla, iż sędzia musi zwracać szczególną uwagę na *condemnatio* formuły procesowej. Jeśli zapisano w niej, iż ma on zasądzić określoną sumę pieniędzy bądź uwolnić pozwanego (*condemnatio certa*)⁷⁹, to sędzia, który zasądza inną kwotę (mniejszą bądź większą) czyni spór swoim.

Natomiast jeżeli *condemnatio* była *incerta* i wysokość zasądzenia musiał ustalić sędzia, to w pewnych przypadkach by nie narazić się na odpowiedzialność z tytułu uczynienia sporu swoim, nie powinien zasądzać on na więcej, aniżeli zostało to określone w *taxatio*⁸⁰. Ponieważ *taxatio* określała jedynie maksymalną wysokość *condemnatio*, zasądzenie na mniej nie powodowało *litem suam facere*.

Zauważyć należy, iż w takich przypadkach wyrok uważany jest za nieważny⁸¹ i powód może również wytoczyć nowy proces przeciwko temu samemu pozwanemu⁸².

Tego typu zachowanie się sędziego, który nie przestrzega zapisów formuły procesowej, można uważać za oczywisty błąd⁸³. Ukształtowana w ten sposób odpowiedzialność o charakterze obiektywnym nie jest zbyt surowa dla sędziego, albowiem tego, czego wymaga się tutaj od niego sprowadza się do uważnego czytania danej mu formuły procesowej i trzymania się jej treści.

Ostatnio interesujących danych na temat *litem suam facere* dostarczyło odnalezienie nowej epigraficznej ustawy miejskiej, *lex municipii Flavii Irnitani*⁸⁴, będącej obszerniejszą kopią *lex Flavia municipalis*, tej samej, z któ-

⁷⁹ G.4,43: *Iudex Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X milia condemna, si non paret absolve.*

⁸⁰ Zob. M. Kaser, op. cit., s. 316 i lit. cyt. tamże w przyp. 33. Na przykład przy *actio de peculio* stosowna klauzula formuły procesowej brzmiała *dumtaxat de peculio, et si quid dolo malo Ni Ni factum est, quo minus peculi esset, vel si quid in rem Ni Ni versum est* (O. Lenel, op. cit., s. 282).

⁸¹ Tak M. Kaser, (rec. J.M. Kelly, *Roman Litigation*, ZSS 84(1967), s. 517 przyp. 36; L. Wenger, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, München 1925, s. 208; A. D'Ors, op. cit., s. 371; przeciwnie J.M. Kelly, op. cit., s. 103; L. Raggi, *La restituito in integrum nella cognitio extra ordinem. Contributo allo studio dei rapporti tra diritto pretorio e diritto imperiale in età classica*, Milano 1965, s. 354; F. De Martino, op. cit., s. 32 i n.

⁸² M. Kaser, *Das Römische Zivilprozessrecht*, wyd. II (opr. K. Hackl), München 1996, s. 375 i n.

⁸³ D.N. MacCormick, *Iudex qui litem suam fecit*, Acta Juridica Cape Town [= Essays in Honour of B. Beinart II], 1977, s. 152.

⁸⁴ Na temat *lex Irnitana* zob. A. D'Ors, op. cit., s. 376; idem, *Nuevos datos sobre de la Ley Irnitana*, SDHI 49(1983), s. 28 i n.; *De nuevo sobre la ley municipalis*, SDHI 50(1984), s. 170 i n.; *La lex Flavia municipalis*, AHDE 56(1984), s. 535 i n.; J. Gonzales, *The Lex Irnitana: A New Copy of the Flavian Municipal Law*, JRS 76(1986), s. 147 i n.; Spitzl, *Lex Mu-*

rej wywodzą się *lex Salpensana* oraz *lex Malacitana*⁸⁵. Chodzi tu w szczególności o w cap. 91 też ustawy⁸⁶:

<LXXXXI> / R(ubrica). Quo iure intertium denuntietur, dies diffindatur diffi / <s>usve sit, res iudicetur, lis iudici((i)) damni sit, res in iudi / cio esse desinat. / (45) Quacumque de re privata iudices arbitri in eo municipio da / ti subditi addictive h(ac) l(ege) erunt, is iudicibus arbitris<ve> et is / quos inter ii iudices arbitrive dati subditi addictive / h(ac)l(ege) erunt, de ea re intertium adversario iudici arbitro / ve in biduo proximo denuntandi, diem diffindendi, dies / (50) diffis*sos* iurandi, antequam iudicent, iudicandi litem ae / stumandi, per quos dies et ubi ex h(ac) l(ege) licebit oportebit, et si / neque dies diffi<s>us neque iudicatum fuerit, uti lis iudi / ci arbitrove damni sit, et si intra it tempus, quod legis Iuli / ae, quae de iudici<i>s privatis proxime lata est, kapite XII / XB / s'enatusve consultis [[det kaput]] ad it kaput legis pertine / ntibus conpr<e>hensum est, iudicatum non sit, uti res in iudi / cio non sit, siremps lex re*s*s*que esto adque((m)) uti esset si eam rem / in urbe Roma praetor p(opuli) R(omani) inter cives Romanos iudicari iussisset / et de*e(a)*r(e) ex <quacumque> lege rogatione((m)) quocumque plebis scito / iudicia pri / vata in urbe Roma fient, agi, fieri, denuntiare, diem diffin[[den]] / di, diem diffi<s>sum esse, iudicari, litem iudici damni esse, rem in / iudicio non esse oporteret, praeter quam quod per alios dies / et alio loco h(ac) l(ege) denuntiare, rem iudicari, diem diffindi opor / tebit. Itaque iis omnibus, de ea re et in eos dies in quos ex h(ac) l(ege) lice / bit, denuntiare intra it municipium et mille passus ab eo mu / nicipio, aut ubi pacti erunt, diem diffi<n>dendi, iudicandi in foro / eius municipi aut ubi pacti erunt, dum intra fines eius municipi / pi, utique ex [[h]]isdem causis dies diffinda((n))tur, diffissus sit, / utique, si neque diffissum e lege neque iudicatum sit per quos di / es quoque loco ex h(ac) l(ege) iudicari licebit oportebit, iudici arbitro<ve> / lis damni sit, utique, si intra it tempus qu*o*d supra conpre<e>hensum / est iudicatum non sit, res in iudicio non sit, ius <resque> esto uti <esset> si / <praetor> p(opuli) R(omani) cives Ro / manos iussisse<t> ibique d(e) e(a) r(e) iudicium fieri oporteret ex / ((lege rogatione plebisve scitis)) quacumque lege rogatione quocumque / plebis scito iudicia <privata> in urbe Roma fieri

nicipii Malacitani, München 1984; T. Giménez-Candela, op. cit., s. 38 i n.; T. Giménez-Candela, *La lex Irnitana: une nouvelle loi municipale de la Bétique*, RIDA 30(1983), s. 55 i n.; F. Lamberti, *Tabulae Irnitanae. Municipalita e ius romanorum*, Napoli 1993, s. 362 i n.

⁸⁵ FIRA I,23,24; Dyskusja dotycząca pochodzenia *lex Salpensana* i *lex Malacitana* trwa już dość długo (zob. bibliografia cyt. w FIRA I, wyd. II, s. 203). Ostatecznie przyjęto, iż *lex Flavia* była przetworzoną wersją *lex Iulia* Augusta i wprowadziła do oryginalnego tekstu różne modyfikacje; zob. A. D'Ors, *De nuevo sobre la ley municipalis*, SDHI 50(1984), s. 181; idem, *La lex Flavia municipalis*, AHDE 56(1984), s. 535; C. Castilio, *Miscelánea epigráfica hispano-romana*, SDHI 52(1986), s. 391.

⁸⁶ Tekst *lex Irnitana* cytuję za F. Lamberti, op. cit., s. 362–364.

*oportet*bi*t, praeter quam / quod per alios dies et alio loco ex hac lege denuntiari, rem / que iudicari, diemque diffindi oportebit. Quaeque ita acta / erunt ea iusta rataque sunt.*

Rubrica przedstawia poruszane w nim kwestie: *denuntiatio dies tertius (intertium)*, *diffisio dies*, *iudicium*, *lis iudici damni sit*, ustanie sprawy w sądzie. Problemy te omawiane są z dokładnością sformułowań typową dla rzymskich tekstów epigraficznych⁸⁷.

Niejasny jest tutaj sens wyrazu *intertium*, który pojawia się tak w cap. 91, jak również w odnoszącym się wyłącznie do niego cap. 90 (*de intertium dando*).

Intertium jest terminem używanym do określenia obowiązku stawiennictwa przed sędzią na trzeci dzień (pojutrze) po wyznaczeniu sędziego. Wspomniany wyżej cap. 90 *lex Irnitana* dokładnie reguluje tę kwestię⁸⁸. Ciekawe, że słowo *intertium* (do czasu odkrycia *lex Irnitana* nie spotykane w słownikach⁸⁹), na pierwszy rzut oka pochodzące z żargonu prawniczego, wydaje się być już znane. Pojawia się ono również (raz czytane *in tertium*, drugi raz błędnie odczytane jako imię własne *Intertieo*) na dwóch woskowych tabliczkach pochodzących z Pompei⁹⁰ i w źle zachowanym fragmencie Pap. Ant I,22, w którego lin. 7 można odczytać słowo *intertium*, chociaż w mało zrozumiałym kontekście⁹¹.

Wracając jednak do cap. 91, w którym mowa jest o *litem damni iudici fieri*, odpowiadającym treściowo wyrażeniu *litem suam facere*, a występującemu w innych źródłach, zwrócić należy uwagę, iż momentami tekst ustawy jest niejasny. W pierwszej części podmiotem zobowiązania jest *iudex*, potem jednak tekst mówi o *denuntiatio*, która musi zostać dokonana *adversario, iudici arbitrove*, co w sposób oczywisty odnosi się do jednej z dwóch stron⁹². Następnie mowa jest o *diffisio dies*. Według cytowanego cap. 91, jeśli w ustalonych dniach nie miało miejsca ani odroczenie, ani wydanie wyroku, to wówczas dotychczasowy spór obracał się na szkodę sędziego (*lis damni iudici fieri*). Z drugiej strony natomiast *lex Irnitana* nie precyzowała, na czym ta szkoda miałaby polegać, ani nie ustalała żadnej sankcji⁹³.

⁸⁷ F. De Martino, op. cit., s. 18.

⁸⁸ Kwestią tą, jako wykraczającą poza ramy niniejszej rozprawy nie będę się zajmował. Została ona dokładnie rozpracowana przez F. Lamberti (op. cit., s. 185 i n.) oraz T. Giménez-Candelę (*Los Llamados Quasidelitos*, Madrid 1990, s. 13 i n.).

⁸⁹ Nowsze pozycje uwzględniają już ten termin: zob. W. Litewski, *Słownik encyklopedyczny prawa rzymskiego*, Kraków 1998, s. 127.

⁹⁰ Zob. F. Lamberti, op. cit., s. 188, 189.

⁹¹ Nawet sam V. Arangio-Ruiz, (rec. C.H. Roberts, *The Antinoopolis Papyri*, IURA 2(1951), s. 347) nie potrafił wytłumaczyć tego papirusu.

⁹² Zob. A. D'Ors, *Nuevos datos sobre de la Ley Irnitana*, SDHI 49(1983), s. 40; idem, *Litem suam facere*, SDHI 48(1982), s. 374, przyp. 25.

⁹³ Zob. cap. 90 lin. 37–40: cyt. w przyp. 95.

Tekst mówi dalej, iż sędzia powinien wydać wyrok w terminie określonym przez rozdział XII *lex Iulia de iudiciis privatis*, tak jakby sprawa toczyła się w Rzymie pomiędzy obywatelami rzymskimi⁹⁴. Założenie to rozszerza się jednak na całą procedurę. W procesach między *cives Romani* miała ona mieć przebieg taki sam, jak przed pretorem miejskim: skarga, odroczenie, wyrok, szkoda obciążająca sędziego, ustanie sprawy. Odniesienie do procedury obowiązującej w Rzymie jest bardzo ogólne i dlatego nie mówi nic o *damnum iudici*, które mogło mieć miejsce w sporach toczonych przed pretorem miejskim. Mimo to, biorąc pod uwagę treści zawarte we wcześniejszej i w następnej części tekstu, wydaje się, iż takie założenie odpowiedzialności sędziego wiązało się z nieprzestrzeganiem norm dotyczących terminów. Zaraz potem przewiduje się bowiem wyjątek dla przypadków, kiedy prawo ustalało inne terminy oraz miejsca procesu. W tym przypadku stosowane były jednak te same normy, które obowiązywały w Rzymie w procesach pomiędzy *cives Romani* przed pretorem.

Przedstawiony przeze mnie tekst skłania do kilku spostrzeżeń. Nie ma w nim najmniejszej wzmianki o odpowiedzialności sędziego za błędy i wykroczenia podczas procesu. Dokładnie określone normy regulowały czas jego trwania, stawiennictwo stron w sądzie, odroczenie rozprawy, wydanie wyroku. Odniesienie do *lex Iulia* jest bardzo jasne i dotyczy reguły, według której *iudicia legitima*, wspomniane w *lex municipalis*, musiały skończyć się w przeciągu półtora roku. Z tekstu dowiadujemy się, iż kwestią wygaśnięcia sporu po upływie wspomnianego wyżej okresu czasu zajął się również senat, być może dla usunięcia wątpliwości zachodzących w praktyce. Ustawa nie mówi, tak jak w cap. 90, iż sędzia musiał działać *sciens dolo malo*⁹⁵, ale nie stwierdza też niczego przeciwnego⁹⁶.

Jak można wnioskować ze źródła, *lex Irnitana* nie potwierdziła przypisywanej Pomponiusowi decyzji wykluczenia *iudicium restitutorium* w przypadku procesu nieważnego na skutek niewłaściwego postępowania sędziego w procesie przeciwko pupilowi występującemu w sądzie bez *auctoritas* swojego opiekuna. Ustawa bowiem nie zajmowała się w ogóle przypadkiem *falsus tutor*, a co za tym idzie nie wspomina, uwzględnionej u Pomponiusa,

⁹⁴ Co się tyczy zasięgu terytorialnego, w którym te nakazy miały być wypełnione, to według analizowanego cap. 91 tab. X col. B lin. 11 właściwym miejscem było *municipium* i okręg 1000 kroków wokół niego.

⁹⁵ *Lex Irnitana* cap. 90, lin. 37–40: *Qui debuerit dare intertium neque dederit, quive et proscriptum ex hac lege non habuerit sciens d(olo) m(al)o, is in singulos dies, quibus debuerit proscriptumve non habuerit, municipibus municipii Flavii Irnitani HS (sestertia) (mille) d(are) d(amnas) e(sto)...*

⁹⁶ Brak jakiegokolwiek wzmianki w cap. 91 *lex Irnitana* o *diffisio* dokonany *male* zdaje się przemawiać za hipotezą T. Giménez-Candeli, która *m.* w Pap. Ant. I.22 zinterpretowała jako *minus*, a nie jako *male*; zob. s. 179 i n.

alternatywy pomiędzy *restitutio* a skargą przeciwko sędziemu⁹⁷. Udziela jednak wiadomości niezwykle użytecznych przy wyodrębnieniu poszczególnych przypadków odpowiedzialności sędziego, jak pominięcie *diffisio dies* lub błąd w jej ustalaniu, niewydanie wyroku. W *lex Irnitana* nie pojawia się wyrażenie „*litem suam facere*”, ale mówi się w nim o „*damni iudici esto*”. Zauważyć należy, iż wyjąwszy przypadek grzywny za świadome nieogłoszenie *dies*, w pozostałych przypadkach, w których mowa jest o odpowiedzialności sędziego, opiera się ona na kryterium obiektywnym.

Jak już wspomniałem wyżej, ustawa traktuje również o przypadkach, w których wyrok nie został wydany albowiem w wyniku opieszałości sędziego sprawa stanowiąca przedmiot sporu (*res*) nie mogła dłużej podlegać osądowi (*mors litis*) wskutek upływu 18-to miesięcznego terminu w jakim winna zakończyć się II faza *iudicium legitimum*. Zmusza to do refleksji nad jeszcze jedną kwestią, którą dostrzegł już J. M. Kelly⁹⁸, a mianowicie długości procesu. Sądząc ze źródeł literackich⁹⁹, których autorzy skarżą się na przewlekłość procesów, jak również z kilku tekstów prawniczych¹⁰⁰, nie wydaje się, aby wspomniany termin był ściśle przestrzegany. Być może tym co pozwalało przewycięzać sztywne normy *lex Iulia* było właśnie podkreślone przez ustawę prawo sędziego do odroczenia sporu na inny termin (*diffisio*).

Podkreślić również należy, że oprócz analizowanych wyżej źródeł prawniczych, oddających jurydyczny sens *litem suam facere*, również i w tekstach literackich nie brakuje fragmentów, w których występuje owe wyrażenie, chociaż nie w znaczeniu technicznym¹⁰¹.

Najstarszym ze wszystkich świadectw literackich jest fragment Saturnalii Macrobiusa¹⁰², dotyczący *lex Fania*, to jest *plebiscitum* skierowanego przeciwko zbytowi, a datowanego na 161 r. p.n.e. Ze względu na okres, do którego się odnosi ów tekst, został on przeze mnie omówiony wyżej w rozważaniach dotyczących kształtu *litem suam facere* w epoce procesu legisakcyjnego.

Kolejnym tekstem literackim odnoszącym się do *litem suam facere* jest fragment *Noctes Attice* autorstwa Aulusa Gelliusa (*Noc. Att.* 10,1,4-5):

⁹⁷ Tak też F. De Martino, op. cit., s. 17; przeciwnie A. D'Ors, *Litem suam facere*, SDHI 48(1982), s. 376 i przyp. 28; T. Giménez-Candela, op. cit., s. 41; F. Lamberti, op. cit., s. 194; niemniej istnieje pewna zbieżność pomiędzy tą ustawą a Pap. Ant. I, 22 (zob. zestawienie fragmentów cap. 91 *lex Irnitana* z odpowiadającym im fragmentem Pap. Ant. I, 22 dokonane przez A. D'Orsa, op. cit., s. 377).

⁹⁸ J.M. Kelly, op. cit., s. 122.

⁹⁹ Mart., *ep.* 7,65; Iuv., *Sat.* 16,43; Suet., *Vesp.* 10.

¹⁰⁰ Zob. J.M. Kelly, op. cit., s. 125, przyp. 4-8.

¹⁰¹ Pomijam w mojej krótkiej analizie tekstów literackich tekst autorstwa Liviusa (3,72), w którym mowa jest nie o *litem suam facere*, ale raczej o *in rem suam litem vertere* (przywłaszczenie sobie przedmiotu sporu); zob. J. Sondel, op. cit. s.v. *verto*.

¹⁰² Macr., *Sat.* 3,16,15.

Ad haec ego rescripsi nihil amplius quam verba M. Varronis, hominis, opinor, quam fuit Claudius cum Coelio doctioris, quibus verbis utrumque, de quo ad me scripserat, decideretur: nam et Varro satis aperte, quid dici oporteret, edocuit, et ego adversus eum, qui doctus esse dicebatur, litem meam facere absens nolui.

Bardzo ciekawie interpretuje ten tekst A. D'Ors¹⁰³. Twierdzi on, że Gellius brał udział w dyskusji na temat terminów *tertium* bądź *tertio*, którą opisuje w cytowanym fragmencie, po to aby przez brak wyrażenia swej własnej opinii nie uczynić sporu swoim, tak jak to ma miejsce w przypadku sędziego, który był nieobecny (*absens*) albo który nie wydał wyroku (nie wyraził swojej opinii). Według P. Birksa natomiast Gellius uznał, że powinien ograniczyć się wyłącznie do przedstawienia poglądu Varrona, sam nie wyrażając zdania (*absens*), aby uniknąć zbytniego wplątania się w kontrowersję (*litem meam facere ... nolui*)¹⁰⁴. Moim zdaniem nie oznacza to, iż Gellius rozumiał *litem suam facere* jako opowiadanie się za jakąś stroną (stronniczość)¹⁰⁵.

Nietechniczne zastosowanie terminu *litem suam facere* spotykamy również u Cicerona (*de orat.* 2,75,305):

Quid, si, quae vitia aut incommoda in aliquo iudice uno aut pluribus, ea tu in adversariis exprobrando non intellegas te in iudice inveni, mediocre peccatum est? Quid? si, quom pro altero dicas, litem tuam facias aut laesus efferare iracundia, causam relinquas, nihil ne noceas?

Według A. D'Orsa wyrażenie *litem suam facere* było używane w *De oratore* jako środek retoryczny, mający służyć nadaniu traktatowi większej ekspresji¹⁰⁶. Z kolei według F. Lamberti Ciceron zdaje się czynić jakąś aluzję do technicznego znaczenia *litem suam facere*, stąd w cytowanym fragmencie dają się zauważyć echa odpowiedzialności sędziego za niewłaściwe prowadzenie procesu¹⁰⁷.

Obydwu przedstawionych poglądów nie mogę zaaprobować. Po pierwsze, analizowany tekst nie jest oracją, w której stosuje się pewne zwroty w celu ubarwienia tekstu, lecz retoryką o bardziej wyważonym stylu, powstałą w okresie, gdy Ciceron był już wytrawnym pisarzem¹⁰⁸. Po drugie, mając na uwadze fakt, iż Ciceron nie był kwalifikowanym jurystą nie można przyjąć, że mówiąc o czynieniu sporu swoim przez tego, kto *pro altero dicere* miał on na myśli techniczne znaczenie tego zwrotu. Co więcej, niemożliwym jest

¹⁰³ A. D'Ors, op. cit., s. 371.

¹⁰⁴ P. Birks, op. cit., s. 383.

¹⁰⁵ Przeciwnie F. Lamberti, *Riflessioni in tema di litem suam facere*, LABEO 36(1990), s. 241.

¹⁰⁶ A. D'Ors, op. cit., s. 371.

¹⁰⁷ F. Lamberti, op. cit., s. 240.

¹⁰⁸ Zob. K. Kumaniecki, *Ciceron i jego współcześni*, Czytelnik 1989, s. 310, 311.

uznanie, iż chodzi tu, jak chce tego F. Lamberti, o czynienie sporu swoim przez sędziego, albowiem podmiotem w użytym przez Cyncerona wyrażeniu jest nie sędzia, lecz występujący w imieniu strony adwokat.

Moim zdaniem Cynceron poprzez użycie spójnika *aut* przedstawia alternatywę przed jaką stoi adwokat strony, który powodowany emocjami może albo sprawę zostawić aby swemu klientowi nie zaszkodzić, albo dalej ją kontynuować, czyniąc ją wskutek osobistego zaangażowania swoją ze szkoda dla klienta¹⁰⁹.

Sądzę, że to właśnie owo osobiste zaangażowanie się w sprawę, które obce jest obiektywnej odpowiedzialności sędziego *qui litem suam fecit*, jak również brak jakichkolwiek sankcji za uczynienie sporu swoim przez adwokata strony¹¹⁰, wskazuje na użycie przez Cyncerona wyrażenia *litem suam facere* w sensie nietechnicznym¹¹¹.

Ostatnim z literackich źródeł zawierających odniesienie do *litem suam facere* jest tekst Seneki, w którym autor odwołuje się do tego wyrażenia, przy okazji składania kondolencji z powodu cudzego nieszczęścia (*dial.* 12(11),2,2):

Conqueramur, atque adeo ipse hanc litem meam faciam.

Nawet jeśli w cytowanym fragmencie zwrot *litem suam facere* ma walor jedynie retoryczny, a nie techniczny, to bez wątpienia dla Seneki łączy się on z osobistym zaangażowaniem podmiotu, któremu tego typu zachowanie się przypisuje¹¹². To, jak również użycie zwrotu *litem suam facere* przez Cyncerona opisującego przypadek adwokata, angażującego się osobiście w spór toczony przez jego klienta, skłania mnie do przyjęcia hipotezy, że do kategorii czynu nieprawnego określanego jako *litem suam facere* zaliczały się również sytuacje, w których na działania pewnej osoby miały wpływ przyjaźń albo inne elementy uczuciowe. Z pewnością jednak nie wyklucza to możliwości popełnienia owego *quasi*-deliktu również w inny sposób.

* * * * *

¹⁰⁹ Podobnie J.M. Kelly (op. cit., s. 106), który twierdzi, że Cicero w *De oratore* wyrachowanemu adwokatowi przeciwstawia adwokata zdominowanego przez pasję do zawodu, wskutek czego angażuje się on emocjonalnie w sprawę klienta.

¹¹⁰ Odpowiedzialność adwokata za źle wypełniony obowiązek mogłaby moim zdaniem wynikać jedynie z łączącego strony kontraktu zlecenia (*mandatum*), brak jest bowiem w źródłach jakiegokolwiek wzmianki na temat odpowiedzialności deliktowej tego pierwszego w sytuacjach takich jak opisana przez Cyncerona.

¹¹¹ Tak też A. D'ors, (op. cit., s. 371), który jednak uzasadnia taki charakter wyrażenia *litem suam facere* w sposób odmienny, traktując je jako środek retoryczny, z czym nie zgadzam się ze względów wymienionych na s. 185.

¹¹² Prawdopodobnie nietechniczne użycie przez Senekę zwrotu *litem suam facere* zdezorientowało J.M. Kelly'ego (op. cit., s. 103 i n.), który rozumiał czynienie sporu swoim jako manifestację stronniczości sędziego (a więc działanie *dolo malo*).

Powyższe rozważania na temat kształtu *litem suam facere* w prawie rzymskim upoważniają do sformułowania dwóch zasadniczych konkluzji. Po pierwsze – pretor w swym edyktie ograniczył się jedynie do przedstawienia w sposób ogólny pojęcia *litem suam facere* (*si iudex qui litem suam fecit*) bez wymieniaania konkretnych przypadków odpowiedzialności, jak zaniechanie wydania wyroku, niedotrzymanie terminów rozprawy, nieobecność podczas rozprawy, niezgodność wyroku z *certa pecunia* wskazaną w *condemnatio* formuły procesowej i tym podobne. Po wtóre – wszystkie opisywane w źródłach przypadki uczynienia sporu swoim przez sędziego odnoszą się do uchybień proceduralnych, które rodzą jego cywilnoprawną odpowiedzialność niezależnie od tego, czy można mu było postawić czy też nie zarzut działania *dolo malo* albo nieumyślności (*culpa*).

