

19

19

DISCRIMEN  
INTER  
LITIS CONTESTATIONEM  
IVRE VETERI AC HODIERNO,  
ET VTRIVSQUE EFFECTVS

---

MAGNIFICI ICTORVM ORDINIS  
AVCTORITATE

D. XXIII. SEPT. CIOIICCLI

DISPVTA NT

D. CAROLVS GODOFREDVS  
WINCKLER,

IN SVPR. CVRIA PROVINC. ET CONSIST. LIPS. ADV.

ET

FRIDERICVS PLATNER,

A. M.

---

LIPSIAE

EX OFFICINA LANGENHEMIA.



12

DISCRIMEN

INTER

LITIS CONTESTATIONEM  
IURE VERUM AC HONORIS  
ET VIRTUTIS RELECTVS

MAGNIFICI IUDICIS ORDINIS

CONSTAT

IN RE

DE

D. CAROLVS GODOFRIDVS

WICKLER

IN RE CIVILI PROPTER ET CAUSA REACTVS

ET

FRIEDERICVS BEATNER

IN

REACTVS

REACTVS





Q. D. B. V.



Qui rerum antiquarum Romanarum cognitionem in iurisprudentia postulant, ii praeter cetera et eo argumento uti solent, quod, cum iurisprudentia, qua hodie utimur, maximam partem ab illa gente descendat, ei tantum Romani adhaereat, ipsaque cum veteri iuris scientia ita conueniat, ut sine huius perfecta notitia hodierni iuris forma satis intelligi non possit. Quod quanquam non solum probabile, sed verum etiam et certum est, tamen nobis videtur et aliud pro huius scientiae utilitate, necessitateque momentum, et a contrario quidem, peti posse. Constat enim, iurisprudentiae hodiernae non solum plurimas particulas ex veteri iure Germanico, et Canonico adsutas, sed multa etiam antiqua iuris civilis capita per innumeras recentiores leges, quid? per tam longam quoque haut paucorum seculorum consuetudinem, mutata, et cum ipsa rei publicae facie sensim transformata, et ita fere noua facta esse, ut antiquitatis pene nihil praeter nomen remanserit. Hanc ipsam vero ob causam sciendum est, et bene tenendum, quae fuerint antiqua tempora, et quid inter utraque discriminis

A


inter-





intercedat, ne, obsoleta ad recens inuenta applicando, quadrata cum rotundis miscere videamur. Exemplum praebebit res iudiciaria. Etenim etsi, cum ius civile in Germania reciperetur, non dubium est, quin simul ex antiquo foro multa in Germaniae iudicia peruenierint, tamen haud exigua etiam ex iure Canonico admixta, multo vero plura per diuturnam consuetudinem inuersa, pleraque tandem nouis subinde latis legibus aliter sancita sunt, vt, quanquam seruatis plerisque nominibus, ipsa tamen hodiernorum iudiciorum forma, vti neminem latet, a veteri antiqua Romana toto coelo distet. Vnde, si quis ea, quae de antiquis praetoribus, iudicibus, in ius uocatione, actionis editione, sententiae latione, reliquis, in iure civili sancita sunt, et nonnisi ex antiqua harum rerum natura intelligi queunt, ad hodierna iudicia applicare velit, nae is rem peruersam acturus sit. Sed quomodo de his, quae ex iure civili hodie adhuc adhiberi queunt, iudicare possumus, nisi rerum antiquarum formam, et ea, quae legibus istis occasionem et causam dederunt, exacte sciamus? Alias profecto in tenebris errabimus, et ea, quae antiquae tantum rationi conueniunt, ab his, quae et nunc vsui esse possunt, discernere prohibemur. Haec nobis magnam vim habere videntur in doctrina de litis contestatione, cuius etsi nomen, originem e foro Romano ducens, nunc quoque seruatur, res ipsa tamen admodum diuersa est. Quapropter ii maximopere errare videntur, qui, aut ipsi decepti, aut aliquam iuris civilis peritiam ostendere conati, quicquid in eo de litis contestatione obiter forte legerunt, ea in orandis causis vbique euomunt, et nostris iudiciis, omni quanquam eorum forma et natura repugnante, quasi inuitis obtrudunt. Cui rei, vt, quantum fieri potest, obuiam eatur, constituimus, de litis contestatione, qualis iure veteri fuit, quaedam dicere, ostendereque, quantum ab hodierna distet, et quid itaque sit, quod de illa sancitum, ad hanc applicari vel non applicari possit.





3

S E C T I O I.

D E  
L I T I S C O N T E S T A T I O N E  
I V R E V E T E R I.

---

§. I.

*Notatio vocum.*

**L**itis vocabulum, quod proprium est rei iudicialiae, originetenus id significasse videtur, quod est in iudicium deductum, seu ipsam rem, de qua inter duos aduersarios discordia est, et coram iudice disceptatur, vnde VARRO <sup>a)</sup>: *Res, quae in controuersia est, lis dicitur. Ideo in actionibus videmus dici: quam rem siue litem* <sup>b)</sup>. Hinc natae sine dubio locutiones *litem aestimare, litem redimere* i. e. rem aestimare vel redimere, de qua inter aduersarios disceptatur. Quorum illud ASCONIVS diserte docet, cum, *Lis, inquit* <sup>c)</sup>, *aestimata sit, h. e. pecunia, propter quam lis fuit* <sup>cc)</sup>. Sic etiam intelligendum POMPONIVM putamus, quando, venditorem vini tanti condemnandum dicit <sup>d)</sup>, quanto pluris fuit eo tempore, quo *lis in condemnationem deducitur*, cui similis est Imperatorum oratio <sup>e)</sup>, cum fructus ex eo die restitui volunt, quo *lis in iudicium est deducta*. Inde porrectum est vocabulum, et ad ipsam rei dubiae in foro agitationem, porro ad actionem, quae litis causa intenditur <sup>f)</sup>, translatum. Cum autem res, quae in iudicium deducebatur, non vaga esse deberet, sed certa et terminata, hinc factum, vt lis prius non diceretur, quam de ipsa re inter litigantes certanda constaret, quod melius fieri non poterat, quam per ipsorum aduersariorum expositionem et narrationem. Hoc antequam fieret, non lis erat, sed controuersia tantum. Hinc

A 2

VLPIA-

a) de lingua lat. lib. VI. sub hac voce.

b) conf. CICERO or. pro Murena, c. 12. in fin.

c) in CICERONIS orat. in Verr. act. 1. c. 13.

cc) conf. l. 8. D. de eo, quod cert. loc. l. 22. pr. D. de act. rer. amort. l. 7. §. 1. de Publ. in rem act. l. 1. l. 3. D. pro emt.

d) l. 3. §. 3. D. de act. emt.

e) l. 2. C. de hered. pet.

f) l. 36. D. de V. S. ad quam legem vid. IO. GOEDDEVS, quem obiter notamus §. 4. opinari, *litem descendere a vocula licet*, quod quam temere sumtum sit, omnes vident. Quid autem impedit, quominus *lis* pro vocabulo primitiuo habeatur?



## DISCRIMEN LITIS CONTESTATIONIS

4  
 VLPIANVS <sup>g)</sup> tempus litis (contestatae) et controuersiae motae diligenter seiungit, et IMPERATOR <sup>h)</sup> quoque non sine causa dixisse videtur: *In primordio litis post narrationem et responsionem.*

Eiusmodi *lis* igitur h. e. res in iudicium deducta *contestabatur*. Contestari autem, BRISSONIO <sup>i)</sup> definiente, est aliquid testato, seu testibus praesentibus declarate et profiteri, quod non solum ex ipsa voce, pariter uti in *antestari*, *attestari*, *detestari*, et similibus, quae omnes testium notionem secum ferunt, intelligi potest, sed etiam ex VLPIANO discitur, qui *Iussum*, inquit <sup>k)</sup>, *accipiendum est, siue testato quis, siue per epistolam, siue verbis, aut per nuntium iusserit. Et ideo, si sic contestatus sit: quod voles etc.; item ex IULIANO <sup>l)</sup>, qui haec habet: Si mulier viro denunciauerit, se ex eo concepisse, et is, cui denunciatum erit, custodes ad ventrem custodiendum, inspiciendumque non miserit, neque contestato dixerit, eam ex se praegnantem non esse, vnde et testamenti factionem <sup>m)</sup>, et omnem solennem declarationem <sup>n)</sup> contestationis nomine vocari videmus.*

### §. II.

*Quid sit litis contestatio, et quis dicatur litem contestari, vel iudicium accipere?*

Hae litis contestandique notiones si coniungantur, ex eo iam intelligi potest, quam re litis contestatio iure veteri comprehensa fuerit, nempe narratione causae, facta a petitore, et responsione rei, cum solennitate quadam et in testium praesentia. Et ita profecto est. Ut enim a posteriore incipiamus, FESTVS <sup>o)</sup>, *Contestari*, inquit, *dicuntur duo aut plures aduersarii, quod, ordinato iudicio, utraque pars dicebat: testes estote.* Qui locus, etsi fere vnicus in ea re, tamen tam planus est, ut dubitatio superesse non possit. Cum vero etiam aliquid esse deberet, cuius rei causa testes inuocarentur, et quod tot tantosque effectus haberet quot quantosque litis contestationis fuisse, infra videbimus, facile patet, non hac sola testium appellatione vniuersam litis contestationem absolutam fuisse, sed continebat simul et primario, ut diximus, narrationem actoris et responsionem rei. Id significare videtur Imp. IVSTINIANVS <sup>p)</sup>, qui, *Patroni causarum*, ait, *tum lis fuerit contestata, post narrationem propositam et contradictionem*

g) l. 25. §. 7. D. de hered. pet.

h) l. 2. pr. C. de iurei. pr. cal.

i) de Verb. Sign. voc. *contestari*.

k) l. 1. D. quod iuss.

l) l. 1. §. 11. D. de agnos. lib.

m) l. 20. §. 8. D. qui test. fac.

n) PAVLVS sent. L. II. c. 14. l. 7. §.

ult. D. de decur. l. 3. C. de fid. instr. l.

19. C. de vsur. l. 8. C. de distr. pign. conf.

SCHVLTINGIVS ad d. loc. PAVLI.

o) de verb. sign. voc. *contestari*.

p) l. 14. §. 1. C. de iud.



traditionem obiectam - iuramentum praesent. Cui similia sunt eiusdem Imperatoris verba <sup>q)</sup>: *Sancimus, non aliter neque actorem neque fugientem in primordio litis exercere certamina, nisi post narrationem et responsum ipsae principales personae subeant iusiurandum.* Denique idem IUSTINIANVS adhuc disertius loquitur. *Res, inquit <sup>r)</sup>, in Iudicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit, vel actionis species ante iudicium reo cognita.* Inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest. *Lis enim tunc contestata videtur, cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit.* Litis contestatio igitur duabus quasi partibus constabat, nempe solennitate testium inuocandorum, et eo, propter quod inuocabantur. Illa proprie dicebatur *contestatio*, utraque coniuncta *litis contestatio*, unde FESTVS adducto loco non dicit, controuertentes, si testes inuocent, litem contestari, sed tantum *contestari*. Cum itaque aduersarii contestabantur litem, faciebant solenniter, ut lis esset, fieretque ex controuersia lis, h. e. litem constituebant. Quapropter cum verbis pugnare videtur GOEDEVS <sup>s)</sup>, cum aliud esse dicit litis constitutionem, aliud litis contestationem, cum tamen et definitionem CUIACII <sup>t)</sup>, nobiscum amice conspirantis, ita comprobet, ut sola verba testibus praesentibus in testato mutet. Aequè in casum it, cum litis contestationem testationem actionis vult nominari <sup>u)</sup>, cuius tamen erroris eum IMPERATOR <sup>v)</sup> et PAVLVS <sup>w)</sup> conuincere potuissent, quorum vterque actionem eiusque editionem diligenter a litis contestatione secernit.

Vt autem ad eam ipsam reuertamur, vtriusque litigantis operam in litis contestatione concurrisse vidimus. Interim tamen, quoniam proprie petitor litem facit, deducendo litem in forum et controuersiam cum forte is, unde petitur, in aeternum tacuisset, nisi ab illo praetor aditus fuisset et rogatus, ut iudicium in eum daret, hinc fit, ut in legibus is ordo obseruetur, ut, si tantum de alterutro litigantium sermo sit, tunc actor dicatur litem contestari, reus autem iudicium accipere, vel suspicere, nunquam autem contra. De multis locis, e quibus id obseruare licet, aliquot solum proferamus. PAVLVS libro primo ad Plautium <sup>z)</sup> ait: *Qui iniuriarum acturus erat, stipulatus erat ante litem contestatam, ut aduersarius suus iudicio sisset - si non post longum tempus decesserit, quia, si ad iudicium venisset, litem cum eo actor contestari potuisset.* laem PAV-

A 3

L V S:

q) l. 2. pr. C. de iur. pr. cal.

r) l. vii. C. de lit. cont.

s) ad d. l. 36. D. de V. S. §. 14. seqq.

t) Obs. L. IX. obs. 21.

u) l. c. §. 15.

x) d. l. vii. C. de lit. cont.

y) l. 37 §. 1. in f. D. de neg. gest.

z) l. 10. §. 2. D. si quis caut.



REUS<sup>a)</sup>: *Serius, cuius nomine noxale iudicium dominus acceperit, deinde eundem liberum et heredem instituerit, ex eodem iudicio damnatus, famosus non est, quippe cum initio lis in eum contestata non sit*<sup>b)</sup>. Et PAPI-  
NIANVS<sup>c)</sup>: *Si litem actor ex prima stipulatione contestetur. Hinc dicitur lis contestari cum debitore*<sup>d)</sup>, et ita VLPPIANVS intelligi debet, cum ait<sup>e)</sup>: *Si a me fuerit arrogatus, qui mecum erat litem contestatus, vel quocum ego. Sic etiam CICERO*<sup>f)</sup>: *Cum lis contestata cum Flauio damni iniuria esset, tu in eam litem cognitor Roscio es factus. Quibus non ob-  
sunt CAII*<sup>g)</sup> *verba: In compensationem etiam id deducitur, quo nomine tum actore lis contestata est. De eo enim loquitur, si reus aduersus eundem, qui ipsum actione petiit, alio iudicio agit. Contra vero reus non dicebatur proprie litem contestari, sed iudicium accipere, quod cum infinita ICRUM loca, in quibus semper haec locutio de reo adhibetur*<sup>h)</sup>, tum vel ipsa formula edicti perpetui: *IUDICIUM ACCIPERE COGAM*<sup>i)</sup>, ostendit. Id tamen inuenio, apud antiquos reum dici cum petitore *litem contestatam habere*, vnde FESTVS, *Reus est, inquit*<sup>j)</sup>, *qui cum altero litem contestatam habet*, et CICERO<sup>k)</sup>: *Iste (Flavius, vnde petebat Roscius per Fannium cognitorem) cum eo (Roscio) litem contestatam habebat.*

## §. III.

*Litis contestationem in iure factam fuisse.*

Nunc, antequam vterius progrediamur, nobilem in hac re, et in frequenti tractatione multum potestatis habentem quaestionem attingamus, et, litis contestatio apud veteres in iure et coram praetore, an vero in iudicio seu apud iudicem facta sit, inquiramus. In qua re doctos viros haud leuiter discrepare reperimus, inter quos summus quidem CVA-  
CIVS<sup>l)</sup>, IAC. MENARDVS<sup>m)</sup>, GOEDDEVS<sup>n)</sup>, et cel. GVNDLIN-  
GIUS<sup>o)</sup>, in ea opinione versantur, vt litis contestationem in iudicio fa-  
ctam

a) l. 14. D. de his qui not. inf.

b) ef. l. 25. et 55. D. de rei vind.  
l. 9. D. de verb. obl. l. 29. de nouat.  
et deleg. l. 3. §. 10. D. sepulcr. viol. l.  
34. D. de iudic. l. 25. §. 8. de aedil.  
edict.

c) l. 28. D. de nou. et del.

d) l. 11. pr. D. de pign. act. l. 1. D.  
de pen. leg. l. 3. §. vlt. D. iud. solu.

e) l. 11. D. de iud.

f) or. pro Rosc. Com. c. 18.

g) l. 8. D. de compens.

gg) v. g. l. 35. §. 2. D. de iurei. l.  
28. §. 2. l. 34. D. de iudic. l. 13. D.  
fam. ercisc. l. 9. D. de verb. obl. l. 16.  
D. de procur. etc.

h) l. 8. §. 3. de procur.

i) l. c. voc. reus.

k) or. cit. c. 12.

l) obs. cit.

m) ad CIC. or. pro Rosc. Com. c. 11.

n) l. c. §. 15.

o) Diss. de lite cont. commoda ple-  
rumque, incommoda nunquam c. 1. §. 4-5.



nam fuisse, putent, quibuscum et GODOFR. LEONH. BAUDISIVM<sup>oo)</sup>, cel. quondam in hac academia Professore, facere cernimus. At vero CAR. SIGONIVS<sup>p)</sup>, GER. NOODT<sup>q)</sup>, CAR. BRETIVS<sup>r)</sup>, PALL. BROIDAEVS<sup>s)</sup>, HEINECCIUS<sup>t)</sup>, VLR. HVBERS<sup>u)</sup>, et STRYCKIVS<sup>uu)</sup> contrariam sententiam tuentur, ac in iure factam contendunt, cui opinioni et HVB. GIPHANIVS<sup>x)</sup> adstipulari videtur. In hac dissensione virorum utrinque doctissimorum si fas est nobis sententiam dicere, a Cuiacio eiusque sociis veniam petemus, quod contra eos pro Sigonio, et qui cum hoc faciunt, nobis pronunciandum videtur, ad quam decisionem sequentibus rationibus impulsus sumus. Et primo quidem supra vidimus, *litem contestari et iudicium accipere* eandem vim potestatemque habere. At vero iudicium accipitur coram praetore. Ab hoc enim postulabatur dabaturque iudicium hic formulam praeterebat, secundum quam iudex iudicare deberet, verbo, coram praetore ea omnia fiebant, quae ad ipsum ordinem et solennitatem iudicii, h. e. eius constitutionem, uti apud CICERONEM<sup>y)</sup> et PAPIANVM<sup>z)</sup> appellatur, (hodie processum vocant) pertinebant, sola de facto cognitione et sententiae latone iudici relicta. Haec tam nota sunt, ut a nemine ignorari putem, et certe, si quis ignoret, is profecto indignus foret, ut a nobis doceatur. Quemadmodum autem aliquid dari et accipi vno eodemque tempore solet, ita etiam iudicium a praetore datum, coram eodem accipiebatur, seu lis contestabatur. Quid? quod litem contestatio cum ipsa petitione actoris componitur. PAVLVS, *Portum, ait<sup>a)</sup> possi litem contestatam editum restituere possessor debet, quem non deberet restituere, si cum moter peteretur, iam natus fuisset.* Petitionem autem actoris coram praetore fieri, quis dubitat? Apud iudicem enim petitor nihil agebat, quam ut id factum testibus et documentis comprobaret, propter quod actionem a praetore peterat, impetraueratque.

Deinde litem contestationem in iure factam fuisse, ex ipsius CICERONIS oratione pro Roscio Comaedo intelligi potest, in qua is fundus controuersiae habetur, quod Roscius, cum Flauium, Panurgi communis serui interfectorem

oo) Progr. de allegationibus, quae actionem iure veteri sequuntur, a. 1736. edit.

p) de iudic. L. I. c. 27.

q) de iurisd. L. I. c. 15.

r) de Ord. iud. c. 30. et 32.

s) praetermitt. ad FR. POLLETI hist. fori R. L. V, c. 5. p. 447. sq.

t) Ant. Iur. L. IV. t. 4. §. 42.

u) Praelect. ad Dig. L. V. t. 1. §. 21. in fin.

uu) in diss. de proc. iur. Ro. c. 4. §. 53.

x) ad l. 5. de verb. obl. §. 29.

y) d. or. c. 11.

z) l. 41. pr. D. de donat. mort. e.

a) l. 10. D. de vsur.



terfectorem actione pulsaret, ad eam litem Fannium cognitorem dederat, sed nihilo minus, lite contestata, ipse, in scio cognitore, cum Flauio deciderat. Iam non solum in tota oratione nullius inter Roscium et Flauium iudicis mentio fit, sed etiam vix videntur iidem potuisse, si iam ad iudicem ventum fuisset, et a litigatoribus orare coeptum, amplius litem priuatim componere, cum statim, perorata ante meridiem causa, post meridiem sententia pronunciaretur. Atque adeo ex ipsis CICERONIS verbis: *Lite contestata, iudicio damni iniuria constituto, tu sine me cum Flauio decidisti*, cognosci potest, litis contestationem et constitutionem iudicii ita iunctas fuisse et nexas, ut simul et vno tempore factae videantur, seu potius, quemadmodum nobis probabile est, ipsam quoque litis contestationem ad iudicii constitutionem pertinuisse. Quarum cum haec, ut antea obseruauimus, in iure facta sit, necessario efficitur, et illam ibidem locum habuisse. Inde est, quod CICERO <sup>b)</sup>, cum Fannium pro labore et cognitoris munere a Roscio, arbitro Pisone, aliquid accepisse commemorat, id datum dicit tantum *pro labore, quod cognitor fuisset, quod vadimonia obisset*. Ergo in isto iudicio ulterius processum non erat, quam usque ad obitum vadimonium, et tamen iam lis contestata. Vadimonia autem in iure adhuc fiebant, non penes iudicem. Cum igitur in iure litis contestatio fieret, non est mirum, quod praetor in edicto proposuit, se ipsum reos cogere velle ad iudicium accipiendum <sup>c)</sup>, quo sine dubio VLPPIANVS respexit, cum, *Interdum, ait* <sup>d)</sup>, *et si scientia noceat, tamen restitutio facienda erit, si a praetore compulsus est ad iudicium accipiendum*. Quod si vero apud iudicem accepissent, ipse praetor non coacturus, sed tantum iudici cogendi potestatem daturus fuisset. Hinc VLPPIANVS <sup>e)</sup> exacte loquitur, cum dicit: *Excipiuntur certae causae, in quibus cogi poterimus et per id temporis, quo messes vindemiaeque sunt, ad praetores venire; - - Sane quoties res urget, cogendi quidem sumus ad praetorem venire, sed ad hoc tantum cogi aequum est, ut lis contestetur: denique, alterutro recusante, post litem contestatam dilationem oratio concessit*.

Eiusdem rei et id argumentum aliquod esse potest, quod VLPPIANI verba, quae supra adduximus: *si a me fuerit arrogatus, qui mecum erat litem contestatus, vel quo cum ego* <sup>f)</sup>, ex XI. eius libro ad edictum perpetuum sumta sunt, in quo libro et sequentibus ea, quae adhuc in iure et coram praetore fiebant, (quorsum etiam actiones, quae petentibus ex praetoris

ris

b) d. or. c. 13.

c) l. 8. §. 3. de procur.

d) l. 5. D. quod fals. tut.

e) l. 1. §. 2. D. de feriis.

f) l. 11. D. de iudic.



ris arbitrio vel dantur vel non dantur, pertinent) tractasse videtur, uti ex reliquis inde depromptis legibus iudicari potest, <sup>b)</sup> cum contra libro XX, et deinceps demum de his, quae ad iudicem pertinent, nempe de eius officio, integritate etc. egerit. <sup>h)</sup> Hinc recte PAVLVS <sup>i)</sup> dicit, tum demum, cum lis iam contestata sit, omnia officio iudicis dirimenda esse. Quibus omnibus et hoc accedit, quod in ea re definienda haud leuem vim habere videtur, quod, quemadmodum ante litem contestatam procurator a litis domino pro lubitu mutari poterat, ita, auctore VLPIANO, <sup>k)</sup> scimus, idem quibusdam de causis etiam post litis contestationem fieri potuisse. At vero hanc de procuratore mutando, quemadmodum omnem de officio eius, <sup>l)</sup> cognitionem penes praetorem fuisse, idem VLPIANVS dubitare non sinit, dum, *Si aduersarius*, inquit, <sup>m)</sup> *vel ipse procurator dicit, dominum mentiri* (in allegandis mutationum causis) *apud praetorem haec finiri oportet*, et mox <sup>n)</sup>: *Haec cognitio procuratoris mutandi, praetoris est*. Si igitur omnia, in quibus litis contestationis aliquis effectus cernebatur, et quae adeo interdum eam sequebantur, in iure peracta sunt, cur ipsam litis contestationem inde detrahamus? Sed quid multa? Putamusne, praetorem prius potuisse iudicem dare, eique certam formulam, ex qua condemnare vel absolueret deberet, suppeditare, nisi prius per litis contestationem cognouisset, quidnam esset, in quo negotii causa contineretur, et quid esset, in quo comprobando vel actoris vel rei excipientis opera versari deberet? Cum enim praetor iudicem v. g. hac formula dabat: *SI PARET, FVNDVM CAPENATEM, DE QVO SERVILIVS AGIT CVM CATVLO, SERVILII ESSE IVRE QVIRITIVM, CATVLVM DAMNATO*, necessarium est, eum antea audiuisse debere, versari quaestionem inter Seruilium et Catulum in eo, an fundus Capenas sit petitoris Seruillii? Id vero audiebat ex controuertentium litis contestatione.

Denique si litis contestationem penes iudicem pedaneum factam fuisse contendimus, quid iis faciemus litibus, in quibus nulli plane iudices dabantur, sed ubi ipse praetor decretum interponebat? Praetorem enim constat non semper iudices dedisse, sed saepe etiam ipsum rem inter litigantes decidisse,

g) vid. l. 2. de cap. min. l. 1. 12. 15. 17. 21. 23. 26. ex quib. caus. mai. l. 1. 3. 5. 7. D. quod fals. tut. l. 6. de in integr. rest. l. 3. l. 13. §. 4. l. 15. l. 16. de nou. op. nunc. l. 7. D. de hered. per. l. 7. D. de stip. praet. l. 1. D. de poss. her. per. l. 14. D. de publ. i. r. act. l. 8. D. si seru. vind. l. 7. D. de interr. etc.

h) vid. l. 7. pr. §. 10. D. comm. diu. l. 15. 17. 18. D. de iudic.

i) l. 73. D. de procur.

k) l. 17. D. de procur.

l) l. 8. §. 3. l. 9. sqq. l. 15. d. eod.

m) l. 23. D. eod.

n) l. 27. D. eod.



decidisse, quod non solum tum fiebat, cum, contumace reo, absentem debere, pronunciaret, <sup>o)</sup> sed etiam saepe alias, inprimis, si nulla de facto quaestio concurreret, quod cum inter ceteros GER. NOODT <sup>p)</sup> luculenter ostendit, tum ex Imp. DIOCLETIANI ET MAXIMIANI lege <sup>q)</sup> intelligi potest, qua praefides antea de quibusdam causis et ipsos cognoscere potuisse consuevisseque, dicuntur. <sup>r)</sup> Hinc est, quod CICERO <sup>s)</sup> praetorem vocat *de legibus iuris disceptatorem, qui priuata iudicet, iudicarique iubeat*, et ASCONIVS ait, <sup>t)</sup> instituta praetorum in decretis interponendis, diiudicandisque causis versari, quae vltima verba, non opus esse videtur, cum NOODTIO <sup>u)</sup> per iudicum dationem interpretari. In eiusmodi igitur iudiciis, in quibus nulli plane iudices dabantur, aut nullum plane litis contestationi locum fuisse, aut eam in iure factam, dicemus, quorum cum illud in tanta eius necessitate et utilitate vix affirmari possit, relinquetur hoc, coram praetore peractam fuisse.

## §. IV.

*Sententia contraria refellitur.*

Sed nec hi, qui contrariam sententiam tuentur, et litis contestationem in iudicio factam contendunt, argumenta sibi deesse putant. Et primo quidem ad glossaria prouocant, <sup>x)</sup> quae lites contestatas interpretentur per *δικας, ἀρχὴν λαβέσας ἐν δικαστηρίῳ ἐξ ἀντιμαθεσίων*. Sed primo notum est, quam vacillans sit et dubium argumentum, quod a glossis petitur, quae plerumque singularem aliquem et raram significatum exhibent, qui ad exemplum non est trahendus. Deinde fac etiam, communem hic et vbiq; obuiam significationem tradi, quis demonstrabit, *δικαστηρίῳ* vocem eam tantum iudicii partem denotare, qua res coram iudice pedaneo peragebatur? Potius id vocabulum omnia ea comprehendere videtur, quae litis et instituendae et finiendae causa, inprimis si a iudicii constitutione principium duxeris, fiebant, siue coram praetore, siue penes iudicem: quemadmodum et ipsum latinorum iudicium ita saepe sumitur <sup>y)</sup>. Neque id aliquid efficere potest, quod litis contestatio graece *προκρίταξις*, initium, dici solet. <sup>z)</sup> Hic enim non iudicium, quod est penes iudicem, sed potius

o) l. 75. D. de iud.

p) de iudic. l. 1 c. 5. et 9.

q) l. 2. C. de ped. iud.

r) cf. l. 1. C. qui leg. perf.

s) de legib. l. 11 c. 3.

t) praef. in CIC. or. in Verr.

u) d. 1. cap. 5.

x) CUIAC. loco supra cit.

y) v. g. l. 30. et tot. tit. D. de iudic. l. 14. §. 1. D. iud. sol. l. 3. §. 1. D. de op. nou. nunc. l. 1. D. in ius voc. eant.

z) CUIAC. d. 1.



potius  $\eta$   $\delta\iota\kappa\eta$ , seu illa iudicialis controuersiae pars, qua iudicium constituitur, subaudienda videtur, cum per contestationem ipsam litem initium accipere, iam supra viderimus. Hinc nec ipsa illa locutio, qua per litis contestationem reus iudicium accipere dicitur, contra nos torqueri potest. Nam iudicium, etsi saepe id solum significat, quod fit penes iudicem pedaneum, tamen etiam de iis rebus dicitur, quae in iure et coram praetore expediuntur, <sup>a)</sup> quemadmodum et ipse praetor interdum iudex vocatur <sup>b)</sup>. Sed fac etiam, ita non dici, tamen iudicium, quod penes iudicem demum peragitur, vti a praetore datur, ita et coram eo accipi potest, et quemadmodum ipse datus iudex pedaneus vel accipiebatur vel repudiabatur coram ipso praetore, <sup>c)</sup> ita et ipsam iudicium. At Cel. GUNDLINGIUS <sup>d)</sup> ita opinionem suam defendere conatur, vt, quamuis concedat, praetorem ordinasse iudicium, et audiuisse, quae esset intentio actoris, quae exceptio rei, et illius replicatio, posteaque dederit iudicem, tamen his omnibus nondum absolutam fuisse litis contestationem, imo vix inchoatam, putet. Verum nos haec viro Cel. lubenter concedimus, si de ipso contestationis seu testium inuocandorum acta intelligi cupit, sed inde non efficietur, litigantes id demum coram iudice contestatos esse, quod iam ante aliquot dies in iure factum fuerat, quod parum abest, quin absolum videatur. IAC. autem MENARDVS litis contestationem manifeste cum causae coniectione confundit. Haec enim etsi breuem etiam causae narrationem continuit, tamen non tam ipsa contestatio, quam breui oratione facta repetitio litis fuit, h. e. eius rei, quae in quaestione versabatur, vt iudex eo melius vim argumentorum vniuersaeque probationis percipere posset. Et profecto ASCONIUS, rei antiquae, in primis iudiciariae, tam diligens doctor, cui soli de causae coniectione noticia debetur, non videtur omissurus fuisse, si haec ipsa litis contestatio fuisset, quin potius, cum peculiare nomen causae coniectionis habuisset tradat, eo ipso indicare videretur, aliud ei nomen non fuisse. Sed forte sunt, qui contra litis contestationem in iure factam ipsis Imp. verbis <sup>e)</sup>: *Lis tunc contestata videtur, cum iudex per narrationem negotii causam audire coepit*, vtuntur, et, quoniam iudicis mentio fit, inde litis contestationem coram iudice pedaneo factam fuisse, colligere volunt. Sed quis est harum rerum tam parum gnarus, vt nesciat, Imperatorum aetate, etsi ipsius iudicis pedanei notio non interiit, tamen nominis

B 2

differentiam

a) v. g. l. i. pr. D. naut. caup. etc. l. 25. D. de dolo mal.

b) l. i. l. § I. D. de iudic.

c) SIGON. de iudic. l. i. c. 23.

BROIDAEVS apud Polletum hist. for. R. L. V. c. 5. NOODT de iurisd. l. i. c. 13.

d) cit. diff. Cap. i. §. 4. et 5.

e) l. i. C. de lit. cont.



differentiam non tam accurate seruata fuisse, quin et omnes magistratus, quibus iurisdictio erat et iudicis datio, iudicum appellatione saepissime uenerint. Id non solum NOODTIUS <sup>f)</sup> et alii iam obseruarunt, sed etiam ex ipsis legibus manifestum est. Sic rectores prouinciarum, <sup>g)</sup> procuratores Caesaris <sup>h)</sup>, et rectores praefides, procontules, praefecti Augustales, conules orientis <sup>i)</sup>, et reliqui magistratus, ipseque adeo praetor <sup>k)</sup> saepissime ab Inpp iudices appellantur. Eodem modo, ex NOODTII <sup>l)</sup> sententia, eaque admodum probabili, et SEVERI <sup>m)</sup> rescriptum intelligendum est, cum, *Adite*, inquit, *praesidem prouinciae, - pertinet enim ad officium iudicis*, unde HONORIUS, quos assessores iudicum appellauerat <sup>n)</sup> eos mox assessores maiorum magistratuum uocat <sup>o)</sup>, iudicibus autem pedaneis consiliarios fuisse non inuenimus. Quid? quod antiquissimis quoque temporibus praetor et consul sub iudicis nomine uenerunt, uti ex LIVIO <sup>p)</sup> patet, unde sine dubio est, quod in iure nostro maiores iudices a minoribus, <sup>q)</sup> et ii, qui sunt potioris gradus, ab inferioribus <sup>r)</sup> discernuntur. Quid igitur mirum, si et hoc, de quo quaerimus, loco sub iudicis nomine superior magistratus intelligendus est? Quod magis adhuc patebit si reliquam huius constitutionis partem, abscissam a Triboniano et aliorum <sup>s)</sup> delatam, addimus: *actionem emendare vel mutare licet, prout edicti perpetui monet auctoritas, vel ius reddentis decernit aequitas*, ubi uidebis, eum dici ius reddere, qui mox iudex uocabatur. Ius uero non reddit iudex pedaneus, sed praetor. At forte quibusdam VLPIANI <sup>t)</sup> uerba uideantur litis contestationem ad iudicem datum referre cum, *Necesse*, inquit, *ea enumerari, ut, si quid eorum ante litem contestatam contigisset, praestaretur, ceterum post iudicium acceptum tota causa ad hominem resituendum in iudicio uersatur. Iudici enim statim atque iudex factus est, omnium rerum officium incumbit, quaecumque in iudicio uersatur*. Quibus uerbis quamuis iudicem pedaneum intelligendum esse, negari non possit, tamen, quid tandem inde efficietur? Profecto nihil aliud, quam, iudicis officium post litem demum

f) de iudic. l. i. c. 9. et 15.

g) l. 2. C. Th. de op. publ. l. 4. C. de off. rect. prou.

h) l. 1. C. de iurisd.

i) l. 1. C. ut omn. iud. l. 1. C. de annon.

k) l. 1. l. 81. D. de iudic.

l) c. l. l. c. 9.

m) l. 1. C. de ord. iud.

n) l. 3. C. de assess.

o) l. 11. C. eod.

p) H. R. L. III. c. 55.

q) l. 32 §. 7. D. de recept.

r) l. 1. D. de iudic.

s) l. 3. C. de edend. quam cum d. l. vii. C. de lit. cont. cohaerere, cum NOODTIUS l. i. c. 13. et EVIACIUS l. c. obseruarunt, tum utriusque inscriptio et subscriptio docet.

t) l. 25. §. 8. D. ad aedil. ed.



demum contestatam incipere, id quod iam supra ex PAVLLO<sup>u)</sup> obseruauimus. Atque adeo parum abest, quin ex hac ipsa lege nostra sententia plus roboris accipiat. VLPIANVS dicit, simul ac iudicium acceptum sit, omnem causam in iudicio versari. seu iudicem, si reum condemnet, etiam ad causam a tempore litis contestatae restituendam condemnare debere. Cuius rei cum hanc rationem addat, quoniam iudici de iis omnibus iudicandum sit, quae eueniant, simul ac iudex datus sit, nonne eo ipso indicare videtur, litis contestationem non magis, quam iudicis dationem in iudicio euenisse? Nec obsunt haec PAVLI<sup>x)</sup> verba: *Si dies actionis exitura erit, causa cognita aduersus eum iudicium dabit praetor, ut lis contestetur*, quibus non id significatur, litis contestationem in iudicio demum peractam fuisse, sed hoc potius, praetoris officium intercedere debere, si lis contestanda sit; nisi potius *iudicium dare per actionem dare* interpretari veis, quemadmodum in ipso praetoris edicto accipi videtur, quando dicere solet: *IUDICIUM DABO*<sup>y)</sup>. Iudicii enim significatus varius, et inter alios is etiam est, quem iam supra attingimus, quo omnem litis coeptae peractaeque ambitum comprehendit, quapropter idem PAVLVVS nos commouere non debet, cum, *Si ad iudicium, inquit<sup>z)</sup>, venisset, litem cum eo actor contestari potuisset*. Cum enim reus, uti in ius ita etiam in iudicium h. e. ad praetorem vocari dicatur,<sup>u)</sup> cur non etiam, si vocatus ad praetorem venit, in iudicium veniet?

## §. V.

*Quando in iure facta fuerit.*

Aut igitur magnopere fallimur, aut litis contestationem in Iure apud praetorem factam fuisse, comprobauimus. Sed cum apud praetorem plures solennitates, quae ad iudicii litigique formam pertinebant, peragerentur, merito quaeritur, quando in Iure litis contestatio facta sit, et quamnam ceterarum solennitatum vel praecesserit, vel subsequuta sit? Iam primum in ius vocationem praecedere debuisse, neminem puramus, qui dubitaturus sit. Haec enim, cum omnis legitimae contentiois principium esset, sine dubio et litis contestationem praecessit. In ius vocationem excipiebat actionis editio. Sed eam quoque litis contestationem antecessisse, Imp. SEVERVS ET ANTONINVS<sup>b)</sup> haud obscure tradunt, cum, *Res*

B 3

in

u) l. 73. D. de procur.

x) l. 28. §. 4. D. de iudic.

y) Quod enim alio loco dicit: *iudicium dabo*, id alio appellat: *actionem dabo*, vt. l. 3. D. de neg. gest. cf. l. 14.

§. 1. quod met. caus. l. 1. §. 1. D. de dol. mal.

z) l. 20. §. 2. in f. si quis caut.

a) l. 2. §. 2. D. qui satisd.

b) l. vn. C. de lit. cont.



*in iudicium, inquit, deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit, vel actionis species ante iudicium reo cognita. Inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest. Interest vero non solum rei discrimen, sed etiam temporis. Pari modo etiam actionis postulatio et impetratio praeiuisse videtur. Et si enim ad dandam actionem opus erat, ut praetor sciret, quid vellet actor, tamen neque actor ipsum, quod liti causam dabat, negotium narrare necesse habebat, neque reus respondere. Si quis enim v.g. actionem contra alterum ex verbis edicti perpetuit: QVAE FRAVDATIONIS CAUSA GESTA FVERVNT etc. c) a praetore peteret, nondum opus erat, enarrare, quaenam fiat, quae fraudandorum creditorum causa debitor gesserit, et quomodo reus fraudis non fuerit infcius, sed tum satis erat, petitorum ex his edicti verbis actionem postulare. Vel, si quis actionem de pauperie aut conditionem indebiti, vel si quam aliam, instituebat, et eam sibi contra alterum dari a praetore rogabat, non necesse habuisse videtur, in ipsa actione postulanda addere, quam ratione, per quodnam animal, aut quo in loco pauperies facta sit, vel quid sit, quod indebite datum affirmet, quae omnia ad ipsam demum subsecutam litis contestationem pertinuerunt. Nec minus satisfationes, sponsiones, vadandi formulae, et si quae fuerunt aliae solennes in iure promissiones, ante litem contestatam factas fuisse, eo minus dubitare debemus, cum ipse PAVLVS d) dicat: Qui iniuriarum acturus erat, stipulatus erat ante litem contestatam, ut aduersarius suus iudicio sistat. Et si enim de vno tantum stipulationis genere loquitur, tamen de eo ad ceteras facilis erit coniectura. Certe et stipulationem iudicatum solui litis contestationem antecessisse, cum C VIACIVS e) iam obseruauit, tum EXVPIANO f) disci potest, qui speciem proponit, si dominus moriatur ante litem contestatam, attamen iam data pro ipsius procuratore stipulatione iudicatum solui, vnde manifestum est, hanc stipulationem ante litis contestationem fieri solitam fuisse. g) Porro de satisfatione ratihabitionis clare VLP IANVS: h) Ratihabitionis satisfatio ante litis contestationem a procuratore exigitur. Et ita, ut diximus, de omnibus stipulationibus et satisfationibus litigantium nobis videtur, quo forte respexit Imp. IVSTINIANVS, cum dicit: i) Si causae adhuc pendentes inueniantur, post litem contestatam et post solitas iudiciales cautelas iam praestitas. Hinc etiam*

PAVLVS

e) l. 1. pr. D. quae in fraud.  
 d) l. 10. §. 2. D. si quis caut.  
 e) L. X. Obf. 29.  
 f) l. 10. §. 2. si quis caut.

g) cf. l. 13. pr. D. iud. solu. l. 8. §. 2. qui satisf. cog.  
 h) l. 40. §. 3. D. de procur.  
 i) l. 2. §. 9. C. de iurei. pr. cal.



PAVLVS <sup>k)</sup> generaliter dicit: *Si petitor post satisfactionem ante iudicium acceptam heres possessori extiterit*, quo loco et satisfactionem iudicio fisci, et iudicatum solui, intelligendas esse putamus. Quod vero ad sacramenti <sup>l)</sup> sponsonem attinet, ea videtur post litem demum contestatam facta fuisse, id quod ex VARRONE <sup>m)</sup> cognosci potest, qui in sacramenti descriptione, *Qui petebat, inquit, et qui inficiabatur, quingentos aeris deponebat*. Ergo post petitionem demum actoris et rei ad eam negando factam responsonem, qua ipsa litis contestatio continebatur. Inde quoque praetor dicere solebat: *SI NEGAT, SACRAMENTO QVAERITO.* <sup>n)</sup> Haec autem sacramenti sponso cum ante iudicis dationem fieret, quod ex CICERONE <sup>o)</sup> et VALERIO MAXIMO <sup>p)</sup> constat, necessario sequitur et litis contestationem ante datos iudices peractam fuisse, quo vel solo eorum opinio, nisi iam esset confutata, refelli posset, qui litis contestationem ad iudicem transferunt. Et quomodo profecto potuisset praetor iudici formulam dare, antequam per litis contestationem cognouerit, quidnam sit, quo summa negotii contineatur, et quid reus neget, aut qua exceptione tutum se credat? Ceterum cum interrogationes, si quae necessariae erant, ab initio statim fierent <sup>q)</sup>, et haec non dubium est, quin litis contestationem anteuerint.

Haec autem omnia, quae per singula eundo demonstraui, adhuc maiorem lucem accipient, si ad FESTI verba attendimus, qui dicit, contestationem factam fuisse *ordinato iudicio.* <sup>r)</sup> Si enim, quid sit, iudicium ordinare, et quantum dicatur ordinatum esse, constet, sine dubio etiam, quando litis contestatio facta fuerit, patebit. Ordinati iudicii, vel litis, causaeque ordinatae mentionem faciunt CAIUS <sup>s)</sup> et PAVLVS <sup>t)</sup>, item Imperatores ALEXANDER <sup>u)</sup> DIOCLETIANVS et MAXIMIANVS, <sup>x)</sup> ac VALENTIANVS, <sup>y)</sup> alias vero et lis inchoata, coepta, <sup>z)</sup> seu

- k) l. 8. D. iud. solu.  
 l) de sacramentis veterum iudiciorum, vid. I. FRID. SCHREITERI, Lips. erud. dissert.  
 m) de L. lat. Lib. IV.  
 n) ap. VALER. PROBYM p. 87 et 103 cf. SIGON. de iudic. l. f. c. 21.  
 o) Or. in Verr. L. III c. 38 et 59.  
 p) L. II. c. 8 no. 2. cf. SCHREITERI cit. diff. §. 15.  
 q) De interrogationibus in iure factis vid. IO. WYBO, peculiari commentatione, et CAR. FERD. HOMMELII, viri, supra vulgus docti, nuper editum progr. de interr. in iure fac. hod. non subl.  
 r) loc. supr. cit.  
 s) l. 25. §. 2. D. de lib. caus.  
 t) l. 24. eod.  
 u) l. 1. C. qui dar. tut. l. 4. C. ne de stat. def.  
 x) l. 14. C. de lib. caus.  
 y) l. 2. C. de confort.  
 z) l. 12. D. ex qu. c. mai.



seu praeparata <sup>a)</sup> vocatur. Litem igitur, iam summus CUIACIUS <sup>b)</sup> ostendit, ante contestationem ordinari, et tunc ita dici, quando satisfactio iudicio fieri et rem saluam fore, item cautio de rato exigitur, in primis autem in liberali causa, dum assertor quaeritur, et dum apud eum, qui de statu cogniturus est, disceptatur, quinam actoris partes sustineat, quinam rei, h. e. vtrum ex libertate in seruitutem, an contra agatur, vnde VLPPIANVS, <sup>c)</sup> ante omnia de eo agendum dicit, vt *iudicium ordinem accipiat*. Sic, teste eodem, <sup>d)</sup> in querela inofficiosi ad litem ordinandam pertinet agnitio bonorum possessionis a filio, nec filius eam litem, semel ordinatam, amplius derelinquere nequit. Sic et, PAPINIANO <sup>e)</sup> auctore, litis de inofficioso ordinandae gratia tutor est dandus vel confirmandus, quae omnia, manifestum est, ante litis contestationem fieri debere. Huc etiam referenda sunt Imp. ANTONINI <sup>f)</sup> verba, qui de publicis iudiciis loquens, *Causa*, inquit, *criminis ordinata, i. e. inscriptionibus depositis, et fideiussore de exercenda lite praestito*. Cum igitur litis contestatio post iudicii ordinationem facta sit, ei, vt nunc superius dicta colligamus, locum post satisfactiones in iure praestitas, ante sacramenti sponsonem et ante iudicem datum assignabimus.

## §. VI.

*Quomodo litis contestatio ab Imperatore causa vocetur, et ulterior eius expositio, item, an aliqua litis contestatio affirmatiua esse possit?*

Audiuimus de tempore litis contestatae, nunc ad ipsam eam redeundum est. Iam vero supra ab ipso Imp. IVSTINIANO <sup>g)</sup> didicimus, eam fieri tum, cum iudex, h. e. praetor per negotii narrationem *causam* audit. Videamus igitur, quid sit causa? Cuius rei gratia ad rhetores nobis recurrendum erit. Horum QUINTILIANVS, idoneus in hac re auctor, cum de diuersis orationis, in primis, quae in foro versatur, generibus tractat, omnes ait <sup>h)</sup> quaestiones esse vel infinitas, vel finitas, has rebus, personis et temporibus contineri, et dici a graecis *ὑπόθεσις*, a latinis *causas*. Similiter Hermagoras apud CICERONEM <sup>i)</sup> omnem dicendi materiam in causam et quaestionem diuisit, quarum illa *habeat in se controuersiam in dicendo positam cum personarum certarum interpositione,*

a) l. 7. in f. D. de lib. caus.

b) L. XVIII. obs. 23.

c) l. 7. §. 5. D. de lib. caus.

d) l. 8. pr. §. 1. D. de inoffic. test.

e) l. 26. §. 2. D. de test. tut.

f) l. 1. C. ad SCt. Turpill.

g) l. vn. C. de lit. cont.

h) Inst. or. L. III. c. 5.

i) de Inu. L. I. c. 6.



et ipse CICERO <sup>ii)</sup> ex quaestione dicit causam nasci. Hinc optime Apollodorus, nec minus QUINTILIANO <sup>k)</sup> auctore, causam ita finiuit, vt sit negotium omnibus suis partibus spectans ad quaestionem; vel ita; causa est negotium, cuius finis est controuersia; quibus ISOCRATIS definitio addenda <sup>kk)</sup>, qui causam dixit esse quaestionem civilem, aut rem controuersam in personarum finitum complexu. Causa igitur est id, de quo principaliter quaeritur in lite, et quod caput est totius controuersiae, quod antiquitus in specie litis vocabulo appellatum fuisse, supra obseruauimus. Si quis igitur v. c. dicat, reum sibi certam summam debere ex stipulatione, et is neget, se vnquam stipulationem iniuisse, quaestio verfabitur et causa in eo, an stipulatus sit? In eiusmodi igitur causa, quae antea esse non potest, donec ex rei responsione intelligatur, negetne an affimet, in ea ergo cum consistatur, cum ipsa basis sit et fundamentum totius iudicii, facile est iudicatu, eum non errare, qui litis contestationem per expositionem status causae interpretatur. Status enim causae, QUINTILIANO <sup>l)</sup> docente, est quaestio, quae oritur ex causarum prima conflictione, quam CICERO <sup>ii)</sup> constitutionem vocat. *Constitutio*, inquit, *est prima conflictio causarum, ex depulsione intentionis profecta, hoc modo: Feci, non feci, aut iure feci.* Fac igitur, petitorum rem et negotium, h. e. causam ita narrare: Titius mihi centum stipulatus est, hunc contra rursus ex sua parte causam aliter referre, nempe ita: Non stipulatus sum; ex hac duarum diuersarum causarum congressu oritur quaestio et status: an stipulatus sit? Vnde non opus est, vt ad haec explicanda cum NIC. VIGELIO <sup>m)</sup> ad aliam causae significationem confugiamus, qua argumenta ex causa defumta notari dicuntur, cum illa a rhetoribus petita sufficiat. Recte igitur Imperator dixit, litis contestationem tum fieri, quando CAUSA audiatur. Id autem addit fieri per narrationem negotii. Negotium vero secundum APOLLODORI definitionem, memoratam a QUINTILIANO <sup>mm)</sup>, est congregatio personarum, locorum, temporum, etc. vnde QUINTILIANO per *περίστασις* interpretatur. Verbo, negotium est id, quod actioni intendendae et liti instituendae occasionem dedit, causa vero id, quod quaeritur in lite decidenda, seu id, quod quando constat, litem dirimit et alias a Rhetoribus *κρινόμενον* vocatur. Litis ergo contestatio, vt id semel adhuc repetamus, continebatur petitoris narratione, rei responsione,

et

ii) l. c. c. §.

k) l. c.

kk) ap. eund. QUINTIL. l. e.

l) lib. cit. cap. 6.

ll) c. l. c. §.

m) in libello de lit. cont. c. 1.

mm) d. l. §. 17. 18.



et utriusque inuocatione testium. Nam quod ad illud attinet, facile vnusquisque videbit, sola actoris intentione litem contestari non potuisse. Quid enim, si peritor diceret, reum sibi centum debere ex stipulatu, narrabat quidem negotium, sed eo neque causa fiebat, neque absoluebatur litis contestatio. Etenim praetor ante omnia expectare debebat, an is, unde petebatur, factam stipulationem affirmaret, negaretue. Quod si pure affirmaret, nulla aderat lis sed utrinque consensus, et certa rei condemnatio. Si autem negaret, tum demum constituebatur lis, tum oriebatur quaestio, an stipulatus sit, et inde praetoris formula: *IUDEX ESTO, SI PARET, TITIVM CAIO CENTVM STIPVLATVM ESSE, ILLVM CONDEMNARE*. At vero reus non semper pure negabat, sed saepe affirmabat quidem verum exceptionem adiungebat, propter quam, si vera esset, nihilominus absolvendum se contendeat, qualem exceptionem in primis in stricti iuris iudiciis in iure proponi, et a praetore formulae iudicis includi consuevisse, constat. Huic igitur exceptioni rursus actor respondebat, ita, ut tum non amplius de veritate eius, quod actor narrauerat, sed exceptionis potius a reo prolatae quaereretur. Si vero et actor excipiendo vel distinguendo replicaret, de huius demum replicatione controuersia erat, aut si nec hanc reus pure negaret, ulterius tandiu progrediendum erat, donec in aliquo tanquam causae statu persisteretur, qui, prout veritati conueniens esset vel ab ea abhorre inueniretur, litem aut pro actore aut pro reo dirimere posset. Hae sunt illae litigantium orationum, si ita dicere fas est, quarum quaeque suum nomen intentionis, exceptionis, replicationis, duplicationis, et sic porro, habebat, vno vero nomine allegationes<sup>n)</sup> vel exceptiones<sup>o)</sup>, replica enim est exceptionis exceptio, et sic porro vocantur, neque certo numero coartatae fuisse videntur, sed, ut *IMPERATOR*<sup>p)</sup> dicit, *earum usum ulterius negotiorum varietas introduxit*. Exemplis res manifestior erit, cuiusmodi ipse *IULIANVS*<sup>q)</sup> tale suppeditat. Heredes furiosi aduersus aliquem, qui rem furiosi emerat, rei vindicationem instituunt, ex eo capite, quod res furiosi alienari non possit. Si igitur reus pure negat, se emisse, tunc quaestio oritur, an emerit, et praetor iudici formulam dat, secundum quam, si pareat emisse, condemnari debet. Sed fingit *IULIANVS*, reum factam emtionem affirmare, at exceptionem addere factae venditionis per curatorem, adeoque valida. Expectandum itaque est, dum actor huic exceptioni replicando respondeat. Quod si sit negando, lis est contestata,

n) l. 2. pr. C. de iurei. pr. cal. auth.  
*Iubemus* C. de iudic. pr. l. de replic. cf.  
 supra laud. *BAVDISII* progr.

o) §. 3. I. d. t.

p) ibid.

q) l. 7. §. 1. D. de curat. furios.



contestata, peruentumque ad causam, et inuenta materia disceptandi, vtrum scilicet curatoris intercesserit consensus nec ne, vnde parata praetori formula: **SI PARET, TITIVM EMISSE REM FVRIOSI, CONDEMNA, EXTRA QVAM SI PAREAT, CVRATORIS AVCTORITATEM INTERCESSISSE.** Quid autem, si et actor replicatione affirmatiua vtitur, addita exceptione, vendidisse quidem curatorem, sed eum secundum decretum non satis dedisse? Quae enim a curatore vel tutore, qui satis non dederat, peragebantur, nulla erant<sup>r)</sup>, neque talis tutor vel curator res curandi alienare poterat<sup>s)</sup>, vnde nunc noua nascitur facti quaestio, an satis dederit, reo vero noua responsio, qui dicere potest, pretium rei venditae in rem furiosi versum, et creditoribus eius solutum fuisse, ex qua re ipsi triplicatio<sup>t)</sup> doli dabatur, quoniam, si actor id sciret, dolose versaretur in re vindicanda. His igitur allegationibus proponendis, siue duae sufficerent ad statum causae faciendum, siue plures necessariae essent, his, inquam, continebatur litis contestatio. quod etiam **NIC. VIGELIVS** late persequitur, quamuis exemplum ab eo propositum, cum exceptiones complectatur magis ad ius pertinentes, quam ad factum, non adeo accommodatum videatur. Ceterum dubium non esse videtur, quin vnique harum allegationum certa formula praescripta fuerit, qua allegans necessario vti debuit. Quemadmodum enim in actionis intentione nihil certius esse potest<sup>u)</sup>, sic idem de exceptionibus, replicationibus, ceteris, cum **CVIACIVS**<sup>x)</sup> et **BRISSONIVS**<sup>y)</sup> diu ostenderunt, tum luculenter ex **IULIANO** patet, qui in adducto exemplo eiusmodi formulas addit, nempe exceptionis eam: **SI NON CVRATOR VENDIDERIT,** et replicationis hanc: **AVT<sup>v)</sup> SI SADISSIONE INTERPOSITA SECVNDVM DECRETVM VENDIDERIT.** His igitur exceptionibus, et ceteris allegationibus litigantes aliter vti non poterant, nisi eas prius a praetore, vt ipsas actiones, impetrassent, quod de exceptionibus vel ex ipso **CICERONE** disci potest, cum,

C 2

Postulat,

r) l. 3. C. de tut. qui non satisd.

s) l. 5. C. eod.

t) Quam hodie duplicationem vocamus, olim triplicationem dicebant, computatione coepta ab exceptione, vti et laud. **BAVDISIVS** obseruauit, et ex eadem l. 7. §. 2. it. ex l. 2. §. 3. de except. patet.u) vid. **CIC.** pro Mur. c. 12. **SIGNONIVS** de Iud. l. 1. C. 21. et **BRISSON.** de form. l. V. c. 12. sqq.

x) l. V. obs. 34.

y) l. c. cap. 15. sqq.

z) **Cel. BAVDISIVS** mutat voculam *aut* in *at*. Sed non opus esse videtur eiusmodi emendatione. Saepe enim exceptionum formulas per verba *aut si*, nulla addita negatione conceptas fuisse, iam **CVIACIVS** d. l. obseruauit, ostenditque, tales formulas praeter nostram legem adhuc aliquoties in iure occurrere, vt in l. 48. D. de procur. l. 32. §. 2. D. ad, S. Ct. Vellei. et l. 154. D. d. R. l.



*Postulat, inquit* <sup>a)</sup>, *is, cum quo agitur, a praetore exceptionem, de ceteris vero inde patet, quod ICI replicationem, v. g. doli mali, a praetore interdum dari, interdum denegari* <sup>b)</sup> *dicunt. Si vero dederat praetor exceptiones, eaeque non ius sed factum concernerent, eas ipsi formulae iudicis inferebat, ut is, si de earum veritate constaret, vel condemnare vel absoluere posset, quales formulas paulo ante vidimus. Id igitur manifestum erit litis contestationem vel sola actoris intentione et rei responsione, vel pluribus allegationibus comprehensam fuisse, prout nempe negotii natura postulabat.*

Ceterum ex his, quae diximus, et ea quaestio haud difficulter decidi poterit, an aliqua litis contestatio affirmatiua esse possit, quod VIGELIVS <sup>c)</sup> omnino negat, GOEDDEVS <sup>d)</sup> vero, ut eam opinionem confutet, magna opera conatur. Nobis videtur verborum pugna esse. Si enim id quaeritur, num, si reus actoris intentionem pure affirmet, aliqua litis contestatio esse possit, non dubitamus, cum Vigelio negando respondere. Sic enim QVINTILIANVS <sup>e)</sup> dicit: *Vero propius est, nullam esse litem, si is, cum quo agitur, nihil respondeat, i. e. nihil respondeat eiusmodi, quo intentionem actoris depellere conetur. Tum enim nihil est, de quo lis vel controuersia sit, nihil, de quo quaeratur. Nam quaestio nulla, inquit idem QVINTILIANVS <sup>f)</sup>, non habet utique statum, constat enim ex intentione et depulsione, qualis esse non potest, si nulla est dissentio, nulla causarum conflictio. Quod RVDOLPHVS etiam AGRICOLA <sup>g)</sup> confirmat, cum, quamdiu, inquit, consentanea dicunt, certum est, quaestionem esse non posse. Vbi autem nulla quaestio, nulla controuersia, nulla lis inuenitur, ibi nec vlla potest esse litis contestatio. At vero si in genere quaerimus, an cum eius vnde petitur affirmatione aliqua litis contestatio coniuncta esse queat, tunc et nos aiendo respondebimus, nempe, quando reus non pure affirmat, sed cum exceptione, ex qua, aut eam secuta replicatione actoris, lis et controuersia existit <sup>gg)</sup>. In quo cum et GOEDDEVS consentiat, et VIGELIVS, quomodo ex rei, cum exceptione affirmantis, responsione lis oriri queat, tunc disputet, non video, quomodo ille hunc magni erroris arguere possit. Quanquam enim GOEDDEVS putat, apud PAVLVM <sup>h)</sup> exemplum esse litis contestationis affirmatiuae, cum dicit, si quis velit ante litem contestatam procuratori soluere,*

a) de iuu. L. II. c. 20 cf. BRISS. I. c. cap. 74.

b) I. 4. § 13. T. D. de doli exc. I. 154 D. de R. I.

c) de lit. cont. c. 1.

d) saepe cit. loc. 3. 21.

e) L. III. c. 6.

f) I. c.

g) de iuu. L. II. c. 1. 2.

gg) cf. ARN. VINNII Quaest. Iur.

L. I. c. 17

h) I. 73. D. de procur.



soluere, esse pecuniam deponendam in aede sacra, tamen ex eo loco non hoc efficitur, depositione quamvis facta, nihilominus iudicium acceptum et litem contestatam fuisse, verum id tantum significatur, si reus, ante quam lis iam sit contestata, soluere velit, esse eum admittendum, nisi ad ipsam solutionem, tamen ad depositionem, id quod sequentia verba confirmant. Nec id obesse videtur, quod conveniri potuit inter litigantes, quid pronuntiandum sit a iudice<sup>i)</sup>. Id enim cum de eo tantum intelligendum est, si in iudicio demum convenit, nam iudex sententiam pronunciat, non praetor, unde PAVLVS<sup>k)</sup> dicit, IUDICEM eiusmodi sententiam proferre debere; tum eiusmodi conventio non est litis contestatio.

## §. VII.

*Solemnitas contestationis.*

Quod autem ad ipsius contestationis, h. e. testium inuocatorum solemnitatem attinet, de ea cum solus, quem supra attulimus, FESTI locus superfit, pauca dici possunt. Nam eos vehementer falli putamus, qui Cincii et Titii verba apud MACROBIUM<sup>l)</sup>: *Iudex testes poscit*, huc trahunt, etsi nec MAGNUS CVIACIUS<sup>m)</sup>, quem MENARDVS<sup>n)</sup> sequitur, ab hoc errore sibi cauit. Si enim ipsum MACROBII locum consideramus, facile inueniemus Titium ibi neque de his, quae peragebantur in iure, neque de litis contestatione dicere, sed de ea disceptatione, quae fiebat coram dato iudice, dum litigantes causam orarent, et probationibus argumentisque munire studerent. Apponamus ipsa verba: *C. Titius describens homines prodigos, in forum ad iudicandum ebrios commeantes, sic ait: Inde ad comitium vadunt, ne litem suam faciant. Dum eunt, nulla est in angiportu amphora, quom non impleant, quippe qui vesicam plenam vini habeant. Veniunt in comitium tristes, iubet dicere. Quorum negotium est, dicunt. Iudex testes poscit, ipse it minctum. Vbi redit, ait, se omnia audiuisse. Tabulas poscit, litteras inspicit. Vix prae vino sustinet palpebras. Eunti in consilium haec oratio.* Quis est, cui, hunc locum consideranti, non illico appareat non esse sermonem de inuocatione testium litis contestandae causa, sed de iudice pedaneo, coram quo actor intentionem, reus vero exceptionem testibus et documentis comprobare conabantur, quod et VLR. HVBERTVS<sup>o)</sup> bene monuit. Quapropter temere GOEDDVS ET GVNDLINGIYS dicunt, datum iudicem poposcisse testes, quos postea rogauerint litigantes litis contestandae causa. Id interim

i) l. 26. D. de re iud.

k) d. l. 26.

l) Saturn L. III. c. 16.

m) Obseru L. IX. obs. 21.

n) ad CIC. or. pro Rosc. tom. c. II.

o) Praelect. ad Dig. L. V. c. 1. § 21.



certum est, utrumque litigantem, et actorem et reum, testibus testimonium denunciante, quod ex saepe iam adducto FESTI loco: *Contestari dicuntur aduersarii, quod utraque pars dicere solet, testes estote*, manifeste patet. De numero vero testium, et quoniam eorum in litis contestatione inuocare moris fuerit, nihil apud antiquos memoriae proditum est. Aut potius non videtur aliquis numerus definitus fuisse sed vel vniuersi circumstantis populi, vel aliquorum, quotquot placuit, proxime adstantium testimonium inuocatum. Quemadmodum enim neque in antestationibus, quae fiebant ab in ius vocantibus, certus aliquis numerus constitutus erat, quibus testimonium denunciaretur, sed actor primos quosque obuios, siue vnus siue plures essent, antestabatur, ita et in litis contestatione probabile est, litigatores proxime comitio, vel vbiunque praetor sedebat, adstantes seu circumstantes<sup>p)</sup>, plures paucioresue, rogasse, ut testes essent, et memoriam rei, iam apud praetorem actae, seruarent. Non enim putandum est, hanc testium in litis contestatione rogationem inanem aliquam et superuacuum solennitatem fuisse, uti forte quidam alii antiqui ritus. Potius Romani sapienti consilio id introduxisse videntur. Cum enim tot essent litis contestatae effectus, et inter eos in primis perpetuatio actionum, transmissio ad heredes, ac omnis causae restitutio, et reliqui, ut infra videbimus, omnino opus erat, exacte scire, quoniam tempore lis esset contestata et res in iudicium deducta, in primis, cum inter ea, quae in iure fiebant, et sententiae coram iudice pronuntiationem saepe multum temporis intercederet<sup>q)</sup>, vnde si forte aut iudex datus vel praetor interim moreretur, vel alia de causa circa litis contestatae tempus dubitatio oriretur, praesto erant testes, qui hanc incertitudinem tollere, et verum litis contestatae tempus confirmare possent. Ceterum haec testium inuocatio, cum pars fuerit ipsius litis contestationis, eam quoque statim secuta, et postquam litigantium is, qui vltima allegatione utebatur, dicere desit, facta videtur. Cerne nulla est ratio, cur eam cum quibusdam ad summum vsque finem eorum, quae in iure fiebant, coiciamus, cum non dati iudicis, vel praescriptae a praetore formulae, sed rei in iudicium deductae, et litis coeptae fixaeque testimonium postularetur.

## §. VIII.

p) Obiter hic monemus, quod, etiam *circumstantes* inuocantur, tamen non antestatio, sed contestatio dicitur, quo simul eorum opinio refelli potest, qui antestationem seu, uti legunt, *antestationem* dictam volunt ab *auqi* et *testari*, quam opinionem recte reiecit V.

CI. CHR. WILH. KVSTNERVS, qui nostra laude non indiget, in docta commentatione de antestato in participationibus.

q) v. l. 24. pr. §. 2. 3. de liber. caus. 1. 13. §. 1. C. de iudic.



## §. VIII.

*In quibusdam causis nullam fuisse litis contestationem.*

Superioribus id ostendimus, litis contestationem tum in primis factam fuisse, quando de causa constare deberet, de qua inter litigantes controversia futurumque iudicium erat, ex quo sua sponte fluit, litis contestationem in ordinariis tantum causis et litibus locum habuisse. Vnde manifestum, in causa interdictorum eam plane exulasse. Cum enim in iudiciis aut res peteretur, aut possessio, illic consueto procedendi modo utebantur, hic vero praetor interdictum dabat, in quo eo minus litis contestatio necessaria fuisse videtur, quum praetor nihil aliud faceret, quam ut aliquid vel iuberet vel prohiberet<sup>r)</sup>, quo solo totum interdictorum iudicium continebatur, ita ut neque actionis editio vel postulatio, neque vlla iudicis datio, neque sententiae pronuntiatio, adeoque nec litis contestatio locum inueniret. Interim tamen interdicta eandem vim eundemque effectum cum litis contestatione habuisse videntur. Certe, qui fructus erat litis contestationis, ut non solum post eam res cum omni causa restituenda, sed etiam culpa a bonae fidei possessore praestanda esset<sup>s)</sup>, eundem et datorum interdictorum fuisse videmus, cuius rei ULPIANVS auctor est, qui cum de eo loquitur, qui ex interdicto praetoris QVOD PRECARIO CONVENIATUR, *Generaliter*, inquit<sup>t)</sup>, *erit dicendum, in restitutionem venire dolum et culpam latam duntaxat, cetera non venire. Plane post interdictum editum oportebit et dolum, et culpam et omnem causam venire.* Similiter et eae causae, in quibus res per iurisiurandi religionem conficiebatur, solenni litis contestatione caruisse videtur. Etsi enim et hic quaestio esset et lis, de qua dissentiebant aduersarii, tamen, cum per iuramentum ipsa statim controversia componeretur, neque adeo iudicis datione, aut causae cognitione opus esset, sed per iuramentum praestitum non nisi aut noua actio ex iuramento, aut exceptio peremptoria<sup>u)</sup> nasceretur, inde in hoc iudicii genere non probabile est, solennem aliquam litis contestationem intercessisse. Cum autem eiusmodi iuramentum duplex esset, alterum, quod actor reo deferebat, *dare se non oportere*, alterum, quod reus actori, *dare eum oportere*<sup>x)</sup>, de utroque res eo certior videtur, quo clarius PAVLVS ad Edictum accipiendi iudicii necessitatem et iurisiurandi praestationem disiungit, cum, *Qui non compelluntur*, ait<sup>y)</sup>, *Romae iudicium accipere, nec iurare cogendi sunt,*

r) pr. I. de interd.

s) vid. infra sect. II § 8.

t) l. 8. §. 6. D. de precar.

u) l. 9. §. 1. D. de iurei.

x) l. 9. §. 6. D. eod.

y) l. 35. §. 2. D. eod.



sunt, ut legati provinciales, et adhuc manifestius in libro ad PLAVTIUM<sup>a)</sup>:  
*Ex quibus causis non cogitur legatus iudicium accipere, nec iurare cogendus est se dare non oportere, quia hoc iusiurandum in locum litis contestationis succedit.* Ex quibus postremis verbis cum satis, ut opinamur, patet, in iudiciis, in quibus alteruter litigantium iuramenti delatione utebatur, nullum litis contestationi locum fuisse, tum idem quoque inde colligi posse videtur quod, ut in interdiciis supra vidimus, ita in his quoque iudiciis, etsi non ipsa litis contestatio, eius tamen effectus cerni potuit. Quod enim PAVLVS dicit, *iusiurandum in locum litis contestationis succedit*, eo indicare videtur, qui in ordinariis iudiciis, cum causae cognitione coniunctis, litis contestationis fructus sit, eum in iuramenti delatione ipsius esse iurisiurandi, ita, ut, quemadmodum v. g. actiones temporariae post litis contestationem perpetuae fiebant, ita etiam a tempore iuramenti praestiti. Id quod VERPIANVS quoque confirmat, cum, *Si is, inquit<sup>a)</sup>, qui temporaria actione mihi obligatus erat, detulerit iusiurandum, ut iurem cum dare oportere, egoque iurauero, tempore non liberatur, quia post litem contestatam cum eo perpetuatur aduersus eum obligatio.* quibus verbis manifesto iurisiurando idem effectus tribuitur, qui alias litis contestationis esse constat.

## §. IX.

*In prouinciis quoque, et in iudiciis publicis litis contestationem fuisse.*

De reliquo id dubium esse non potest, etiam in prouinciis litis contestationem in usu fuisse. Quemadmodum enim in vniuersum ratio iudiciorum in prouinciis ad eam, quae in vrbe obtinebat, efformata erat<sup>b)</sup>, ita et litis contestationis, rei in iudicio tam necessariae, usum ibi fuisse, facile nobis persuademus. Id praeterea non solum EX CATIO colligi potest, qui in libris ad edictum provinciale litis contestationis et iudicii accipiendi mentionem facit<sup>c)</sup>, sed omnem etiam dubitationem eximunt ICTI MACER et PAVLVS, quorum ille libro primo de officio praesidis, *SCto, inquit<sup>d)</sup>, cauetur, ut de his, quae prouincias regentes, comites aut libertini eorum, antequam in prouinciam peruenerint, contraxerint, parcissime ius dicatur. Si quid tamen inuito accidit, veluti si iniuriam aut furtum passus est, haecenus ei ius dicendum est, ut litem contestetur, PAVLVS autem in libro de officio assessorum, Hoc, ait<sup>e)</sup>, constat, ut ante litem contestatam praeses iubeat*

2) l. 28. §. 2. D. de iudic.

a) l. 9. §. 3. D. de iurei.

b) SIGON. de ant. iure prouinc. L. II. c. 5. p. 290.

c) l. 8. D. de compens. l. 7. D. iud. folu.

d) l. 16. D. de off. praef.

e) l. 73. D. de procur.



iubeat in aede sacra pecuniam deponi. Quod si lis contestata est, hoc omne officio iudicis dirimendum est. Ex quibus locis quis est, qui non videat, litis contestationis solemnitatem etiam in prouinciis coram praesidibus et ceteris prouinciarum rectoribus locum habuisse, in quibus aequae utilitatis necessariaque fuit, quam in iudiciis vrbanis.

Nec putandum est, in solis iudiciis priuatis, de quibus in primis huc usque disputauimus, litis contestationem adhibitam fuisse, sed in publicis quoque locum inuenit. Quod ex *MODESTINO* intelligi potest, qui, *Ex iudiciorum publicorum*, ait <sup>f)</sup>, *admissis non alias transeunt aduersus heredes poenae bonorum ademptionis, quam si lis contestata et condemnatio fuerit secuta*, ex quo manifestum est, in publicis quoque iudiciis litem contestari consueuisse. Idem et *MACER* confirmat, dum, *Qui post inscriptionem*, inquit <sup>g)</sup>, *ante litem contestatam anno vel biennio agere non potuerint - in Sctum non incident*, et verba constitutionis graecae, ex *Basilicis sumtae* <sup>h)</sup>, probant: *πάσα δημοσία δίκη εντος εξ μηνων μετα την προατάξιν μετρημένων πληρῶσθω*, quocum et *IUSTINIANVS* conuenit, nisi quod loco sex mensium, duorum tantum spatium concedit <sup>i)</sup>. Inde quoque est, quod non minus in crimine sepulcri violati, quod extraordinarium fuisse, adeoque publico proxime accessisse constat, litis contestationis nomen reperimus, idque apud *VLPIANVM* <sup>k)</sup>, qui, cum edicti perpetui eum locum, quo de hoc iudicio agitur, interpretatur, inter alia dicit, si cuius intersit sepulcri violati agere, is autem initio agere detrectet, postea vero, antequam *lis contestetur*, poenitentia ducatur, et offerat se denuo ad agendum, eum audiendum esse.

§. X.

*Litis contestationis historia.*

In litis contestationis originibus inuestigandis tanta obscuritate premimur, vt, quo pedem figamus, ignoremus. Sunt, qui, secuti *CYACIUM* <sup>l)</sup>, litis contestationis vestigia in lege XII. tabularum expressa credunt, eaque in his verbis: *CVM PERORANT AMBO PRAESENTES*, sibi videre videntur. At valde veremur, ne ea magis ipsam causae defensionem, continua oratione ab vtraque parte peractam, significant, quam vt praecedentem aliquam peculiarem, eamque concisam causae controuersae constitutionem indicare videantur. Et profecto litis contestationis solemnitas a simplicitate illorum temporum nimis abhorrere videtur, quam vt eam iam

f) l. 20. D. de accus.

g) l. 15. §. 5. D. ad. Sct. Turill.

h) l. vlt. C. de iur. fisc. L. LVI. Basilic. t. 2.

i) l. vlt. C. vt intr. cert.

k) l. 3. §. 10. D. de sepulcr. viol.

l) L. IX. Obs. 21.



rum in usu fuisse credamus. Potius eo tempore litigantium unusquisque non nisi semel et perpetua oratione, quae dicenda habebat, coram iudice proposuisse videtur, cuius rei exemplum reperitur in famosa illa causa vindicationis in seruitutem, inter Claudium, Appii decemviri clientem et Virginiae agnatos, quod iudicium, et quicquid utraque litigantium pars in medium protulit, longe describit DIONYSIUS HALICARNASSEVS<sup>m)</sup>, ita tamen ut nulla solennis cuiusdam litis contestationis, aut factae ante omnia concisae de controuersiae statu disputationis, vestigia cerni possint. Quapropter forte a veritate non multum alieni erimus, si litis contestationis originem in id tempus collocandam putamus, quo patres pontificum ope formulas et solennitates in iudicia intulerunt, eaque non solum certis diebus adstiterunt, sed etiam in primis solennes verborum conceptiones excogitarunt, quibus litigantes, siue actionem in aduersarium intenderent, siue exceptionibus se defendere allaborarent, necessario uti debebant, unde forte sensim sensimque, in primis, postquam praetor causae cognitionem a se ad iudices pedaneos deuoluit, factum, ut in agendo, excipiendo, replicando, duplicando etc. aliquid solenne reperiretur, videreturque in eo totius iudicii basis et summa contineri, adeoque ipsa res peculiari nomine digna esse. Deinde cum Icti per disputationes forenses multos litis contestationi effectus, in primis circa rei controuersae fructus restituendos, tribuerent, et forte aliquoties factum esset, ut in re iudicata exequenda de tempore contestatae antea litis non satis constaret, hinc sine dubio usu euenit, ut, quemadmodum in ceteris rebus, quae vel aliquid solennitatis habebant, vel quadam aliquando probatione indigere videbantur, ita et in litis contestatione testes adhiberentur, ut et eo solennior esset, et de tempore, quo facta erat, eo melius constaret. Haec quomodocumque sint, id tamen certum est, litis contestationem iam CICERONIS tempore in usu fuisse, qui eius non solum in supra memorata oratione pro Roscio Comedo<sup>n)</sup>, sed etiam in scripta ad Atticum epistola<sup>o)</sup> meminit, et ita quidem meminit, ut facile colligere possimus, rem tunc non nouam fuisse, sed diu in iudiciis receptam vsitatamque. Quod si vero, quamdiu litis contestationis usus in foro permanerit, quaeramus, diligenter secernendae videntur ipsa litis contestatio, quatenus causam controuersam exponit, stabilitque, et formula solennitasque cum illa coniuncta, quo in primis testium iuocatio referenda est. Quod enim ad illam attinet, eo minus dubitandum est, eam nunquam intermortuam fuisse, quo magis adhuc hodie nostrorum

m) Ant. Rom. L. XI, p. 714. sqq.  
n) c. 11. et 12.

o) L. XVI, ep. 15.



strorum iudiciorum haud minimam partem efficit, quamvis mutata valde, et sibi fere non similis. Ipsa autem formula solennitasque etsi aliquamdiu se tuita est, tandem tamen occubuit. Et eo quidem tempore adhuc in usu fuisse, quo POMPEIUS FESTVS suos de significatione verborum libros scripsit, ex eo intelligi potest, quod de ea tanquam re praesenti loquitur, dum ait: *litem contestari dicuntur, cum utraque pars dicit: testes estote*; quo loquendi genere non usus fuisse videtur, si eam iam tunc pro re antiqua et obsoleta habuisset. At vero, quando demum evanuerit, de eo nihil certi affirmare audemus. Attamen non improbabile videtur, quae et GOEDDEI<sup>p)</sup>, BAUDISII<sup>q)</sup> sententia est, litis contestationis solennitatem tum in usu esse desisse, cum siue CONSTANTINI, siue THEODOSII constitutione<sup>r)</sup>, omne ius formularium sublatum, et pristina iudiciorum simplicitas restituta fuit, a quo tempore et antiqua litis contestatio, et omnis veterum iudiciorum forma magis magisque, accedente sequentibus temporibus Iuris pontificii auctoritate, obliterata, et tandem in hodiernam speciem transfusa est.

Interea tamen id, tanquam ad historiam antiquae litis contestationis pertinens, non praetereundum videtur, quod sub imperatoribus noua aliqua eius species inuenta, aut potius rei nouae nomen et effectus litis contestationis tributus fuit. Constat enim, eo tempore saepe accidisse, ut si quis litem cum altero haberet, principem per libellos supplices adiret, ei-que controuersiae decisionem deferreret, cuiusmodi libello imperator subscribere solebat, quemadmodum huius rei multa exempla in iure occurrunt, a BRISSONIO<sup>s)</sup> diligenter congesta. Eiusmodi igitur libellus, principi oblatus, non minus vim habebat et effectum litis contestationis quam si cum omni solennitate coram ius dicente fuisset peracta. Id, quod imperatores ARCADIVS et HONORIVS<sup>t)</sup> diserte dicunt: *Dubium non est, contestationem litis intelligi, etiam si nostrae fuerint tranquillitati preces oblatae*. Id vocabatur, ius litis contestationis petere et diuino rescripto mereri<sup>u)</sup>, qui autem eiusmodi rescriptum impetrauerat, id aduersario coram iudice so-

D 2

lenniter

p) l. c. §. 1.

q) progr. cit.

r) l. 1. C. de form. et impetr. act. subl. Lex inscribitur Constantino. Verum IAC. GOTHOFREDVS ad l. vn. C. Th. de omiff. act. impetr. putat, non Constantium, sed Theodosium demum omne ius formularium sustulisse.

s) de form. L. III. c. 22. et sel. ant. L. III c. 7.

t) l. 1. C. quom. libellus principi datus litis contestationem faciat.

u) l. 33. C. de donat.

x) vid. l. 2. C. Th. vnde vi l. 2. 4. 5. 6. C. Th. de denunc. vel edit. rescr. et IAC. GOTHOFREDI paratitl. ad h. tit.



lenniter edebat, quae *denunciatio* dicebatur <sup>x)</sup>, item *testatio* <sup>y)</sup>, nominis antiqui similitudine retenta. Ab hac autem denunciatione vel editione rescripti, aduersario iudicialiter facta, lis exordium capiebat, vnde Imp. VALENTINIANVS, *Post celebratam*, inquit <sup>z)</sup>, *denunciationem, seu editio, siue editione rescripti, quod tamen iure sit impetratum, litis exordium auspicatur, inter iustas videlicet, legitimasque personas.*

## S E C T I O II.

D E

## EFFECTV LITIS CONTESTATIONIS

## I V R E V E T E R I.

§. I.

*Litis contestatione actoris conditionem non deteriolem, sed meliorem fieri.*

Cognita litis contestationis antiquae natura, de eius etiam effectibus <sup>y)</sup> videamus. Quo loco primum nominandus est generalis aliquis effectus, qui latissime patet, et in omnes ceteros singulares se diffundit, quod nempe conditionem eius, qui litem contestatur, non deteriolem efficiat, sed plerumque meliorem. Id PAVLVVS non solum disertè dicit, dum, *Non solet*, inquit <sup>b)</sup>, *deterior conditio fieri eorum, qui litem contestati sunt, quam si non, sed plerumque melior*, verum rationem quoque addit <sup>c)</sup>: *quoniam nemo in prosequendo deteriolem causam, sed meliorem facit* <sup>d)</sup>. Quae verba etsi admodum generalia sunt, et exceptionem pati non videntur, tamen fuere quidam, et inter eos ipse FR. HOTOMANNVS <sup>d)</sup>, qui, quoniam PAVLVVS dicat, plerumque effici meliorem conditionem eius, qui litem contestetur, inde collegerunt, fieri posse, vt quandoque deterior reddatur, in qua re eo progrediuntur, vt et exempla afferant, ab eo petita, quod post litem contestatam neque iudex reculari, neque libellus procuratorue mutari, neque amplius satisfactio rati exigi, neque lis cum vno fideiussorum contestata redintegrari et inter omnes diuidi possit,

y) d. l. 2. de denunci. vel ed. rescr. IV c. 3. sed breuissimis. neque ordine aliquo seruato omisit etiam plurimos.

z) l. 4. C. Th. de denunci. vel ed. rescr. b) l. 86 D. de reg. iur.

a) Litis contestationis effectus recenset FR. HOTOMANNVS Obs. L. c) l. 87 D. eod.

d) Obseru. L. IV. c. 5 suo fin.



possit, et quae sunt reliqua. Sed his iam satisfecit Cel. GVNDLINGIVS<sup>e)</sup>, ostenditque, omnia ea, quae aliquam detrimenti, ex litis contestatione capti, speciem prae se ferant, aut verum damnum non afferre, cum potius quilibet actor, iuris, iustique amans, ipse non sit postulaturus, ut iudicium coeprum et iam agnitum transferatur, vel semel electus modus mutetur, aut perperam litis contestationi tribui, verborum PAVLINORVM autem eum sensum esse, ut per litem contestatam actoris conditio deterior quidem nunquam, saepe autem, quin plerumque melior efficiatur. Id vero, per se intelligitur, de actore tantum intelligendum esse, quippe qui solus, ut supra vidimus, proprie litem contestari dicitur. Rei enim conditio plerumque, ne dicam semper, per litis contestationem deterior redditur.

## §. II.

*Litis contestatione inter litigantes quasi contrahebatur.*

Praeter hunc litis contestationis generalem effectum, seu potius fructum, per omnem litis contestatae agrum se diffundentem, est adhuc alius capitalis, e quo reliqui omnes singulares, tanquam e scaturigine riuus dimanare videntur. Is eo continetur, quod litis contestatio iure Romano pro quasi contractu et quasi conventionione habebatur, quae res perquam cognita est, et ab omnibus Iuris interpretibus recepta. Neque sane VLPIANVS<sup>f)</sup>, ad cuius testimonium prouocari solet, id obscure indicat, cum dicit, uti stipulatione contrahatur, ita iudicio inter litigantes contrahi. Si autem iudicio contrahitur, id necessario per litis contestationem fieri debet, qua primum incipit lis esse et iudicium constitui, ut supra vidimus. Profecto neque iudicis datio, neque satisfationes, neque institutae actionis comprobatio. ceterique actus aliquam pacificandi vim habere possunt. Potius cum hic aliqua stipulationis similitudo, teste VLPIANO, intercedere debeat, id ad nullam aliam iudicii partem, quam ad litis contestationem applicari posse videtur. Quae admodum enim stipulatio primo duarum personarum concursum, qui de re aliqua transigant inter se, requirit, deinde solennem verborum formulam postulat, quibus alter ab altero prouocatus, ei contestim respondet, ita et in litis contestatione non solum actor et reus conueniunt eo consilio, ut de re quadam inter se decidatur, sed prouocat etiam actor, eique reus respondet, quod vtrumque verbis solennibus fieri consueuisse, supra ostendimus, inuocatisque testibus, quos et in stipulationibus

D 3

nibus

e) in diss. iam aliquoties citata, de lite contestata commoda plerumque, incommoda nunquam, Cap. II.

f) l. 3. §. II. D. de pecul.



nibus plerumque adhibebant. Litigantes itaque, etsi re ipsa maxime inter se dissentiunt, tamen in eo conueniunt, ut uterque hoc iudicio controuersiam decidendam, et, cuiusnam esse debeat res in iudicium deducta, discutiendum putet, quapropter, quemadmodum et stipulatio in diem certum vel euentum fieri potest, ita et illi inter se quasi contrahere et pacisci se-cum videntur, se huius iudicii, uti eo tempore constitutum est, finem expectaturos, et, si per iudicis sententiam reus condemnatum eat, restitutum rem petitam actori, si absolutum, hunc illi ipsam relinquitur esse. Cuius rei si causam quaeris, eam nusquam alias inueniri posse putamus, quam in singulari fauore ciuium Romanorum, quibus hoc priuilegii a maioribus inde indultum erat, quod nemo iure suo inuitis priuari poterat, seu, uti CICERO <sup>g)</sup> dicit, vnusquisque iuris sui et retinendi et dimittendi dominus erat. Certe libertatem constat non solum publice condemnatis adimi non potuisse, nisi auctores facti fuissent, sed in priuatis etiam iudiciis idem obseruatum fuisse videtur, quo CICERONIS verba <sup>h)</sup> referenda putamus: *Maiores nostri de ciuitate et libertate ea iura sanxerunt, quae nec vis temporum, potentia magistratuum, nec res iudicata labefactare possit, quae postrema verba de publica condemnatione vix usurpari inueniuntur.* In vniuersum, Romani nihil volebant, ciuibus suis inuitis adimi, sed vbiq[ue] consensum eorum requirebant, quem si viderent non semper verbis expressum adesse posse, variis fictionibus iuris aut alio modo eum supplere solebant, cuiusmodi celebre est exemplum in loco de v[er]ucapione. Sic itaque in iudiciis quoque vario modo vtriusque partis consensum postulabant, qualis non solum in consuetis sponsonibus et satisfactionum stipulationibus, sed in iudice etiam dando cernitur, de quo non solum ipsis verbis inter litigantes conuenire poterat, sed etiam vel eo in ipsum consensisse videbantur, si modo datum a praetore non recusassent, vnde CICERO, *Neminem, ait <sup>i)</sup>, maiores nostri voluerunt, non modo de existimatione, sed ne pecuniaria quidem re minima esse iudicem, nisi qui inter aduersarios conuenisset.* Ita quoque sine dubio nemini inuito rem sententia eripi posse crediderunt, potius id ex propria conuentione et pacto fieri voluerunt. Quod iam summus ICTVS IO. OLDENDORPIVS <sup>k)</sup> vidit, qui non minus litis contestationis originem a libertate Romana repetit, eamque hoc tantum consilio inductam fuisse dicit, ne quicquam violentum admitteretur, sed omnia volentibus partibus fieri viderentur, vnde, qui eum sequitur, G. E. BEYERVS

g) or. pro Balb. c. 13. cf. SIGON. de ant. iur. ciu. R. L. I. p. 24.

h) or. pro dom. c. 30.

i) pro Cluent. c. 43.

k) in praef. progymn. action.



rus<sup>l)</sup> perperam a GVNDLINGIO<sup>m)</sup> ridetur. In ius enim vocatio proprie non violenta erat, sed rogandus potius reus, ut actorem ad tribunal sequeretur, et rari non nisi tum poterat, si contumax esset, et iudicis dignitatem spernere videretur, unde et testes ad contumaciam probandam adhibendi erant. Ex ea igitur, quam diximus, quasi contractus per litis contestationem celebrari fictione varii fructus prouenerunt, quos, quantum fieri poterit, breuiter recensemus.

## §. III.

*Litis contestatione nouationem et delegationem fieri.*

Vidimus, per litis contestationem quasi contrahi. Fit igitur circa rem, quae in iudicium deducitur, aliquod pactum nouum, quod antea non erat. Vbi autem adest nouum pactum, ibi nouatio existit. *Nouatio enim a nouo nomen accipit, et a noua obligatione, ut refert VLPIANVS<sup>n)</sup>*. Hinc fit, ut per litis contestationem dicatur nouatio contrahi, non quidem eo sensu, ut pristina obligatio perimatur et reus desinat ex ea debere, sed quoniam additur ei, et quasi substituitur noua<sup>o)</sup>, sine qua ex sola illa veteri solutio a renitente debitore cum effectu impetrari non poterat. Stipulatio enim, vel quacuis alia obligatio non nisi actionem ex stipulatu, vel prout natura ceterarum obligationum ferret, aliam huius generis, producebat, quam actor postulabat a praetore. Verum haec nondum sufficiebat ad consequendum cum effectu id, quod debebatur, sed alia actione opus erat, nempe actione iudicati<sup>p)</sup>, quae originetenus descendit ex quasi contractu litem contestantium. Quoniam autem haec nouatio, quae per litis contestationem contrahitur, ab illa, quae extra iudicium fit, admodum et in primis in eo diuersa est, quod haec non nisi vtriusque partis voluntate veroque consensu perficitur, haec autem cum ipsa lite contestata acceptoque iudicio necessario coniuncta est, et plerumque inuito, nisi actore, saltim reo, suscipitur, hinc illa voluntaria, haec necessaria vocatur, et vtraque ab altera diligenter separatur, quod facit PAVLVS, cum dicit<sup>q)</sup>, *aliam esse causam nouationis voluntariae, aliam iudicii accepti.*

## Nouationi

l) del. iur. ciu. ad π. tit. de iudic. in fin.

m) d. diff. cap. IV. §. 9.

n) l. i. pr. D. de nouat. et deleg.

o) cf. GVNDLING. diff. cit. c. II. §. 3. s. 11.

p) l. 6. §. 1. 3. 1. 7. D. de re iud. l. 69. D. de solut. cf. HAVER memor. act. P. I. p. 136. Vid. etiam de hac actione supra laud. KVSTNERI diff. de pig. gnore in causa iudicati capto, §. 8.

q) l. 29. D. de nouat. et deleg.



Nouationi agnata est delegatio, quae pari modo per litis contestationem fieri dicebatur. VLPIANVS <sup>r)</sup> enim, *Fit, inquit, delegatio vel per stipulationem, vel per litis contestationem.* Quod tamen non ita intelligendum est, quasi semper et cum omni litis contestatione delegatio fuerit connexa, quemadmodum de nouatione vidimus, sed interdum tantum fiebat, quod non solum tunc contigisse putamus, si quis alienae liti se obtulerit, et iudicium sponte pro altero suscepit <sup>s)</sup>, sed etiam in primis tunc, quando interrogatus in iure heredem se vel dominum rei controuersae e. c. ferui, qui damnum dederat, aut animalis, quod pauperiem fecerat, confessus sit <sup>t)</sup>, unde VLPIANVS ait <sup>u)</sup>: *Qui interrogatus responderit, sic tenetur, quasi ex contractu obligatus:* et ita quidem tenetur, ut, quemadmodum et in vera delegatione, prioris debitoris obligatio perimatur <sup>v)</sup>, quo POMPONIVS respicit, cum scribit <sup>y)</sup>: *Solutione vel iudicium pro nobis accipiendo et inuiti et ignorantes liberari possumus.*

## §. IV.

*Interrumpitur praescriptio et actiones perpetuantur.*

Qui de re, ad quam ius ipsi competit, retinenda vel recuperanda de nouo paciscitur, is eo ipso animum declarat, se eam derelinquere nolle, sed ius potius suum conseruare velle. Cum igitur praesumpta derelictio fundamentum sit omnis praescriptionis, efficitur inde, litis contestatione praescriptionem actionum interrumpi, quod diserte DIOCLETIANVS Imp. affirmat, dum, *Morae litis, inquit* <sup>z)</sup>, *causam possessoris non instrunt ad inducendam longae possessionis praescriptionem, quae post litem contestatam in praeteritum aestimatur*, h. e. tempore litis contestatae quaeritur tantum, an iam expleta sit praescriptio, nondum vero perfectam litis contestatio interrumpit; unde idem Imperator alio loco ait <sup>a)</sup>: *Nec bona fide possessionem adeptis longi temporis praescriptio post moram litis contestatae completa proficit, cum post motam controuersiam in praeteritum aestimetur.* Huic praescriptioni similis est is litis contestationis admodum celeberrimus effectus, quod per eam actiones perpetuari dicuntur <sup>b)</sup>. PAVLVS libro nono Responsorum <sup>c)</sup>: *Litis contestatione actiones temporariae perpetuantur,*

r) l. 11. D. eod.

s) vid. l. 4. pr. de reiud. et l. 23. D. de solut. et lib.

t) vid. l. 4. pr. l. 7. et §. D. de interr. in iur. fac.

u) l. 11. §. 9. D. eod.

x) l. 13. l. 20. D. eod.

y) l. 23. D. de solut. et lib.

z) l. 26. D. de rei vind.

a) l. 10. C. de praescr. long. temp. cf. l. 2. C. eod.

b) conf. CVIAC. L. XVIII. obs. 29.

c) l. ult. §. 1. D. de fideiuss. tut.



tuantur, et VIPIANVS loco iam supra adducto <sup>d)</sup>: *Si is, qui temporaria actione mihi obligatus erat, detulerit iusiurandum, ut iurem, egoque iurauero, tempore non liberatur, quia post litis contestationem perpetuatur obligatio.* Hinc est, quod, cum D. MARCVS oratione iuberet, ne quis tempore messium vindemiarumque in forum compelleretur, idem imperator hanc exceptionem addidit: si actio tempore sit peritura. *Tunc enim* <sup>e)</sup>, *inquit, cogendi sumus ad praetorem venire. Verum ad hoc tantum cogi aequum est, ut lis contestetur.* Sed contestata lite, reliqua iudicii pars vsque post finitas ferias differri poterat. Similiter PAVLVVS, dum quaerit, legatusne iudicii accipiendi causa Romam euocari debeat, nec ne, *Si dies,* <sup>f)</sup>, *ait, actionis exitura erit, causa cognita aduersus eum iudicium praetor dare debet, ut lis contestetur,* et ob eandem rationem alio loco dicit <sup>g)</sup>, si dominus in eum, quem in feruitatem vindicat, aliam actionem instituere velit, suscipiendum esse iudicium *ad litis contestationem*, deinde vero vsque ad finitam liberalem causam suspendendum. Haec ipsa autem actionum perpetuitas, quam litis contestatione effici diximus, aliter intelligenda est antiquo iure, aliter tempore THEODOSII et IVSTINIANI. Cum enim iure veteri omnes actiones ciuiles, quae non expresse certis temporum limitibus circumscriptae erant <sup>h)</sup>, vere perpetuae essent, h. e. sempiternae, et in aeternum durarent, ita vt quouis tempore institui possent, quoniam ipsum ius ciuile, vnde descendebant, perpetuum erat, et sempiternum <sup>i)</sup>, illae etiam, quae alias certo temporis lapsu praeccludebantur, si litis contestatio accessisset, ita perpetuae fiebant, vt ab hoc momento nullo porro tempore interirent, sed in aeternum vigerent. Ita intelligi debet PAVLVVS, cum dicit <sup>k)</sup>: *Si actiones tales sint, vt tempore aut morte intereant, quare non concedatur ei litem contestando IN TUTVM eas redigere?* nempe ita in tutum, vt actor quolibet futuro tempore tutus esse possit, eas nunquam in posterum praescriptione tolli posse, quales a CAIO <sup>l)</sup> saluae appellantur. Ita iure veteri. Sed ex quo Imperator THEODOSIVS siue Magnus <sup>m)</sup>, siue Iunior <sup>n)</sup> praescriptionem XXX. annorum introduxit, voluit-

d) l. 9. §. 3. de iureiur. cf. l. 29. D. de nouat.

e) l. 1. §. 2. D. de fer.

f) l. 28. §. 4. D. de iudic.

g) l. 24. §. 3. D. de lib. caus.

h) quales erant pleraeque praetoriae, actio aestimatoria, de dolo, querela inofficiosa, et aliae. Conf. CUIAC. de diuersis temp. praescript.

i) pr. l. de perp. et temp. act.

k) l. 24. pr. D. de lib. caus.

l) l. 139. D. de R. I.

m) vti CUIACIVS purat L. XVIII. Obs. 26. quem tamen confutat IAC. GOTHOFREDVS ad l. 1. C. Th. de act. cert. temp. fin.

n) l. 3. C. de praescr. 30. vel 40. ann.



voluitque, ut omnes eae actiones, quae antiquitus perpetuae et aeternae fuerant, non nisi triginta annos durarent, ex eo, seruato post rem abrogatam nomine, perpetuitatis vocabulum non modo in omni actionum causa a proprio et naturali intellectu in nouam et inuolatam significationem mutatum fuit et inflexum, sed eadem etiam res ad litis contestationem translata est, ita, ut quando deinde per eam actio perpetuari diceretur, hoc ipso id solum significaretur, actionem in futurum triginta adhuc annos duraturam esse. Id tamen iterum mutauit Imperator IUSTINIANVS, qui sub specie, maius debere commodum esse eius, qui actionem instituire coeperit, et litem sit contestatus, quam qui id omiserit, perpetuitati actionum, litis contestatione in tutum redactarum, decem annos addendos putauit, ut adeo postea hoc modo perpetuae effectae, neque in aeternum, neque triginta, sed quadraginta annos uiuerent, numerandos non ab ipsa litis contestatione, sed ab eo quod ultimum in iudicio fuerat, antequam causa ab actore relinqueretur <sup>o</sup>).

Interrumpebatur igitur lite contestata actionum praescriptio. Quid autem est, quod nihilominus usucapio litis contestatione interim non poterat? Etenim VLPPIANVS disertè ait <sup>p</sup>): *Si usucapio fuerit coepta ab eo, qui heres non erat, ante litem contestatam, et postea impleta fuerit, rem de iudicio subducit, et adhuc clarius PAVLVS <sup>q</sup>): Si rem alienam emero, et cum usucapere eandem rem, dominus a me petierit, non interpellari usucapionem meam litis contestatione <sup>r</sup>)*. Huius rei alii aliam rationem attulerunt, inter quos GYNDLINGIUS <sup>s</sup>) cum CUIACIO <sup>t</sup>) eam suppeditat, quod praescriptio facti sit, usucapio vero iuris, et e lege XII. tabularum descendat, adeoque solo facto priuato interrumpi non possit. Sed cum litis contestatio, quae fit publice in iudicio, nudum factum priuatum appellari non possit, praescriptio vero non minus iuris sit et a iuris conditoribus recepta, etsi non e lege XII. tabularum profecta, veremur, ut haec vera eius rei causa sit. Nos potius eam in hoc inuenisse nobis videmur, quod usucapio inter legitimos acquirendi modos numerabatur, et inde dominium Quiritarium attribuebat <sup>u</sup>), cum contra praescriptio longi temporis exceptionem tantum, et, cum inter istos legitimos acquirendi modos non esset,

ann. cf. Nou. VALENTIN. c. 8. de 30. ann. praeser.

o) l. ult. C. de praeser. 30. vel 40. ann.

p) l. 14. D. fam. ercisc.

q) l. 2. §. 21. pro emt.

r) cf. L. 2. D. pro donat.

s) diff. saepe cit. cap. II §. 13.

t) Paratit. ad D. pro emt.

u) VLP. fragm. Tit. XIX §. 2. conf. SIGON. de ant. iur. ciu. L. I. c. 11. et BRISSON. ant. L. IV. c. 22.



esset, non nisi dominium bonitarium dare poterat<sup>x)</sup>. Cum igitur, qui rem bona fide per aliquod tempus possidebat, iam coeperat illo legitimo modo uti, et in ipso acquirendo dominio Quiritario versari, quibus autem modis acquiritur, iisdem, nec aliis, ipsa acquisitio amitti potest<sup>y)</sup>, hinc forte veteres Iuris conditores crediderunt, qui in acquirendo per usucapionem dominio versaretur, eum hanc ipsam semel coeptam acquisitionem nec ullo alio, quam vno ex receptis ciuilibus et legitimis acquirendi domini Quiritarii modis, amittere posse. Inter quos cum litis contestatio, recens quippe inuentum et diu post XII. tabulas excogitatum, non inueniatur, sed additio tamen et adiudicatio<sup>z)</sup>, inde euenisse videtur, ut non litis contestatio, sed forte ipsa demum condemnatio usucapionem interpellare posset. Quae quanquam ita videntur, tamen non credendum est, si quis ante litem contestatam usucapionem ceperit, et postea demum eam perfecit, ea re petitorum iure suo plane defraudatum fuisse, sed, quoniam cum usucapio non exceptionem, sed actionem tantum suppeditabat, tum praescriptio, qua demum actoris petitio excipiendo praeccludi poterat, longior erat usucapione, vel plures annos complectebatur, hinc usu receptum fuit, ut nihilominus possessor, usucapione quamuis post litem contestatam completa, tamen ad rem vincenti petitori cum causa restituendam condemnari posset, id, quod ex CAIO et PAVLO intelligitur, quorum ille, *Si post iudicium, inquit<sup>a)</sup>, acceptum possessor usu hominem cepit, debet eum tradere, eoque nomine de dolo cauere. Periculum est enim, ne eum vel pignorauerit, vel manumiserit*, quod vi domini, per usucapionem acquisiti, facere poterat. PAVLVS autem dicit<sup>b)</sup>, si idem seruus usucaptus, fugerit sine culpa possessoris, reum absoluendum quidem esse, sed eum tamen actori et fructus perceptos restituere, et actiones suas cedere debere, nempe eas, quas ex completa usucapione sibi acquisuerat, ut iis actor contra alium quemcunque uti possit, ipsi autem usucapienti non amplius profint. De reliquo, cum, ut antea vidimus, imperatores nouum aliquod, si ita dicere ius est, litis contestationis genus excogitassent, quando nempe principi libellus porrigebatur, qui, subscriptione secuta, aduersario edebatur, quid mirum, si et huius rei eundem, quem verae litis contestationis effectum esse voluerunt, quod ipse IUSTINIANVS declarat, dum *temporales actiones memorat, quae per oblationem precum et ad eas rescriptionem perpetuentur<sup>c)</sup>*.

E 2

§. V.

x) cf. HEINECC. Elem. I. C. sec. Inst. ad tit. de usucap. §. 438.

y) l. 135. D. de R. I.

z) VLP. l. c. §. 2. et 16.

a) l. 18. D. de rei vind. et, l. 20. D. eod.

b) l. 21. D. eod.

c) §. 1. I. perp. et temp. act. cf. HAVER memor. action. proem. p. 236 et CUIAC. L. IV. obs. 19.



## §. V.

*Transferuntur actiones ad heredes.*

Qui contrahit, non solum pro se, sed etiam pro heredibus contrahere videtur. Cum igitur fictio naturam imitetur, veteres fictio litis contestationis quasi contractui et hunc effectum attribuuerunt, ut eas actiones, quae alias cum ipsis personis moriebantur, ad heredes actorum reorumque perferre posset. Inter omnes autem constat, in primis actiones poenales in heredes non competere<sup>cc)</sup>, unde, eas litis contestatione ad heredes produci, ipse IMPERATOR dicit<sup>d)</sup>: *Poenales, inquit, actiones, si ab ipsis principalibus personis fuerint contestatae, et heredibus dantur, et contra heredes, ac PAVLVS<sup>e)</sup>: Poenalia iudicia, semel accepta, in heredes transmitti possunt<sup>f)</sup>*. Quod autem ad actiones civiles ex vindicta descendentes attinet, quae nec magis heredibus dari solent, in iis litis contestationis aliqua vis fuisse non videtur. Quanquam enim Imp. ANTONINVS<sup>g)</sup> heredi potestatem concedit, querelae inofficiosi testamenti post litem contestatam continuandae, tamen non solum ipse addit, id fieri iam tum posse, si modo defunctus in animo habuerit, eam instituere, sed aliunde etiam constat, sola libelli oblatione hanc actionem ad successores descendere<sup>h)</sup>. At actio iniuriarum, quoniam simul poenalis est, per litis contestationem ad heredem, teste VLPIANO<sup>i)</sup> et ipso IVSTINIANO<sup>k)</sup>, transit. Itaque de poenalibus solum intelligendus est CALLISTRATVS, quando libro primo Edicti monitorii scribit<sup>l)</sup>, *ex omnibus causis lites contestatas in heredem, similesque personas transire<sup>m)</sup>*. Quod tamen non ita accipi debet, ut et exstimationis iacturam, quam cum quibusdam actionibus coniunctam fuisse constat, simul ad heredes transisse putemus. Qui enim alieno nomine condemnatur, non laborat infamia, auctore VLPIANO<sup>n)</sup>, quod adeo verum est, ut nec feruus, cuius nomine dominus noxale iudicium famosum acceperat, heres domini, post litis contestationem mortui, factus et eodem iudicio condemnatus, referente PAVLO<sup>o)</sup>, infamis fiat, propterea, quoniam ab initio lis in eum contestata non fuerat. Ceterum id quaesitu dignum est, an et poenalia iudiciorum publicorum post litis contestationem

aduersus

cc) l. 2. C. qu. lib. pr. dat.

d) d. §. 1. in fin.

e) l. 164. D. de R. I.

f) cf. l. 26. D. de obl. et act. l. vlt. §. 1. D. de fideiuss. tut. et l. 4. C. de iurisd. omn. iud.

g) l. 5. C. de inoff. test.

h) l. 6. §. vlt. l. 7. D. de inoff. test.

i) l. 13 pr. D. de iniur.

k) d. §. 1. I. de perp. et temp. act.

cf. l. 10. §. 2. D. si quis caut.

l) l. 58. D. de obl. et act.

m) cf. l. 139. D. de R. I.

n) l. 6 §. 2. D. de his, qui not. inf.

o) l. 14. D. eod.



aduersus rei heredes extendantur. Quemadmodum autem per se intelligitur, ab iis poenis, quae capitis deminutionem afferunt, heredes immunes esse, quippe quae delinquentium personam egredi non debent, ita, quod ad publicationem bonorum attinet, *MODESTINVS* rem clare definit, cuius verba integra apponere placet: *E iudiciorum, inquit<sup>p</sup>), publicorum admissis non alias transeunt aduersus heredes poenae bonorum ademptionis, quam si lis contestata et condemnatio fuerit secuta, excepto repetundarum et maiestatis iudicio, quae etiam mortuis reis, cum quibus nihil actum, adhuc exerceri placuit, ut bona eorum fisco vindicentur. Ex ceteris vero delictis poena incipere ab herede ita demum potest, si viuo reo accusatio mota est, licet non fuit condemnatio secuta.* Ex quo loco, quis est qui non videat, in iudiciis publicis, duobus tantummodo exceptis, solam litis contestationem non sufficere ad transferendam in heredes bonorum publicandorum poenam, per cetera vero delicta, quae *Modestinus* publicis opponit, sine dubio nulla alia intelligit, quam priuata, et, si vis, extraordinaria quoque, de quibus etiam *Iulis Imp. DIOCLETIANVS* loqui videtur, cum eius, *qui vim fecit, vel concussionem intulit, vel aliquid deliquit, successorem post litem contestatam teneri dicit<sup>q</sup>*). Vnde non opus est, eorum litigiis se immiscere, qui consentire inter se non possunt, qualia demum iudicia sunt, in quibus vel sola litis contestatio, vel non nisi cum condemnatione coniuncta, poenas aduersus heredes prosequatur<sup>r</sup>). Id saltem ex superioribus certum et extra dubitationem positum est, priuatas actiones, quae alias morte peribant, per litis contestationem ad heredes propagatas fuisse.

Inter has etiam referendae sunt eae, quas, competentes contra tertium, alter alteri donationis titulo cesserat. Hae enim ante *IUSTINIANI* constitutionem, nisi lite aduersus debitorem contestata, ad donatarii heredem non transferebantur. Ea autem constitutio sic se habet<sup>s</sup>): *Illam subtilem obseruationem amputamus, per quam donationis titulo cessiones actionum accipientes non aliter suis eas transmittere heredibus poterant, nisi litem ex his contestati essent, vel ius contestationis diuino rescripto meruissent. Nam sicut venditionis titulo cessas etiam ante litis contestationem ad heredes transmitti permittitur; simili modo et donatas ad eos transferri volumus, licet nulla contestatio vel fobla vel petita sit; ex quibus verbis intelligitur, olim actiones venditas ad heredes transisse, donatas non trans-*

E 3

p) l. 20. D. de accus.

r) vid. GUNDLING diff. cit. c. II

§. 17. 18.

q) l. vn. C. ex del. def.

s) l. 23. C. de donat.



uisse, cuius rei causa sine dubio in eo quaerenda est, quod antiquitus ad donationes perficiendas ipsa quoque traditio requirebatur<sup>t)</sup>, vti vel legis Cinciae capite tertio cautum<sup>u)</sup>. Cum vero nulla traditio fieri queat, nisi adsit res, quae ipsa tradi, et de manu in manum transferri possit, actio vero nondum instituta vel contestata non tam actio sit, quam actione quondam experiundi potestas, hinc donatarum actionum traditionem, et ex parte donatarii acceptionem veteres fictione quadam in tempus contestatae a donatario litis contulisse videntur, vt tum demum perfecta esset et completa, nec prius donatarius pro domino haberetur; vnde nec antea procuratorem dare poterat<sup>x)</sup>. In emtione vero secus est, vbi de tradenda demum re contrahitur, non ipsa traditio ad consummandum contractum requiritur. Sed redeamus ad Imperatorem, qui in dicta constitutione et eorum meminit, *qui ius contestationis diuino rescripto meruissent*. Nam et huius generis litis contestationi is effectus est, vt ad heredes progrediatur, de quo HONORIVS scribit<sup>y)</sup>: *Dubium non est, contestationem litis intelligi, etiamsi nostrae fuerint tranquillitati preces oblatas, easque aduersus heredem quoque eius, in quem porrectae sunt, vel ab herede eius, qui meruit, exerceri*. Solus libertatis ingenuitatisque fauor fecisse videtur, vt in actionibus praeiudicialibus hic litis contestationis effectus quodammodo cessauerit. Non enim ea solum actio, quae sententiam pro ingenuitate latam retractat, quamuis iam contestata, cum morte rei extinguebatur<sup>z)</sup>, sed etiam quaelibet alia de statu cuiusdam, vti post quinquennium a morte ipsius ex edicto D. Neruae non moueri, ita nec, etiamsi viuo eo coepta esset, effluxo isto spatio, resuscitari continuarique poterat<sup>a)</sup>. Hoc enim quinquennium PAPINIANVS intelligere videtur, cum dicit<sup>b)</sup>: *Si veterem causam, desistente, qui mouit, LONGO silentio finitam, probetur, quod ACCVRSIVS sine causa pro triennio accepit, approbante, vti videtur, CUIACIO<sup>c)</sup>*.

§. VI.

t) §. 2. I. de donat. cf. VINNIUM ad Inst. h. 1.

u) vid. BRVMMER ad leg. Cinc. c. 13. sqq.

x) d. l. 33. C. de donat.

y) l. 1. C. quand. lib. princ. dat.

z) l. 1. §. 3. D. ne de stat. def.

a) l. 2. §. 2. D. eod.

b) d. §. 2.

c) L. XVIII. obs. 29. in fin. vbi ea, quae diximus ad perpetuandas per litis contestationem actiones, tanquam exceptionem a regula, refert. Nobis tamen, quia hae status quaestiones non tempore, sed morte pereunt, potius in hunc locum conferenda visa sunt.



## §. VI.

*Post litem contestatam neque rem litigiosam alienari, neque iudicis litem contestantium personam mutari potuisse, et de dominio litis.*

Cum litigantes quasi paciscantur, velle se de re in iudicium deducta sententiam iudicis expectare, et facere id, quod iudicatum erit, hinc res, de qua lis contestata est, h. e. litigiosa, pendente lite, et antequam initi pacti conditio adimpleatur, alienari, eiusque dominium transferri non potest, quod PAPINIANVS docet, dum, *Alienationes*, ait <sup>d)</sup>, *post iudicium acceptum interdictae sunt*, exceptis tamen his, *quae vetustiore causam et originem iuris habent necessariam*, v. g. si res litigiosa iam antea alicui in diem, aut sub conditione legata fuit. Erant autem omnes rerum litigiosarum alienationes ita prohibitae, vt res, semel in iudicium deducta, ne in sacrum quidem dedicari posset, id, quod iam Lex XII. tabularum, auctore CAIO <sup>e)</sup>, in iis rebus, de qua controversia mota erat, sub poena dupli prohibuit. Ipsa vero alienatio cum in vniuersum interdicta esset, quid mirum, quod nec in iudiciis duplicibus, seu diuitoriis locum habuit, cui rei non solum lex quaedam LICINIA <sup>f)</sup> prospexit, sed Imp. quoque ANTONINVS diserte <sup>g)</sup> vt post litem contestationem nemo nec partem suam, ceteris eiusdem rei dominis non consentientibus, alienare possit, constituit. Quid quod res litigiosa ne a loco quidem, vbi iudicium acceptum erat, moueri debebat, vnde PAVLVS, *Si ab eo loco, inquit <sup>h)</sup>, vbi lis contestata est, subtraham eam (rem petitam) alio transtulerit, illic restituere debet, vnde subtrahit, sumtibus suis*. Cum itaque res, quae semel per litem contestationem in iudicium deducta erat, inde detrahi non posset, adeoque actor constans ius haberet, eam rem persequendi, hinc factum, vt et eae actiones, quae alias in bonis actoris esse non credebantur, a litem contestationis tempore inter ea connumerari inciperent, vti de actionibus popularibus, et iniuriarum VLPIANVS <sup>i)</sup> commemorat, vnde etiam in compensationem veniant <sup>k)</sup>. Non autem solus reus ab alienatione vel mutatione rerum litigiosarum arcebatur, sed nec actor in quocunque iudicio, actionem, si iam contestata esset, alteri cedere poterat, prout CONSTANTINVS M. edixit <sup>l)</sup>, quo tamen

non

d) l. 13. D. fam. ercisc. cf. tot. tit. D. et C. de litigios.

e) l. 3. D. eod.

f) l. ult. D. de alien. iud. mut. c. De hac lege Licinia, cum ceteris eiusdem nominis non confundenda, parum inuenies apud legum Romanorum scriptores.

g) l. 2. C. comm. diu.

h) l. 12. D. de rei vind.

i) l. 12. D. de Verb. sign. l. 28. D. de iniur. cf. l. 32. pr. D. ad leg. Falc.

k) l. 8. D. de compens.

l) l. 2. C. eod.



non putandum est, ipsam inter litigantes de rebus in iudicio disceptandis transactionem interdictam fuisse, quippe quae post rem demum iudicatam vetita erat, sed ante et post litis contestationem permissa <sup>m)</sup>.

Porro nec actor stricto iure, lite contestata, actionem mutare emendare poterat, quod non solum ex litis contestationis, de quo saepe diximus, quasi contractu intelligi potest, sed etiam eleganter a GER. NOODTIO <sup>mm)</sup> ex integra lege Imp. ANTONINI et SEVERI <sup>n)</sup> ostenditur, qua, dum de discrimine inter editam actionem et litem contestatam loquuntur, simul haud obscure indicant, praeter cetera discrimina et hoc fuisse, quod actio a tempore editionis usque ad litem contestatam mutari poterit, postea non poterit. Nec tamen, ut idem NOODTIUS docet, negandum est, interdum mutari potuisse, nempe causa cognita, et postulata a praetore in integrum restitutione, quam haud difficulter impetrari potuisse, vel ex CICERONE <sup>o)</sup> colligi potest, qui iudicem pedaneum, refert, in ipsa causae iudicatione monuisse actorem, ut actionem mutaret, et commodiore ratione ius suum persequeretur.

Sed quemadmodum vidimus, actionem et rem ipsam, de qua litigabatur, post contestationem mutari non potuisse, ita neque iudicis persona poterat, neque litigantium mutari, hi ipsi enim contraxerunt, non alii, et pacti sunt, expectare huius, non alius iudicii sententiam. Quod autem ad illud attinet, nobilis inde litis contestationis effectus descendit, quod, coram quo iudice semel est lis contestata, coram eodem et finiri debet, neque prior iudex amplius recusari potest, siue ex iusta causa, siue ex iniusta tentetur. De eo ne dubitari possit, facit Imp. VENO, *Si recuset quis, inquit <sup>p)</sup>, iudicem bona fide ante litis contestationem, iudex alius ei ex diuina aditione dabitur. Quod si et iuste recusare videbitur, post contestationem iudex alius aut coniudex ne petatur <sup>pp)</sup>*. Quod tamen non de iudicibus pedaneis intelligendum est, qui non solum, ut supra vidimus, post litem demum contestatam dabantur, adeoque nec prius, si opus, reiciebantur, sed etiam post DIOCLETIANI et MAXIMIANI constitutionem <sup>q)</sup> infrequentes esse coeperunt. Lite ergo contestata manendum

m) PAUL. sent. L. I. t. I. §. 5. l. 23. §. 1. et 3. D. de cond. indeb. l. 32. C. de transact.

mm) de iurisd. L. I. c. 13.

n) l. vn. C. de lit. cont. coniuncta cum l. 3. C. de edend.

o) pro Caecin. c. 3.

p) l. 12. C. de iud.

pp) cf. Nou. 53. c. 3.

q) l. 2. C. de pedan. iud. qua recte monet GER. NOODT. de iurisd. c. 15. non omnes datos iudices sublatos fuisse, et varia affert ex sequentibus tempore legibus exempla, quibus iudicum datorum adhuc mentio fiat, quibus adde l. 18. C. de iudic. quae est IVSTINIANI,



quam erat, coram eo iudice, in quem litigantes contestatione quasi compromississe videbantur. Inde nata iuris regula, quam MARCELLVS<sup>1)</sup> proponit: *Vbi acceptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet*, quod adeo verum est, ut et, quemadmodum TAVOLENVS ait<sup>2)</sup>, *si is, qui Romae iudicium acceperat, decessit, heres eius, quamvis domicilium trans mare habet, Romae tamen defendi debeat*.

Quemadmodum ergo idem iudex esse et perpetuo manere debebat, ita multo minus persona ipsorum contestantium mutari poterat, hi ipsi enim erant, nec alii, qui quasi contraxerant. Cum autem nemo alteri pacisci<sup>3)</sup>, vel pro eo contrahere posset<sup>4)</sup>, nec quicquam ipsi acquirere<sup>5)</sup>, hinc nata illa famosa de dominio litis fictio, qua alterius procurator, dum litem cum eo vnde petebatur contestaretur, eo ipso litis dominus fieri putabatur<sup>6)</sup>. Testis est MACER, qui, *Meminisse*, ait<sup>7)</sup>, *oportet, quod procurator lite contestata dominus litis efficitur*, et Imp. CONSTANTINVS<sup>8)</sup>. *Procuratoribus institutis, et post contestatam litem dominis effectis*. Id non solum eam vim habebat, ut procurator actionem iudicati directam sibi ipsi acquirere videretur, sed hanc quoque, ut, mortuo etiam interim vero domino, causam suo nomine ad finem perducere posset<sup>9)</sup>, neque opus haberet nouo mandato, vnde et ipsa sententia non contra verum dominum, siue mortuum siue viuum, sed contra procuratorem ferebatur<sup>10)</sup>, porro, ut ipsi, lite contestata, alium procuratorem dare et substituere ius esset, quo tamen ante iudicium acceptum carebat<sup>11)</sup>. Atque adeo post id temporis nec mandatum reuocari, aut procurator mutari, quid? ne ipse quidem dominus litem persequi poterat<sup>12)</sup>, nisi admodum fontica et adeo necessaria causa subesset, ac digna, quae exceptionem a regula faceret<sup>13)</sup>, vnde CAIVS<sup>14)</sup> quaerit, an tunc stipulatio committeretur, si procurator a domino prohibeatur *ante iudicium acceptum*. Nam post litem contestatam semel datus procurator prohiberi mutariue non potest. Quod ita certum, ut nec miles, quamuis alias procurator esse nequeat<sup>15)</sup>, tamen, si ipsi ante litis contestationem quaestio non mota fuit, iudicio semel accepto, arceri amplius possit.

NI, ex qua satis patet, iudicium dationem eo tempore adhuc in vsu fuisse.

- r) l. 30. D. de iud.
- s) l. 34. D. eod.
- t) l. 11. D. de obl. et act.
- u) l. 33. §. vit. de R. I.
- x) §. 5. l. per quas perf.
- y) cf. cel. BERGERI diff. de dominio litis.

- z) l. 4. §. vit. D. de appell.
  - a) l. 22. C. de procur.
  - b) l. 23. C. eod.
  - c) l. 1. C. de de sent. et interl.
  - d) l. 11. l. 13. C. de procur.
  - e) l. 8. C. l. 16. l. 17. D. eod.
  - f) Recensentur in l. 18. sqq. D. eod.
  - g) l. 7. D. iud. solu.
  - h) l. 5. C. de cond. ob caus.
- F



lit<sup>i</sup>). Sic porro SEVERVS ET ANTONINVS scribunt<sup>k</sup>), si pater filio actiones aduersus debitores suos mandauerit, eum ipsum quidem praesentem aduersus eos experiri posse, sed non nisi *re integra*, h. e. lite nondum contestata. Vtcrius, quemadmodum, si ipse rei dominus agebat, non opus erat vlla ratihabitionis satisfactione, ita et procurator, si ante litis contestationem ab eo exacta non est, postea satisfacere non cogitur, est enim ipse dominus litis. Quapropter VLPIANVS dicit<sup>l</sup>): *Ratihabitionis satisfactio ante litis contestationem a procuratore exigitur. Ceterum semel lite contestata, non compellitur ad cautionem.* Pari modo in actione sepulcri violati, quae et ei cui interest, et cuius ex populo datur<sup>m</sup>), si ille ab initio agere nolit, postea vero poenitentia ducatur, eo vsque tantum actionem semel recusatam intendere potest, donec is, qui post eum agere coepit, litem contestatus sit, ea autem contestata, non amplius audietur, nec personam actoris mutare potest, vti VITIANVS refert<sup>n</sup>), quemadmodum nec si quid reus in iudicio professus fuerit, vel negauerit, lite semel contestata, poenitere aut reuocare potest, ante iudicium autem acceptum potest<sup>o</sup>), vnde et is, qui se liti sponte obtulit, et pro possessore rei gessit, si semel iudicium accepit, ei amplius subducere se non potest, ita vt, quoniam semel per litis contestationem contraxit, condemnationem quoque aduersus se pati teneatur, qua ratione VLPIANVS ICI Marcelli sententiam, nimis generalem et laxam, cohibet et constringit. *Qui se obtulit, inquit<sup>p</sup>), rei defensionis sine causa, cum non possideret, nec dolo fecisset, quo minus possideret si actor ignoret, non est absolueudus, vt Marcellus ait, quae sententia vera est. Sed hoc post litis contestationem. Ceterum ante iudicium acceptum non decipit actorem, qui se negat possidere, cum vere non possideret.* Ex eodem porro fonte et hoc fluit, quod cum in repetenda dote pater non solus, sed cum consensu filiae adeoque ambo simul agere debeant, haec si semel consenserit, voluntatem ante litem quidem contestatam, auctore eodem VLPIANO, at non postea, reuocare et iudicium dotis semel coeptum deserere possit<sup>q</sup>), vnde colligas, litis consortes, accepto iudicio se abdicare, et causam deserere non potuisse. Quod tamen in dicto iudicio dotis non eam vim habet, vt et vxori ad maritum redire et matrimonium redintegrare ius et potestas denegata fuerit. Hoc enim si fit, iudicium de dote, quamuis iam contestatum, expirat<sup>r</sup>), quod et tunc

i) l. 8. § 2. D. de procur. l. 13 C. eod.

k) l. 3. C. mand.

l) l. 40. §. 3. D. de procur.

m) l. 2. pr. l. 6. D. sepulcr. viol.

n) d. l. 4. §. 10. eod.

o) l. 26. §. 5. D. de nox. act.

p) l. 25. D. de rei vind.

q) l. 22. D. sol. matr.

r) l. 19. D. eod.



tunc accidit, si pendente lite alter litigantium ab altero adoptatur<sup>s)</sup>, quia utroque casu res eo deducitur, unde incipere non potuit.

## §. VII.

*Variis in quaestionibus tempus litis contestationis spectatur,  
et ad hoc omnia referuntur.*

Si ergo neque res litigiosa, neque personae litigantes, neque iudex ipse post litem contestatam mutari possunt, sequitur, omnia in statu eo manere debere, quo tempore contestatae litis fuerunt, unde in primis tempus litis contestationis spectatur, et ad hoc omnia referuntur. Eo primum pertinet illud, quod, cum pupillus ei, qui eius tutoris negotia ita gessit, ut pupillus inde locupletior factus sit, actione negotiorum gestorum teneatur<sup>t)</sup>, quaeritur, quonam tempore id, quo negotiorum gestor rem pupilli auxit, in bonis eius inueniri debeat? cui PAVLV<sup>s</sup><sup>u)</sup> respondet, et eam rem ad tempus litis contestatae refert. Pari modo, POMPO-  
NIO<sup>x)</sup> auctore, si minor minori pecuniam credidit, quamvis perditam et consumptam condicere nequeat<sup>y)</sup>, tamen tunc recipiet, si locupletior ex hoc inueniatur litis contestatae tempore is, qui accepit. Quodsi igitur vel postea dilapidarunt, tamen non liberantur, sed, uti res fuit litis contestationis tempore, ita et in toto iudicio esse et permanere creditur, quod tamen aliter se habet in eo, si pupillus res sibi necessarias emit. Nam, et si hae perierint ante litem contestatam, tamen tenentur<sup>z)</sup>. Ceterum ad hoc litis contestationis tempus ULPIANI quoque verba reducenda, et ita quasi cohibenda videntur, dum generatim dicit<sup>a)</sup>, fundo a possessore per dolum malum alienato, heredes in factum teneri, et cogi ad restituendum, quanto locupletiores ex ea re facti sint. Quemadmodum autem in minoribus cernitur, an litis contestationis tempore locupletes inueniantur, ita in aliis eodem tempore quaeritur, an inopes sint. Sic v. g. PAVLV<sup>s</sup> ait<sup>b)</sup>: *Si pecuniae quis negotium gerat, praestare cogitur periculum eorum nominum, quae ipse contraxit, nisi fortuitis casibus debitores suas fortunas ita amiserunt, ut tempore litis ex ea actione contestatae soluendo non essent.* Ergo, si post litis demum contestationem casu fortuito impares soluendo facti sunt, vel, si ante iudicium acceptum in hac conditione fuerunt, postea denuo di-

F 2

uites

s) l. 11. D. de iudic.

t) l. 6. pr. D. de neg. gest.

u) l. 37. pr. D. eod.

x) l. 34. pr. D. de minor.

y) cf. l. 11. §. 6. D. eod.

z) l. 47. D. de sol. et lib.

a) l. 52. D. de rei vind.

b) l. 37. §. 1. D. de neg. gest. cf.

idem PAVLV<sup>s</sup> sent. L. 1. r. 4. §. 3.



vites facti, neutro casu liberatur negotiorum gestor. Sic etiam ex pluribus fideiussoribus quando quidem soluendo non esse dicuntur, ut reliqui in solidum conueniri possint, tantum quaeritur, an tempore litis cum ceteris contestatae in hac conditione sint<sup>c)</sup>. Idem porro tempus spectatur, in actione quod metus causa, qua constat etiam heredem id, quod ad eum peruenit, restit ere debere. vnde VLP IANVS, *Quantum autem, inquit<sup>d)</sup>, ad heredem peruenit, litis contestatae tempore spectabitur, si modo certum sit, aliquid peruenisse.* Quod autem post iudicium acceptum peruenit, eius ratio non habetur.

Non minus in aestimanda lite re dubia omnia ad iudicii accepti momentum referuntur, cuius rei VLP IANVS<sup>e)</sup> testis esse potest. Is enim narrat, quaesitum fuisse, si vini mutuo dati pretium reddendum sit, cuius temporis aestimatio fieri debeat, eiusne, cum datum sit, an litis contestationis, an vero iudicati, et respondisse Sabinum, si dictum sit, quo tempore reddendum, quanti tunc fuisset, si nihil factum, quanti tunc, cum peteretur, i. e. lis contestaretur. Quod et CAIUS confirmat, dum, *Si merx aliqua, inquit<sup>f)</sup>, quae certe die dari debebat, petita sit, veluti vinum, oleum, frumentum, tanti litem aestimandam Cassius ait, quanti fuisset eo die, quo dari debuit. Si de die nihil conuenit, quanti tunc, cum iudicium acciperetur.* En! mirifice conspirantem Cassium cum praecceptore suo Sabino. At forte mireris, VLP IANVM cum Seruio in omnia alia abire, qui, cum de actione triticiaria loquitur, *In hac actione, ait<sup>g)</sup>, si quaeratur, res, quae petito est, cuius temporis aestimationem recipiat, verius est, quod Seruius ait, condemnationis tempus spectandum, si vero desierit esse in rebus humanis mortis tempus.* Nobis videtur apparens inter nobilissimos Iuris interpretes pugna ita tolli et sopiri posse, si aduertamus, VLP IANVM de ea litis aestimatione dicere, si res aliqua certa v. g. fundus Capenas vel seruus Stichus actione triticiaria petitur, (id vero fieri hac actione posse, idem VLP IANVS iam antea affirmauerat<sup>h)</sup>) eaque, pendente lite, casu amissa est; Caio vero et Iuliano de eo sermonem esse, si ob res, quae pondere, numero vel mensura continentur, et vulgo fungibiles vocantur, (sola pecunia numerata excepta quae aestimationem non recipiebat) reus conuentus, earum aestimationem offerat, actor autem eam acceptet, et ea se contentum esse velle declarat. Id enim saepissime fieri conueuisse, et actorem cum

100

c) § 4 l. de fideiuss.

d) l. 20. D. quod met. caus.

e) l. 22. D. de reb. cred.

f) l. 4. D. de cond. tritic.

g) l. 3. D. eod.

h) l. 1, 1, 2. D. eod.



reo ita transegisse, constat <sup>i)</sup>). Verbo, **VLPIANVS** de litis aestimatione necessaria loquitur, ceteri de voluntaria, quarum illa in rebus fungibilibus locum habere non potest. Hoc discrimen, quemadmodum ex ipsis **ICTORUM** verbis colligi potest, quorum ille vocabulo *rei, quae petitur*, h. e. certae cuiusdam rei, quam actor iudicio persequitur, et exemplo serui morte perempti utitur, hi autem diserte mercem, et vinum, oleum, frumentum appellant, ita et ratio in promptu est. Cum enim v. g. **Seruus Strichus** pendente lite in rebus humanis esse desit, non videtur aequum esse, reum ad suscipiendam aestimationem litis sic adigere, ut eam ex tempore litis contestationis praestet, eo enim adhuc in viuis fuit, et conditio praestandae aestimationis nondum fuit. Aestimanda igitur est solum ex mortis tempore. Quod si vero non est mortuus, sed forte tantum fugitiuus factus, non nisi ex condemnationis momento aestimatur, potuit enim usque ad hoc redire, et dominum a litis aestimatione liberare. At aliud est in rebus, quae pondere numero et mensura constant, quae cum non in specie restituantur, sed in genere, aestimatio litis necessaria locum habere nequit, sed si qua habet, voluntaria esse debet, quapropter magis videtur aequum, eam, nisi die certo, quo dari res ipsa debuit, constituto, ad litis contestationis tempus referre, etenim, extra casum fortuitum, id semper reo praestandum est, quod actor habiturus fuisset litis contestationis tempore <sup>k)</sup>). Certo vero solutionis die constituto, aestimatio secundum eum fit <sup>l)</sup>). Cui non obsunt **VLPIANVS** <sup>m)</sup> et **PAVLVS** <sup>n)</sup>, de quorum cum illis, quae diximus, conciliatione interpretes fere desperare solent <sup>o)</sup>. Sed non animaduuerunt, **VLPIANVM** et **PAVLVM** de actionibus emti, ceteros autem de actione ex stipulatu vel aliis, qui sunt stricti iuris, loqui, in quibus actor nihil consequi potest, quam quod stipulatum est, adeoque, si in certum diem stipulatum, non nisi aestimationem huius diei, in actionibus autem bonae fidei, qualis est emti venditi, et arbitrariis, cum et damnum refarciendum sit, et praestandum id, quod interest, aequum erit, venditorem morae suae poenam luere, et condemnari in id, quanti res post moram pluris fuit. Solebat enim iure veteri in aestimando damno, et eo quod interest, in primis pretium venire, quanti intra certum tempus pluris fuit, uti v. g. in actione legis Aquiliae <sup>p)</sup>).

F 3

Porro

i) l. 46. D. de rei vind. l. 7. D. de Publ. in rem act. l. 5. §. 1. D. commod.

k) l. 40. pr. D. de hered. petit.

l) l. 21. D. de obl. et act. l. 59. D. de verb. obl. l. 11. D. de re iud.

m) l. 21. §. 3. D. de act. emt.

n) l. 3. §. 3. D. eod.

o) vid. BERGER. El. disc. for. tit. V. obs. 7. et III. LEYSER Med. ad r. Tom III spec. 150.

p) l. 2. l. 27. §. 5. D. ad L. Aquil.



Porro ex eo, quod omnia manere debent in eo statu, quo tempore litis contestatae fuerunt, id etiam sequitur, quod, si quis forte in noxalibus iudiciis ab initio, se feruum seu quadrupedem, cuius nomine agebatur, etsi possideret, tamen dixerat se non possidere, id postea lite iam contestata reuocare, et confitendo possessionem, noxaeque dedendo a damni aestimatione se liberare, auctore PAVLO<sup>q)</sup>, non possit. Quod HOTTOMANNVS<sup>r)</sup> vocat, non licere post litis contestationem mendacium purgare.

## §. VIII.

*Litis contestatione malam fidem induci, et an post eam fructus et culpa, casusque praestari debeat?*

Qui de re, quam ipse quidem possidet, alter vero suam esse omni modo contendit, eamque propterea iudicio persequitur, cum eo pactum inquit, ut, expectato litis euentu, si condemnatus fuerit, illi restituat, is profecto dubitare incipit, saltim debet, an rem iure possideat, an vero aliena sit, et eius, a quo ea causa lis sibi mota est<sup>s)</sup>. Cum itaque bonae fidei ea ratio sit, ut, qui eam in possessione rei cuiusdam seruat, is ignoret, eam rem alienam esse<sup>t)</sup>, et contra putet, se a vero domino, vel, qui ius habuit alienandi, accepisse<sup>u)</sup>, dubitans autem scire incipiat<sup>x)</sup>, nec facere possit id, de quo, an liceat, ambigit<sup>xx)</sup>, hinc efficitur, reum seu possessorem, simul ac lis contestata sit, in bona fide esse desinere, et in mala potius constitui, VIPIANVS igitur clarius, quam ut ambigi possit, *Post litem*, inquit<sup>y)</sup>, *contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse*, et latius IMP. CONSTANTINVS<sup>z)</sup>, cuius verba digna sunt, ut apponantur: *Nemo ambigit, possessionis duplicem esse rationem, aliam, quae iure consistit, aliam, quae corpore, utramque autem ita demum esse legitimam, cum omnium aduersariorum silentio et taciturnitate firmatur, interpellatione vero et controuersia progressa, non posse eum intelligi possessorem, qui, licet possessionem corpore teneat, tamen ex interposita contestatione et causa in iudicium deducta super iure possessionis vacillet ac dubitet*. Quod tamen postea interpretatione prudentum a litis contestatae tempore usque ad ipsam motam controuersiam retractum, et eo iam tempore reus pro malae fidei possessore habitus esse videtur<sup>a)</sup>. Huius autem malae in possessione fidei, per litis contestationem

q) l. 26. §. 5. D. de nox. act.  
 r) obf. l. c.  
 s) l. 25. §. 7. D. de hered. petit.  
 t) l. 109. D. de V. S.  
 u) pr. l. de vfucap. cf. GVDLING.  
 diff. saepe cit. c. 2. §. 23.

x) l. 2. pr. D. quis ord. in poss.  
 xx) l. 1. pr. D. de legat. III.  
 y) l. 25. §. 7. de hered. petit.  
 z) l. 10. C. de acqu. vel. am. poss.  
 a) l. 25. §. 7. D. de hered. pet.



tionem inductae, varii fuerunt effectus. Cum enim primo malae fidei possessor fructus percipere non possit, quippe quos bonae fidei tantum possessor acquirit<sup>b)</sup>, malae contra fidei possessor eos restituere debeat, hinc fit, ut post litis contestationem res cum omni causa, et singuli fructus et accessiones, quae a momento litis contestationis prouenerunt, victori actori praestari debeant, unde non solum Imperator IVSTINIANVS<sup>c)</sup> in elementis Iurisprudentiae id tanquam pro regula ponit, iudicem, si in rem agatur, et contra possessorem pronunciandum sit, iubere debere, ut rem ipsam restituat cum fructibus. ET PAPINIANVS<sup>d)</sup> vulgo receptum esse dicit, ut post iudicium acceptam omnis causa restituenda sit, sed idem etiam ab VLBIANO confirmatur, qui libro primo ad edictum aedilitium, *Post iudicium, ait<sup>e)</sup>, acceptum tota causa ad hominem restituendum in iudicio versatur, et tam fructus veniunt, quam id, quo deterior factus est, ceteraque veniunt, quod alio loco<sup>f)</sup> cum Sabino et Callio aequitati tribuit<sup>g)</sup>. IVLIANVS denique ait<sup>h)</sup>: Cum homo petitus est, causa eius temporis, quo lis contestatur, repraesentari debet actori, et sicut partus ancillarum, sicut fructus fundorum, interim percepti in hoc iudicium deducuntur, ita quod secus legatorum vel hereditatis nomine interim peruenerit, praestandum est petitori<sup>i)</sup>. Huius rei rationem PAVLVS<sup>k)</sup> addit, nempe, quia actori praestari debeat id, quod habiturus fuisset, si reus litis contestatae tempore soluisset, seu, uti PAPINIANVS dicit<sup>l)</sup>, quoniam tale dari debet, quale est, cum petitur. Inde et partus post litis contestationem editus reddi debet<sup>m)</sup>, quod cum in omnibus iudiciis, tum in diuisoriis quoque, et nominatim in familia eriscuanda, locum habet, ubi inter cetera partum etiam venire, iam Sabinus scripsit<sup>n)</sup>.*

Ceterum fructus vel naturales sunt vel civiles. Inter hos cum usurae quoque connumerentur<sup>o)</sup>, quid mirum, quod et has reus post litem contestatam praestare tenetur, in primis cum natura sua ex mora debeantur<sup>p)</sup>.

Litis

b) §. 35. I. de rer. diu. I. 62. pr. D. de rei vind. I. 4 §. 2. fin. reg. I. 22. C. de rei vind.

c) §. 2. I. de off. iud.

d) I. 2. D. de usur. et fr.

e) I. 25. §. 8. D. de aedil. edict.

f) I. 37. §. 7. D. de usur. et fr.

g) Quantum Sabiniani cum praecipere Labeone aequitati studuerint, vid. supra laudati HOMMELI. diss. doctiss. de principali causa dissent. inter Labeonem et Capitonem.

h) I. 91. §. 7. de leg. I.

i) cf. I. 4. C. de usur. et fr. leg. I. 22. C. de rei vind. et I. 2. C. de fruct. et lit. exp.

k) I. 31. D. de reb. cred.

l) I. 2. D. de usur. et fr.

m) I. 10. D. eod.

n) I. 11. 12. D. fam. erc.

o) I. 34. D. de usur. et fr.

p) I. 17. §. 3. I. 32. §. 2. eod.



Litis contestatio vero moram inducit<sup>q)</sup>, propterea, quod omnis malae fidei possessor, cum non restituit rem, quam scit alienam et in bonis alterius esse, in mora versatur. Usuras igitur post litem contestatam deberi, cum ex iam dictis dubitari nequit, tum PAVLVS difertis verbis dicit<sup>r)</sup>: *Lite contestata usurae currunt*, et Imp. ANTONINVS, *Post litem*, inquit<sup>s)</sup>, *contestatam tam fructus, non solum quos perceperunt, sed etiam quos percipere poterant, quam usuras pretii rerum ante litem contestationem venditarum, ex die contestationis computandas, omni modo reddere compellantur*. Igitur de pretio tantum, non autem de ipsis etiam fructibus usurae dantur; de his enim praestari non oportere, PAVLVS<sup>t)</sup> et PAPINIANNVS<sup>u)</sup> responderunt. Quae omnia tamen non nisi de iudiciis bonae fidei intelligenda sunt, in iis autem, quae sunt stricti iuris, nullas plane usuras, nec post litem contestatam, nisi stipulatione promissas deberi, dum GER. NOODT<sup>x)</sup> euicit.

Quod porro ad sumtus attinet, uti malae fidei possessor eos non recipit, nisi forte admodum necessarii sint, aut res iis vere melior effecta<sup>y)</sup>, ita et omnes possessores lite contestata eodem modo impensas amittere videntur. Hinc est, quod PAVLVS<sup>z)</sup>, dum de sumtibus dicit, quorum ratio haberi debeat, eos tantum nominat, quos possessor ante litem contestatam in rem, quae petitur, fecerit, quare etiam, auctore PAPINIANO<sup>a)</sup>, cum iis solum fructibus compensantur, qui ante litem contestatam, non postea, percepti sunt, unde male facere videntur, qui apud dictum Papinianum *a litem contestatione* legi volunt. Cum porro quilibet malae fidei possessor omnem culpam praestare teneatur, praestanda etiam est post litem contestatam, quod VLPPIANVS<sup>b)</sup> affirmat, dum dicit bonae fidei possessorem de dolo tantum, ceteros autem, h. e. malae fidei possessores de culpa cauere debere, inter quos addit et bonae fidei possessorem post litem contestatam numerari, unde iam antea ex eodem VLPPIANO<sup>c)</sup> vidimus, si homo petatur, non causam solum et fructus, sed id etiam reddi debere, quo deterior factus sit, nempe culpa rei; quapropter et si de opere, quod vicinus fecit, agitur, reus omne damnum, quod inde post litem contestationem contigit, resarcire debet<sup>d)</sup>, ipsum autem opus, post litem demum contesta-

q) l. 82. D. de verb. obl. cf. GVNDLING. l. c. §. 24 sqq.

r) l. 35. D. de usur. et fr.

s) l. 1. §. 1. C. de pet. hered.

t) l. 15. D. de usur. et fr.

u) l. 51. §. 1. D. de her. pet.

x) de foen. et vf. L. III. c. 12.

y) l. 38. 39. D. eod.

z) l. 27. §. 5. de rei vind.

a) l. 48. l. 64. D. eod.

b) l. 45. de rei vind.

c) l. 25. §. 8. de aedil. edict.

d) l. 6. §. 6. L. II. §. 3. D. de aqua pluui.



tam factum, in hoc iudicium non venit, sed de eo noua actio instituenda est<sup>e</sup>). Ita in ordinariis causis. In interdictis vero, ubi nulla litis contestatio, culpa et fructus ab eo tempore praestantur, quo interdictum editur, vnde VLPIANVS<sup>f</sup>), *Plane post interdictum, inquit, editum oportebit et dolum et culpam et omnem causam venire<sup>g</sup>*).

Quid vero de casu dicemus et interitu rei litigiosae? Pertinebitne post litem contestatam ad petitorum, an ad reum? Certe, si vulgarem iuris regulam, quod dominus casum ferre debet, sequimur, videtur pro possessore pronunciandum esse, petitor enim non demum per litis victoriam fit dominus rei, sed dudum fuit, et non nisi ius, quod ex antiquo dominio ipsi competiit, iudicio persecutus est. At vero, si, quod supra diximus, animo repetamus, quod reus in mora constitutus est, et propterea victus iudicio auctori omnia ea restituere debet, quae habiturus fuisset, si litis contestationis tempore cessisset et reddidisset rem petitam, habemus. cur periculum in reum transferamus. Haec ambiguitas causa fuit, quod et antiquitus, ut iam FRANC. HOTOMANNVS<sup>h</sup>) obseruauit, Sabiniani et Proculiani circa hanc rem inter se dissenserunt, quorum illi interitum rei litigiosae post litem contestatam ad auctorem, hi ad reum pertinere putarunt, uti apud CAIVM<sup>i</sup>) et PAVLVM<sup>k</sup>) est videre, vnde tam diuersas ICTORUM circa eam rem sententias inuenimus, prout nempe quilibet alterutrius sectae principia sequi videtur. Sic enim PAVLVS<sup>l</sup>), *Non, inquit, post litem contestatam utique et fatum possessor praestare debet, cum contra VLPIANVS dicat<sup>m</sup>*), si quid ex stipulatu vel testamento vel deposito debeatur, id post iudicium acceptum cum detrimento rei perire, ut alia nunc taceamus. Quid igitur Iuris haec in re fuit, aut vtra sententia vicir, Proculine an Cassii? Id vero nos docet PAVLVS<sup>n</sup>), qui vtramque temperat. Postquam enim dixit, ex verbis S<sup>C</sup>Ti, quod tempore Imp. Adriani factum est, et quod iubet auctori ea omnia restitui, quae habiturus fuisset litis contestatae tempore, condemnandum reum videri, etiamsi mancipia vel pecora interea perierint, haec addit: *Et hoc iustum esse in specialibus petitionibus Proculo placet. Cassius contra sensit. In praedonis persona proculus recte existimat, in bonae fidei possessoribus Cassius. Nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare aut propter metum huius periculi temere indefensum*

e) l. 14. §. 4. D. eod.

f) l. 7. §. 6. D. de precar.

g) cf. §. 4. in f. ibid.

h) Quaest. illustr. qu. 29.

i) l. 14. §. ult. D. depof.

k) l. 40. pr. D. de hered. pet.

l) l. 16. de rei vind.

m) l. 12. §. 3. depof.

n) d. l. 40. pr. D. de hered. pet.



*sum ius suum relinquere.* Quid vero? Nonne post litem contestatam omnes mala fide possident? Id cum verum esse supra viderimus, dicta PAULI verba non de possessione bonae vel malae fidei post litem contestationem intelligenda videntur, sed de ea, quae litem contestationem antecedit. At vero SCETUM et PAVLVS de eo, quod fit post iudicium acceptum loquuntur! Igitur, ut res conficiatur, ita tenendum. Qui ab initio mala fide possedit, quoniam certo scit, nullum omnino sibi ius esse ad eam rem alienam retinendam, et tamen iudicio interpellatus non restituit sed mauult temere litigare omnem rei interitum, qui durante lite accidere potest, ferret, ipse enim in culpa est, quod non reddidit rem, quam sciebat se mala fide possidere, adeoque suam non esse. Qui vero originetenus in bona fide versabatur, etsi per litem contestationem dubius quodammodo factus, tamen, cum ex sola actoris petitione certus esse nequeat, an hic meus se et fortius ius habeat, et vtrum iure postulet rem sibi tradi, huic ex aequitate succurrendum putarunt iuris interpretes, ita, ut si res, lite pendente, absque tamen eius culpa, casu pereat, non sentiat id damnus reus, sed actor, qui se dominum dicit. Id non solum ex verbo *praedonis*, quo PAVLVS vtitur, colligi potest, quomodo non appellandus videtur, qui ab initio in bona fide versatus, per actoris petitionem non nisi dubius redditur, sed etiam ex apposita ratione, quod nempe condonandum ipsi videatur, si re adhuc dubia et incerta, ius suum indefensum relinquere nolit. Verbo, res eo redit, ut, si reus, etsi conuictus de mala causa, temere litiget et eo tantum consilio, ut actorem frustretur, is rei litigiosae interitum praestare teneatur, secus vero, si litem contestatae tempore probabilem litigandi causam habere videtur, vel, uti PAVLVS ait<sup>o)</sup>, si iuste ad iudicium prouocauit. Quod an factum sit, iudicis officio dirimetur, quo pertinet illud VLPIANI<sup>p)</sup>: *Sciendum est, non omne, quod differendi causa OPTIMA RATIONE fiat, morae adnumerandum, quam alias litem contestatione induci scimus.* Inde POMPONIVS scribit<sup>q)</sup>: *Quod te mihi dare oporteat, si id postea perierit, quam per te factum erit, quo minus id mihi dares, tuum fore id detrimentum, constat. Sed cum quaeritur, an per te factum sit, animaduerti debet, si aliqua iusta causa sit, propter quam intelligere deberes, te dare oportere, et VLPIANVS<sup>r)</sup>: Si post moram promissoris homo decesserit, tenetur nihilominus qui litigare maluit, quam restituere.* Igitur is demum interitum sustinebit, qui non aliam causam litigandi habet, quam quia restituere recusat, non autem, qui,

o) l. 24. D. de vf. et fr.

p) l. 21. D. eod.

q) l. 5. D. de reb. cred.

r) l. 82. D. de verb. obl.



qui, re adhuc dubia et incerta, ius suum defendit. Ita intelligi debet POMPONIVS<sup>s)</sup> et PAVLVS<sup>t)</sup>, dum dicunt, reum *interdum* etiam, post mortuum accepto iudicio seruum, et tunc teneri, si interpellatus non dederit. In noxalibus autem actionibus cum reus aut animal noxae dare, aut litis aestimationem praestare debeat, eorumque vnum eligere ipso litis contestationis tempore integrum fuerit, hinc, si distulit facere, et interim animal fato perimitur, litis aestimationem offerre debet, ita tamen, vt, si forte ab alio data opera occisum fuit, aduersus hunc legis Aquiliae actionem petitori suo cedere, et ita ab aestimatione se immunem praestare possit, quod VLPIANVS<sup>u)</sup> dicit, *rationem habendam legis Aquiliae*. Pari modo et in ceteris iudiciis, perempta licet re litigiosa, et reo a praestanda fortuna libero, nihilominus tamen fructuum ratio habetur, quippe quos reus tanquam malae fidei possessor post litis contestationem lucrari nequit, quod PAVLVS<sup>x)</sup> non solum clare ostendit, cum, *Si homo, ait, ex stipulatu petitus, post litem contestatam decesserit, absolutionem non faciendam, et fructuum rationem habendam placet*, sed idem etiam cogitasse videtur, cum alio loco<sup>y)</sup> dicit, non liberari reum, si post iudicium acceptum seruus decesserit, h. e. nihilominus iudicii exitum pati debere, vt saltim ratione fructuum sententia ferri possit. Fructus vero, desinente LABEONE<sup>z)</sup>, computantur, quoad homo petitus vixit, vel generalius, ad id vsque tempus, quo res a possessore morte vel fato nondum ablata fuit, qua ratione saepe dictus PAVLVS intelligendus est, cum dicit<sup>a)</sup>, possidere aliquem et litis contestationis tempore, et quo res iudicatur, debere.

## §. IX.

*Post litis contestationem in causa alternatiua optio cessat.*

Supra vidimus, per litis contestationis quasi conuentionem inter ipsos litigantes nouationem fieri et delegationem, ex quo consequitur, vt si antea obligatio alternatiua vel personarum vel rerum fuerit, post litis contestationem omnis optio cesset, potius, siue alterni sint creditores, siue debitorum, siue etiam alterna obligatio, vbique praeuentionis diligentia competentem antea electionem perimat, et nouam ex nouo litis contestationis pacto obligationem inducat. De alternis creditoribus POMPONIVS scribit<sup>b)</sup>: *Si Titius et Seius separatim ita stipulati essent: fundum illum, si*

G 2

illi

- |   |   |
|---|---|
| s) l. 23. D. de verb. obl.              | y) l. 26. §. 4. de nox. act.            |
| t) l. 12. §. 4. ad exhib.               | z) l. 79. D. de rei vind.               |
| u) l. 1. §. 13. 16. D. si quadr. l. 17. | a) l. 27. §. 1. D. eod.                 |
| §. 1. D. de rei vind.                   | b) l. 9. D. de verb. obl. cf. l. 57. §. |
| x) l. 8. D. de re iud.                  | 1. D. de sol. et liber.                 |



illi non dederis, mihi dare spondes: finem dandi alteri fore, quoad iudicium acciperetur, et ideo occupantis fore actionem, et VLPIANVS<sup>c)</sup>): Si mihi aut Titio stipulatus fuero dari, deinde petam, amplius Titio solui non potest, quamuis ante litem contestatam posset. Pari modo, si quis creditori suo actionem aduersus debitorem solutionis causa mandauit, ante iudicium acceptum et mandans et mandatarius petere debitum potest, sed si mandatarius semel agere coepit, et litem contestatus est, ille amplius petere nequit, uti rescripsit Muciano Imp. GORDIANVS<sup>d)</sup>. De alternis debitoribus autem idem vel inde perspicitur, quod antiquo iure et correi promittendi et fideiussores ita in solidum tenebantur, ut, lite aduersus unum contestata, ceteri liberarentur<sup>e)</sup>, donec Imp. ADRIANVS et IUSTINIANVS obligationem inter singulos diuiserunt<sup>f)</sup>. Quod autem ad ipsas res attinet, quae ante litem contestationem alternatiue aut peti aut solui possunt, post litem contestationem autem non possunt, habes exemplum apud VLPIANVM<sup>g)</sup> in penu legata, quae si est semel tantum relicta, neque in singulos annos, heres et ipsam penum et certam eius loco pecuniam dare potest, sed cum legatarius semel pecuniam petiit, et super ea cum herede litem contestatus est, non amplius electio comperit, sed pecunia danda est. Idem VLPIANVS<sup>h)</sup> dicit, si quis stipulatus sit, sibi decem in melle dari, solui quidem mel a debitore posse, antequam agatur, sed si semel pecunia petita sit, solui mel non posse. Ita quoque, si una eademque res duobus relicta est, vni quidem rem, alteri vero pretium praestandum esse PAVLVS definit<sup>i)</sup>, sed simul addit: *electione rei vel pretii seruanda ei, qui prior de legato siue fideicommissio litem contestatus est.*

## §. X.

*Breuis aduersus FR. HOTOMANNVM disputatio.*

Hi sunt fere effectus litem contestationis. Etsi enim FR. HOTOMANNVS<sup>k)</sup> numerum eorum usque ad vigesimum ducit, tamen plerique eorum non tam singulares litem contestationis fructus, quam singulorum effectuum consecutaria aut exempla sunt, pleraque et a nobis suis locis tacta. Quod vero dicit, litem contestatione stipulationem poenae committi, id per se patet in vniuersum verum esse non posse; quae autem in hanc rem loca adducit, eorum vnus<sup>l)</sup> plane huc non pertinet, alter

c) l. 16. D. de duob. reis const.  
 d) l. 3. C. de nouar.  
 e) §. 4. l. de fideiuss. l. 2. l. 3. §. 1. D. de duob. reis prom. l. 16. C. de fideiuss.  
 f) d. §. 4. de fideiuss. l. 26. D. eod. l. 18. C. eod.

g) l. 1. D. de penu leg.  
 h) l. 57. pr. D. de sol. et lib.  
 i) l. 33. in fin. D. de legat. l.  
 k) Obs. IV. c. 5.  
 l) l. 14. C. de pact.



alter<sup>m)</sup> vero de stipulatione duobus in solidum facta agit, quam erga alterum cessare, si vnus agere coeperit, supra vidimus, tertius<sup>n)</sup> denique non nisi de stipulatione ob rem non defensam loquitur, cuius poena propterea non committitur, antequam lis super ea contestata sit, quoniam res eo vsque adhuc defendi potest, siue ipsa actoris intentio diluatur, siue solutionis transactionisue exceptione, aut alio modo infringatur<sup>o)</sup>. Idem HOTHOMANNVS inter litis contestationis effectus et eum numerat, quod pro consorte litis absente agi, satisfactionibus præstiris, possit. Sed de eo fateor me nihil in iure inuenisse, neque vlla ratio reddi potest, cur id post litem demum contestatam fieri possit. Certe quam legem affert<sup>p)</sup>, ea non de litis contestatione loquitur, sed de lite ordinata, quam ab illa differre, supra obseruauimus.

## S E C T I O III.

D E

LITIS CONTESTATIONE HODIERNÆ,  
EIVSQVE EFFECTV, COMPARATO CVM  
I V R E V E T E R I.

§. I.

*Quid sit hodie litis contestatio, et in quibus iudiciis fiat?*

**Q**uid hodie litis contestatio sit, non putamus fore quemquam, qui nesciat, aut qui ignoret, eam exacta rei ad libellum responsione contineri. Etsi enim quidam sunt, qui hodie quoque et actoris et rei in litis contestatione partes esse volunt, eamque, vti antiquitus, ita et nunc actoris narrationem et rei responsionem simul complecti putant, vti VIGELIUS<sup>a)</sup>, GOEDDEVS<sup>b)</sup>, GYNDLINGIUS<sup>c)</sup> et alii<sup>d)</sup>, tamen cum quotidiana obseruantia, tum ipsæ leges prouinciales repugnant, quæ, quoties de litis contestatione loquuntur, eam semper soli reo, non actori tribuunt<sup>e)</sup>, et illi imprimis de contestanda lite præcepta iniungunt. Eodem

G 3

modo

m) l. 9. D. de verb. obl.

n) l. 13. pr. iud. solu.

o) d. l. 13.

p) l. 2. C. de conf. lit.

a) de lit. cont. Cap. 1. sub init.

b) ad l. 36. de verb. sign. §. 9. 10.

e) diff. cit. cap. 1. §. 1. et 8. in fin.

d) add. HERM. LEMBKE in diff. de litis contestatione th. 4. seqq.

e) Const. El. Sax. 10. P. II. Ord. proc. vetus et recog. tit. von der Litis Contest.



modo et GOD. FRIBIGIVS<sup>f)</sup> litem contestationem descripsit, probat etiam sententia scabinorum Lipsiensium, quae est apud CARPZOVIVM<sup>g)</sup>, quae litem contestatio et rei ad libellum iudicialis responsio componuntur et aequiparantur, etsi non negandum ius canonicum adhuc vtriusque litigantis personam in lite contestanda postulare<sup>h)</sup>. Quod autem ad ipsam litem contestationem hodiernam attinet, non expectabunt lectores nostri, ut quomodo fieri debeat, et quanam circa eam regulae advocatis servandae sint, aut qua ratione contumacia litem non contestantium cohibeatur, aut si quae his sunt similes quaestiones, vel etiam divisiones litem contestationis, longa oratione discutiamus, quippe quae omnia tam nota sunt inter omnes, ut recocta fastidium creent. Qui autem ista sciunt, et legerunt ea, quae nos de antiquae litem contestationis forma disputavimus, sua sponte profitebuntur, magnum esse, atque adeo maximum inter vtramque dissentium. Quemadmodum enim iam vidimus, vtramque praesertim eo distulisse, quod illa ambo litigantes requisierit, nostra solo reo contenta sit, ita et per se unusquisque intelligit, inuocationem testium, olim usitatam, hodie plane cessare. Neque profecto ea nunc opus est, cum omnia, quae in iudicio fiunt, actis publicis conscribantur, ut sempiterno documento esse possint. Aequè inutilis hodie est ea quaestio, vtrum apud praetorem, an coram iudice fiat, cum vtraque persona nunc coniungatur. In eo tamen errare nobis non videtur, si et hodie per litem contestationem statum causae exponi dicamus. Etsi enim plerumque actor solum in libello statum causae exponere creditur, tamen, quoniam, ut supra ex rhetoribus vidimus, status causae non prius perficitur, quam cum audiendo vtramque partem pervenimus ad id, in quo alter ab altero dissentit, et in quo adeo consistere debet iudex, et quaerere, quis verum dixerit, facile patet, et hodie per litem contestationem statum causae fieri. Quoniam autem, ut vidimus, hodie sola rei responsione litem contestatio continetur, hinc usus loquendi fecit, ut nunc et affirmativa litem contestatio esse possit, et, siue reus negando, siue affirmando respondeat, ubique tamen litem contestari dicatur, quod et ipse Augustissimus Legislator probat, eandemque litem contestationis divisionem servat<sup>i)</sup>. Quod autem ad ipsa iudicia attinet, supra quidem observavimus, antiquitus in solis causis ordinariis litem contestationem repertam fuisse, in causa interdictorum autem cessasse. Sed hodie secus est. In omnibus enim iudiciis constat, et ordinariis et summariis, litem contestationi locum esse. Quanquam enim cum ab hodiernis Ictis hinc inde, et in primis

f) in diff. de litem cont. th. 2.  
g) Responf. L. IV. r. 16. in f.

h) c. vn. X. de lit. cont.  
i) Ord. proc. rec. §. 2. ad tit. VII.



mis a GE. OBRECHTO<sup>k)</sup> variae causae nominantur, in quibus nulla litis contestatio fieri soleat, tum ipse Pontifex<sup>l)</sup> in causis summariis, et lex Imperii<sup>m)</sup> in causa attentatorum et inhibitionis eam non necessariam dicunt, tamen ea omnia modo de solenni et articulata litis contestatione, non de qualibet rei ad libellum responsione intelligenda videntur. At vero omnis rei responsio pro litis contestatione habenda est. Cum enim non solum actor, sed semper etiam reus audiendus nec indicta causa condemnandus sit, facile patet, reum ubique litem contestari debere, unde litis contestatio recte dicitur basis et fundamentum totius iudicii, et sine ea definitiva sententia ferri non posse<sup>n)</sup>. Quod et in foro Saxonico obtinet, sola causa iudicati et ea, qua clare scripturae actori ilico fidem faciunt, excepta. In illa enim nec antiquitus videtur litis contestatio locum habuisse, quia, re semel iudicata, praetor non opus habebat, negotii causam per actoris narrationem et rei responsionem audire, in hac vero propterea superflua videtur, quoniam postulata a reo recognitio eum aut ad confitendum adigit, aut iuramentum, quod diffessorium vocant, iniungit, quo praestito, uti apud veteres in omni iuramentorum delatione tota lis statim et sine ambage dirimitur. In criminalibus vero causis, eum non minus responsio rei necessaria sit, litis contestationem aequae ac apud veteres fieri, consentaneum est dicere, atque adeo, non modo tum, cum praesto est, qui reum criminis accusat, sed etiam, cum iudex ex officio inquirat. Nam ibi quoque aliquam rei responsionem esse, quis dubitet?

## §. II.

*Litis contestatio et hodie actoris commodo est, at nec pro quasi contractu habenda, nec per eam novatio vel delegatio fit.*

Quod autem ad effectus litis contestationis antiquae attinet, an hodie applicari possint, quaeritur. Et primo quidem, quod supra ostendimus, litis contestationem actoris commodum augere, id et hodie non incongrue dicitur. Reus enim non sui causa litem contestari cogitur, sed actoris, ut nempe hic sciat, quid negetur sibi et quid adeo sit, cuius probationem futuro iudicio sustinere debeat. Et quamvis post litem contestatam nec libellum mutare, nec iudicium relinquere possit tamen iam antea observatum est, id non tam incommodum actoris esse, sed ipsum, tanquam constantem virum, mutationem non postulaturum, cum initio statim id

k) in libro de litis const. c. 4.

l) Clem. saepe de verb. sign.

m) Rec. Imp. de anno 1570. §. 9j.

n) vid. ANDR. GALLIVS L. I. obs. 78.

SOCINVS Regul. et fallent. Jur. reg. 206.

OBRECHT. de lit. cont. c. 10. §. 6. §§.



id elegisse videatur, quod optimum putauit. De singulis autem litis contestationis effectibus, ad hodiernum forum relatis, quid sentiendum sit, videamus. Primo quidem hodierna litis contestatio nobis non videtur quasi contractus appellari posse. Supra enim ostendimus, hanc peculiarem Iuris Romani fuisse fictionem, et ex studio libertatis et insignis iuris ciuium Romanorum fauoris descendisse, vt nonnisi volentes et paciscentes condemnari viderentur. Quae causa cum hodie plane cesset, omnino cessabit et id, quod inde prouenit. Reum enim hodie inuitum condemnari, omnis iudiciorum ordo ostendit. Et quomodo quaeso nunc per litis contestationem quasi contractus celebrari possit, cum ad omnem contractum duo paciscentes requirantur, litem vero hodie reus tantum contestetur? Quapropter peccant practici nostri, si hoc Iuri Romano proprium placitum ad nostra iudicia, in quibus tamen pleraque noua, et vel ex iure Pontificio vel Germanico, plura vero ex diuturna consuetudine et obseruantia hausta sunt, inuita Minerua applicant, inter quos in primis CARPOVIVM<sup>o</sup>), GAILIVM<sup>p</sup>) et MEVIVM<sup>q</sup>) esse deprehendo. Sane non opus est, hunc quasi contractum hodiernum adhuc iacitare, cum leges prouinciales omnem iudiciorum ordinem, et quicquid ante vel post litis contestationem vsque ad totius causae finem fieri, et quemnam effectum habere debeat, tam late et exacte persequantur, vt superfluum sit, ad Iuris Romani fictionem confugere velle.

Cum autem hic, quem dicimus, excogitatus litis contestationis quasi contractus aliud figmentum pepererit, nouum nempe genus nouationis et delegationis, facile vnusquisque ex superioribus colligere potest, et id hodie plane cessare, nec litis contestationi tribui posse. Quid enim? In omni nouatione nouum adest pactum, et noua veteri additur vel substituitur obligatio. Quae cum hodie, deficiente quasi contractu, per litis contestationem gigni nequeat, nec nouatio per eam effici poterit. Ad haec consilium huiusmodi nouationis antiquitus id fuisse vidimus, vt hac tanquam noua stipulatione conditionata, nempe, si reus condemnatus fuerit, noua obligatio iudicatum exsoluendi, seu actio iudicati produceretur. Nunc autem cum post finitum iudicium et rem iudicatam ilico parata aduersus reum executio, nec noua aliqua iudicati actione opus sit, etiam plane frustranea erit per litis contestationem nouatio, vnde incongruo loco eruditionem iactant, qui in explicanda nostrorum iudiciorum forma, et dandis de litis contestatione hodierna praeceptis, lectoribus nouationem, quae per  
litis

o) Proceff. p. 261.

p) l. c. obf. 74. n. 6.

q) Decif. P. I. dec. 307.



litis contestationem fiat, inculcant, et demonstrandae huius rei causa ad leges Romanas prouocant, a quo recte alienus est G. E. BEYERVS<sup>r)</sup>, qui hanc nouationis notionem ex nostris iudiciis omnino euanuisse affirmat. Eadem ratione nec delegatio hodie per litis contestationem effici posse videtur. Eam enim supra tractauimus antiquitus tunc modo factam fuisse, cum vel quis liti se obtulerit, et iudicium sponte pro alio susceperit, vel interrogatus in iure se possessorem rei in iudicium deducendae dixerit. Iam vero, cum nemo hodie loco alterius, nisi ad causam legitimatus, admittatur, nec interrogationes rei amplius in usu sint, vnusquisque videbit, et hic Iuris Romani dispositionem vanam esse ac inutilem. Si autem forte aliquando accidat, quod tamen vix vnquam euenturum putamus, vt reus se debere id, quod petitur, seu possidere rem controuersam profiteatur, cum tamen non debeat aut possideat, is non ex suscepta per litis contestationem delegatione, sed ex propria confessione condemnabitur<sup>s)</sup>.

## §. III.

*Non interruptit praescriptionem, at perpetuat tamen actiones:*

Visis his, ad perpetuationem aut praescriptionem actionum veniamus, vbi iterum insigne inter antiquam et hodiernam litis contestationem discrimen deprehendemus. Quam enim ostendimus praescriptionem iure veteri sola litis contestatione interrupti, eam hodie non hac, sed ipsa iam citatione interpellari, videmus, quod non solum inter omnes constat, et a singulis iuris interpretibus receptum est<sup>ss)</sup>, sed a Potentissimo quoque Legislatore confirmatum<sup>t)</sup>. Neque profecto sine ratione. Cum enim hodie reo iam per citationem innotescat, quid sit, quod actor ab ipso petat<sup>u)</sup>, non potest non ab hoc temporis momento incipere in mala fide versari, quod iure veteri secus erat, quo in ius vocantes causam vocationis reo non aperiebant, sed quaerentibus respondebant, vti ille apud PLAVTVM<sup>x)</sup>: *Illic apud praetorem dicam.* Cum itaque fundamentum, vt supra dictum est, interruptae praescriptionis nihil aliud sit, quam declarata domini voluntas de re non derelinquenda, sed repetenda eius possessione, dubio caret, id nunc per citationem effici, neque demum per litis contestationem.

Nec

r) Delin Iur. ciu. ad tit. Dig. de iudiciis §. 159.

s) v. Resol. grau. de ao. 1661. tit. von Iustitien Sachen §. 13. et Ord. Proc. rec. ad tit. I. §. 6.

ss) v. BERGER. Oec. Iur. p. 269.

271. 997. et 998. ID. Elect. disc. for. Tit. IV. obs. 5. GALLIVS l. c. no. 20. CARPZ. Proc. p. 170. no. 2 et alii.

t) d. Ord. Proc. rec. ad tit. V. §. 4.

u) CARPZ. L. III. t. 2. resp. 22. no. 9.

x) Perf. IV. 9. v. 9.

H



Nec est, quod cum GAILIO<sup>y)</sup> inter praescriptionem odiosam, mixtam et fauorabilem distinguamus, quarum illam citatione, alteram litis contestatione, et hanc sententia definitiua interrumpi putat, cum omnis praescriptionis materia inter odiosa referenda sit.

Attamen non putandum est, nullum plane antiquum litis contestationis effectum hodiernum superesse. Actiones enim et hodie per litis contestationem perpetuari, communis est opinio<sup>z)</sup>, et, ut nobis videtur, vera. Quanquam enim perpaucae sunt actiones, quae nunc tempore finiuntur, sed pleraeque perpetuae sunt, h. e. triginta annos, addito spatio Saxonico, durant, tamen et hae lite contestata ad quadraginta annos, produci, et ita ad eam perennitatem, quam IUSTINIANVS contestatis actionibus tribuit<sup>a)</sup>, promoueri videntur, quemadmodum et aliquando responsum esse, apud BERGERVM<sup>b)</sup> inuenio. Sane de actione iniuriarum dubitari nequit, cum ipse Serenissimus Legislator disertis verbis dicat, eam per litis contestationem perpetuari<sup>c)</sup>. Sed duplex hic oritur quaestio, primo, postquam Mandato Electorali Sax. de vindicta priuata omnes iniuriarum actiones priuatae sublatae sunt<sup>d)</sup>, an et nihilominus hic litis contestationis effectus adhuc superfit, deinde, an, ipsa actione producta, poena quoque ob datam iniuriam a iudice perpetuo infligi possit? Cui quaestioni vtrinque negando respondendum putamus. Cum enim nulla actio produci possit et perpetuari, quae institui non potest, per se intelligitur, in delatione illatae iniuriae responsonis a reo factae eam vim esse non posse, ut iniuriam passo in perpetuum ius concedat, satisfactionem postulandi. Sibi potius imputer, si sola illatae iniuriae narratione contentus, non instat iudici, nec iniuriam vsque eo persequitur, donec ipsi satisfiat. Quapropter nunc in terris electoralibus, elapso post vltimum in iudicio iniuriarum actum anno, res redintegrari et vltio denuo peti posse non videtur. Quod autem ad ipsam poenam attinet, non putem, actionem productam adeo amplum complexum habere, ut et illam perpetuet. Nam actiones ciuiles tantum producantur, non publicae criminales, quod recte obseruant Ill. LEYSERVS<sup>e)</sup> et BERGERVS<sup>f)</sup>, quorum hic exemplum affert, quo contra adulterum inquisitio, quae coepta per quinquennium iacuerat, continuari non potuit. Verbis igitur magis quam re idem BERGERVS peccare videtur, dum adulterii causam

y) L. I. obs. 74 §. 22. *sqq.*

z) vid. BERGERI Elect. disc. for. tit. IV. obs. 5. no. 4. ID. Oec. Iur. L. II. t. II. §. 26 no. 13.

a) vid. supra sect. II. §. 4.

b) Resp. L. I. r. 81, in f.

c) Ord. Proc. ver. tit VI. §. 3. in fine.

d) vid. Duell. Mandat. de ao. 1712. §. 22.

e) Medit. ad. z. Spec. 82. T. I p. 197.

f) Elect. disc. for. Tit. IV. obs. 5.



causam ad quinquennium tantum perpetuari dicit. Non enim perpetuatur ad quinquennium, sed per se tam diu viget, donec quinquennii praescriptione excludatur, ultra quod tempus, quia non perpetuatur litis contestatione, viuere nullo modo potest.

## §. IV.

*Actiones poenales ad heredes transfert.*

Actiones poenales supra vidimus contestatas antiquo iure ad heredes porrectas esse. Id vero an hodie adhuc ita se habeat, quaeritur. Quod autem ad ipsas actiones poenales ciuiles attinet, quae rem vel illatam iniuriam persequuntur, eas communis est omnium opinio, post litem contestatam ad heredes actoris peruenire, id, quod summus BERGERVS<sup>g)</sup>, CARPZOVIVS<sup>h)</sup>, GYNDLINGIVS<sup>i)</sup>, qui Ger. Titium eo nomine confutat, BEYERVS<sup>k)</sup>, aliique probant. Recte, mea quidem sententia. Nam etsi hodie per litis contestationem non contrahitur, tamen, cum heres in omne ius succedat, quod defunctus habuit, huic autem per iudicium institutum et acceptum ius natum sit, rem petitam persequendi et iudicium finiendi, deinde ab altera parte hereditas non nisi deducto aere alieno aestimetur, aequum est, vt heredes iudicium semel coeptum ad exitum vsque perducere possint. Quod autem ad rei heredes attinet, ipsa poena aduersus eos, siue publica, siue vindicta priuata sit, non descendet, iniquum enim foret, heredes alienorum malefactorum, quae suos tantum auctores tenent<sup>l)</sup>, poenam luere, quapropter a CARPZOVIO, eadem docente, frustra BERGERVS<sup>m)</sup> dissentit. Quanquam enim sententiam suam inhibitionibus, quas Curiae Saxonicae dare solent, illustrare studet, tamen vix vllum exemplum afferri poterit, quo contra heredes peccantis inhibitio decreta sit. Decreta autem semel inhibitione, eo ipso fiseus ius acquisiuit, poenam, tanquam aes alienum, ex defuncti bonis petendi. Igitur nec in actione iniuriarum heredes ad poenam, vel, vt actoris ambitioni satisfaciant, adiguntur, vnde nec palinodiam canere tenentur<sup>n)</sup>. A damnorum vero et expensarum restitutione<sup>o)</sup>, item ab iniuriae aestimationi, si hanc actor actionem elegit, immunes esse non possunt. Quicquid enim a defuncto in iudicio petitum est, id tam diu in eius aere alieno computatur, donec

H 2

libera-

g) *ibid.* p. 86.h) *Respons. L. III. t. IV. resp. 38.*i) *diff. cit. cap. 4. §. II. 12.*k) *l. c. §. vlt.*l) *l. 22. C. de poen.*m) *l. c.*n) *v. CARPZ. l. c. resp. 39. §. 6.*o) *vid. eund. CARPZOV. ib. resp. 38.*§. 23. *f. 19.*



liberatur, aut soluens aut iudicio absolutus. Hinc non dubitandum, quin et hodie in terris electoralibus, sublata omni actione iniuriarum, damna et expensae, facta semel iniuriae delatione, a rei heredibus peti possint. Denique actiones donationis titulo cessae cum iam a IVSTINIANO<sup>p)</sup>, quamvis non contestatae, ad heredes perlatae sint, et nunc eas eandem rationem seruate, minime ambiguum esse videtur.

## §. V.

*An per litis contestationem res litigiosa fiat, ac post eam iudex mutari possit?*

Porro meminimus supra dicere, per litis contestationem rem in iudicium deductam olim litigiosam factam fuisse, adeo, ut nec a possessore alienari, nec a petitore actio semel contestata cedi potuerit, quod qualem hodie adhuc effectum habeat, quaesitu dignum est. Et primo quidem in eo nostros iuris interpretes dissentire inuenio, quo tempore nunc res litigiosa dicenda sit. Alii enim per citationem<sup>q)</sup>, alii per litis contestationem<sup>r)</sup> id fieri dicunt, alii denique inter rem et actionem litigiosam distinguendum, et illam in ius vocando, hanc iudicio accipiundo litigiosam fieri putant<sup>s)</sup>, nulla tamen addita discriminis ratione. Nobis utraque per solam citationem litigiosa fieri videtur. Cum enim, litis contestationis quasi contractu sublato, citatio omnis iudicii legitimum initium sit, simulque cum ea aduersarius, quae et qualis res sit, quae ad actore petatur, cognoscat, quod fundamentum est prohibitae alienationis, nihil conuenientius est, quam ut citationi et is tribuatur effectus, ut rem litigiosam efficiat, in primis cum ipse iam IVSTINIANVS lege nouella<sup>t)</sup> rem litigiosam esse voluerit, postquam preces principi oblatae, iudicique insinuatae, per hunc reo cognitae factae sint. Hoc ipsum tamen, si ad quaestionem de alienandis rebus litigiosis applicare velis, hodie sine usu erit, cum hodierno iure communi omnium Ictorum consensu, neque rerum litigiosarum alienatio, neque actionum seu nominum cessio amplius prohibita, sed

p) l. 33. C. de donat.

q) vid. GAILLIVS L. I. obf. 74. §. 16. 10. a SANDE de prohib. rer. alienat. cap. 9. §. 1 no. 2. et 6. BERGERVS loco saepe cit. §. 162.

r) v. MEVIVS P. V. dec. 17. et CARPZ. P. I, Const. 32. def. 22.

s) v. BRUNNEMANN. ad l. i. D. de litigios. WESENBECC. paratit. ad eund. tit. BEYERVS ad eund. tit. §. 1. 2. et supra dictus, adeoque non constans sibi GAILLIVS L. I. obf. 118. §. 4.

t) Nou. 112. c. 1 et auth. *litigiosa* C. de litigios.



sed licita potius et concessa sit, ita tamen, ut executio contra possessorem fiat. Id enim non solum STRUVIUS<sup>u)</sup>, CHRISTINAEVS<sup>x)</sup>, BERGERVS<sup>y)</sup>, quid? illustris etiam LEYSERVS<sup>z)</sup> testantur, sed idem quoque BERGERVS exempla affert, quibus Icti Vitebergenses, et causa ventilata ita iudicarunt<sup>a)</sup>, et disertis verbis responderunt, cessionem nominis litigiosi hodiernis moribus secundum usum fori quotidianum non prohiberi<sup>b)</sup> rem quoque litigiosam vendi, permutari, obligari vel alio modo transferri posse<sup>c)</sup>. Similis est sententia Scabinorum Lipsiensium apud CARPZOVIVM<sup>d)</sup> et Ictorum Helmstadiensium apud LEYSERVM<sup>e)</sup>, ut adeo communem videas et receptam hanc omnium dicasteriorum, quid? multarum gentium et populorum, (de Belgis enim et Gallis BEXERVS<sup>f)</sup> testatur,) opinionem esse, quam tamen tunc limitandam putamus, si alienatio dolo fiat, et in singulare aduersarii praeiudicium tendat, v. g. si res litigiosa extra territorium fraudandi petitoris causa mittatur, vel, ut alteri eo difficilius et durior causa sit, in potentiorum aduersarium transferatur, unde alia est sententia apud BERGERVM, qua<sup>g)</sup> eiusmodi cessio, ex qua animus vendandi debitoris patuit, pro irrita habita est.

A re litigiosa pergendum ad iudicium, quod iure veteri lite contestata certum et fixum mansisse, neque iudicem amplius recusari potuisse, obseruauimus. Quod hodie in eo vim habere potest, si quis ad incompetentem iudicem, aut lite iam alibi pendente, vocatus fuerit, ante acceptum autem iudicium non monuit, nec adeo recusauit, coram alieno iudice litigare. Ipse enim potentissimus Legislator voluit, ut exceptio, quae forum declinat, liti contestationi praemittatur<sup>h)</sup>. Iure profecto. Quamdiu enim non constat, potestatemne habeat iudex, de causa controuersa iudicandi, nec ne, quid opus est, a reo litem contestari? Hinc, qui, omissa ea exceptione, nihilominus litem contestatur, abdicasse illam et consensisse in incompetentem iudicem videtur<sup>i)</sup>, ut adeo et hodie recte dici possit, lite contestata iudicem recusari non posse, quod nostri vocant, instantiae obligari<sup>k)</sup>. Quae quanquam ita sunt, tamen praeuentio et liti

H 3

pendentia

- u) Exerc. 46. th 51.
- x) Vol. IV. decis. 175. no. 10. et Vol. VI. dec. 96.
- y) Oec. iur. L. III. t. 5. §. 5. no. 22. p. 647.
- z) Medit. ad π. Vol. VII. Spec. 518. et 519.
- a) Oec. iur. l. c.
- b) Respons. P. II. resp. 258. p. 488.
- c) ib. resp. 288. p. 531.

- d) Resp. L. I. r. 102. no. 6.
- e) l. c.
- f) l. c. §. pen.
- g) Resp. P. I. resp. 17. p. 27.
- h) Ord. proc. vet. tit. XI §. 1. 2. et ord. rec. ad d. tit. §. 1.
- i) MEVIUS P. VI. decis. 6. not. 13. et decis. 77. not. I. CARPZ. Proc. Tit. IX. art. 2. n. 7.
- k) V. GALLIUS L. I. obs. 74. §. 5.



pendentia hodie non per contestationem, sed per citationem, cum in foro Saxonico<sup>kk)</sup>, tum in aliis etiam iudiciis, inducitur, uti de Camera imperiali GALLIVS<sup>l)</sup>, et tribunali Vismariensi MEVIUS<sup>m)</sup> obseruat, modo a competente iudice fiat, et per inepti libelli reiectionem non vitietur<sup>n)</sup>. In qua re vsus hodiernus Ius Canonicum sequitur, et pontificis GREGORII IX. decretum<sup>o)</sup>, qui, male intellectis ex iure civili verbis ULPIANI<sup>p)</sup>, superius adductis, citatione litem pendentem fieri rescriptit.

## §. VI.

*An hodie dominium litis operetur?*

A iudicis persona veniendum ad litigantes, qua occasione supra nobilem litis contestationis effectum annotauimus, nempe eum, quod contestatione dominium litis in procuratorem transferebatur. Id vero an hodie quoque ita sit, si quaerimus, dissentire inter se celeberrimos ICTOS inuenimus. Alii enim, inter quos in primis BERGERVS<sup>r)</sup>, STRYCKIUS<sup>s)</sup> et WERNHERVS<sup>t)</sup> sunt, dominium litis adhuc hodie in foris conseruare student, eiusque vsum adhuc superesse credunt, alii contra, ut WISSENFACHIVS<sup>u)</sup>, BACHOVIUS<sup>x)</sup>, BEYERVS<sup>y)</sup> et qui primo nominandus erat, SCHILTERVS<sup>z)</sup> omnem eius vsum hodie abrogatum esse contendunt. Et profecto, si rem paulo curatius consideramus, non possumus, saltem quod ad fora Saxonica attinet, quin posteriori sententiae accedamus. Nam primo aliquoties monitum est, litis contestatione hodie non amplius contrahi, vnde cum iure veteri hanc fingendo litis dominio causam fuisse sciamus, vel inde concludemus, ipsum quoque dominium cessare, et per litis contestationem nunc induci non posse. Deinde omnes, qui olim inde descendebant, effectus, hodie non amplius superesse videmus. Hodie enim cum nulla actione iudicati opus est, et si opus esset, non procuratori sed domino daretur, tum procurator neque causam suo nomine agit, sed mandantis, nec mortuo eo, absque nouo heredis mandato eam continuare, nec denique alium procuratorem, nisi accepta in hanc rem potestate,

kk) Ord. proc. rec. ad tit. V. §. 4. et cit. MEVIUS P. II. dec. 68. et P. VII. dec. 184.

l) L. I. obs. 74. §. 18.

m) P. II. Dec. 67.

n) v. CARPZOV. d. l. art. 2. n. 44. §. 1.

o) c. pen. X. de for. comp.

p) l. 7. D. de iudic.

r) disp. de dominio litis §. 26. §. 1.

s) Vt. mod. ad Dig. tit. de procur.

§. 37. §. 1.

t) Obseru. forens. obs. 230.

u) ad Dig. tit. de procur. th. 17.

x) ad Treutler. disp. 9. th. 10. litt. F.

y) delin. iur. ciu. tit. Dig. de proc.

p. 133. §. 1.

z) Exerc. ad Dig. ex. X. th. 43. §. 1.



potestate, substituere potest. Ipse porro dominus non prohibetur, constituto licet procuratore, in iudicio comparere et litem persequi, aut reuocare, et procuratorem mutare, aliumve dare, quod ipsi, lite siue contestata siue non contestata, integrum est. Ratihabitionis quoque satisfactio, si qua opus est, sine discrimine exigitur, siue quis ante iudicium acceptum pro altero compareat, siue post. Cum denique nunc nemo sine legitimatione admittatur, et huius defectus quouis tempore vrgeri possit, hinc fieri etiam nequit, vt quis permittatur liti se offerre, et alterius causam tanquam tuam suscipere. Similiter constat, actorem hodie non prohiberi, in quauis iudicii parte liti et causae, restitutis expensis, renunciare, cur ergo ab eadem potestate litis consortes arceamus? Haec igitur omnia, quae ex veteri dominio litis consequebantur, cum in hodiernis foris exulent, exulare vero, vsus quotidianus, et ordinationes iudiciariae<sup>a)</sup> abunde docent, quatenam ipsius domini litis vtilitas adhuc superesse potest? Sed forte quis dicat, sententias et hodie in procuratores ferri, cum in cuiusuis sententiae limine eorum mentionem fieri videamus. At vero propterea sententia non in ipsos procuratores fertur, additur enim et nomen ipsius mandantis, et si vel iurandum, vel soluendum, vel aliud eiusmodi quid faciendum pronuntiatur, id ipsi illi, non autem procuratori iniungitur. Sane, si sola mentio procuratoris, quae sit in sententia, domini litis signum haberetur, certe tutores quoque et curatores cum eorum actoribus, adeoque in vna causa plures domini litis forent, quod tamen vel iure Romano nemo dixerit. Reliqua aduersariorum argumenta ita comparata sunt, vt, qui a nobis dicta recte considerauerit, ei per se euanitura credamus. Attamen non negandum, vnum esse V. Cl. BERGERI<sup>b)</sup> argumentum, cui quid valide opponi possit, non video. Prouocat enim ad leges imperii, item ad statutum Hennebergicum, Pomeranicum, et Wurtembergicum, quibus, et in primis ii. Recessibus Imperii, procuratores hodierni ipsis legislatorum verbis domini litis vocantur<sup>c)</sup>, et varii antiqui domini litis effectus ipsis attribuuntur. Sane si in ipsis legibus nomen et effectus domini litis cernitur, omnino euanuisse non videtur. Igitur sic censemus, litis dominium in iudiciis imperii et quibusdam forte prouincialibus non plane abrogatum, at in foris Saxonice tamen nullum eius usum amplius superesse. Non enim solum in vniuersis legibus Electoralibus ne minimum quidem eius vestigium reperitur,

a) vid. Ord. vet. et rec. Tit. VII. cf. passim CARPZ. Proc. Sax. et RIVINI Enunc. Jur.

b) cit. diss. §. 11. 23. 28. 31. sqq.

c) vid. in primis Rec. Imp. Spir. de ao. 1570. §. 100. it. de ao. 1600. §. 73. et Ord. Camerae de ao. 1507. tit. XXXV. §. 6.



reperitur, sed ipse etiam BERGERVS tam acer eius defensor, in plerisque effectibus, quos et hodie dominio litis tribuit, fora Saxonica excipit<sup>d)</sup>, in iisque rem aliter se habere confitetur. Id tamen hodie adhuc mansit, quod, qui semel litem contestando quicquam confessus est, id reuocare ipsi non liceat. Caue tamen id litis dominio, vel contestationi tribuas, potius, siue ante iudicium acceptum siue postea confitearis, poenitere non potes, sed pro iudicato haberi<sup>e)</sup>.

## §. VII.

*Quinam alii antiqui litis contestationis effectus adhuc hodie  
super sint?*

Sequuntur reliqua, quae ad litis contestationis tempus iure veteri relata fuisse, creuimus, quorum et hodie, nisi me omnia fallunt, exiguus vsus supererit. Quid enim? Iam primum si de versione in minoris, mulierisue vtilitatem facta quaeritur, putamusne, eos non aliter teneri, quam si id, quo res eorum aucta est, adhuc litis contestationis tempore penes eos inueniatur? Si quis v. g. minori vel mulieri pecuniam credidit ad pignus reluendum, ipsum autem pignus post factam reluitionem periit, non videtur id creditori nocere debere. Et profecto, si is, in cuius rem aliquid versum esse dicitur, litis tantum contestatae tempore inde adhuc locupletior esse debeat, valde veremur, ne aditus nequitiae aperiatur, cum hodie inter actionem institutam et contestatam litem tantum temporis interfit, vt conuentus hac actione, id, quo amplificata est res sua, facile iterum perdere et dissipare possit. Ipse etiam potentissimus Legislator, dum creditores mulierum, versionem in rem allegantes audiri iussit, ita loquitur<sup>f)</sup>, vt eam in ipso solum negotio requirere videatur, verbis: *welchergestalt die versio in vtilitatem vxoris geschehen, mit Bestande zu klagen sey, item: in so weit das Vermögen eines Eheweibes vermehrt und verbessert worden, vt adeo sufficiat, vtilitatis augmentum institutam actionem et datum iudici libellum antecessisse.*

Quid autem de eo dicamus, si vel negotiorum gestor ab eo, cuius negotia gessit, propterea conuenitur, quod pecuniam male collocauit, et credidit ei, qui impar est soluendo, vel si creditor, principali debitore non idoneo, contra fideiussorem agit? Et forte erunt, qui hanc quaestionem, saltim quoad fideiussorem, hodie inutilem credent, cum ex IV-

STINIANI

d) v. diss. cit. §. 31. 33. 36. *sqq.*

f) vid. Erläuterungs Rescr. des Mandats von Verschreib. und Oblig. der Weib.

e) l. I. D. de confess. l. vn. C. eod. des Pers. sub d. d. I. Jul. 1723.



STIMIANI nouissima constitutione<sup>g)</sup> fideiussor, non nisi excusso principali debitore, conueniri queat, quod adeo ante institutam actionem fieri debere, per se patet. Quid vero, si debitor principalis notorie non est soluendo? tunc enim constans est opinio, non opus esse prius eius excussione<sup>h)</sup>. Fac igitur, rem eius familiarem, instituta cum fideiussore negotiorumue gestore lite, augeri, ita, vt ea pendente par fiat soluendo, quid statuendum erit? Ego vero non dubito, quin hae superuenientes debitoris diuitiae, siue lite contestata accidant, siue ante, prodesse debeant negotiorum gestori et fideiussori eo usque, donec res iudicata erit, ita, vt si probare id possit, absolui debeat, etiamsi debitor litis contestationis tempore adhuc egenus fuerit. Aequum enim est, ipsique negotiorum gestori et fideiussori, quorum vtrique leges fauent et, quantum fieri potest, prospectum volunt, conuenientius, potius non condemnari, quam demum post condemnationem apud debitorem principalem indemnitatem quaerere. Idem dicendum, si plures sunt fideiussores, quorum ob vnus egestatem reliqui in solidum conueniuntur, item in actione quod metus causa, aduersus heredem instituta. Cum enim et hic, cessante litis contestationis quasi contractu, aequitas potius spectanda sit, videtur ab haerede repeti posse, quicquid ad eum peruenit, siue lite nondum contestata, siue post iudicium demum acceptum ad eum delatum sit.

Ceterum et hodie saepius reum ad aestimationem litis praestandam teneri, dubium esse non potest, quod vel tunc fit, si forte res certa, quae petitur, periit, vel quicquam, quod pondere, numero aut mensura continetur, in iudicium venit. Videtur vero nunc etiam discrimen faciendum, an certo tempore, dari restituiue debuerit, an vero nullum tempus definitum sit. Illic varie a dicasteriis iudicatum reperio, et mox tempus debitae solutionis spectatum, mox reum in aestimationem, quanti pluris fuit ab eo tempore, condemnatum esse, cuiusmodi sententias BERGERVS<sup>i)</sup> et Ill. LEYSERVS<sup>k)</sup> referunt. In die incerto autem neutrum tempus, atque adeo nec litis contestationis, nec condemnationis hodie sequendum, tota res potius arbitrio iudicis dirimenda videtur. Quemadmodum enim huic, in primis in Saxonia electorali, ipsum tempus solutionis in omni causa debiti tunc relictum est definire, si inter partes nihil de eo conuenit<sup>l)</sup>, ita et aestimationis tempus iudicis aequitati subiacebit, quam vel in elapsum a tempore contractus annum, vel prout ipsi aliter videbitur, conferet. Quod denique supra de eo diximus, qui in noxalibus actionibus possessionem serui negauerat, et propterea a damni praestatione per noxae deditionem liberare

g) auth. Praesente C. de fideiuss. Nou. 4. c. 1.

h) vid. CARPZ. P. II. const. 18. def. 15.

i) El. disc. for. tit. V. Obs. 7. et Oec. Iur. L. III. tit. VI. §. 4. no. 10.

k) Med. ad π. Vol. III. Sp. 150.

l) Ord. proc. rec. in append. §. 6.



rare se non poterat, id, cum in primis ex interrogationibus in iure factis descendat, quas hodie sublatas esse scimus, amplius usum habere non videtur.

## §. VIII.

*An hodie adhuc per litis contestationem mala fides inducatur? et de fructibus, impensis, interitu rei litigiosae, et causa alternatiua.*

Ex his, quae supra disputauimus, haud difficulter ea quaestio decidi poterit, an et hodie per litis contestationem mala fides inducatur. Cum enim viderimus secundum hodiernum usum per citationem rem litigiosam, et aduersarium de actoris intentione certiores fieri, atque adeo praescriptionem interrumpi, quis dubitet, per eandem et malam fidem induci? Reus enim per citationem comperit, rem non esse suam, sed actoris, scientia vero, rem alienam esse, et hodie pro mala fide habetur, et ita iudicatum esse, Ill. LEYSERVS<sup>m)</sup> exemplum affert. Quod eo minus mirandum, cum in eo iam olim ICTOS a iure veteri recessisse, supra animaduuerimus, ut, quae mala fides strictim non nisi per litis contestationem efficiebatur, eam ad ipsum motae controuersiae tempus retraherent<sup>n)</sup>. Idem igitur et hodie seruatur, quod et STRYCKIUS<sup>o)</sup> probat, et iure nouissimo eo certius est, postquam Augustissimus Legislator eam quaestionem nuper decidit, et disertis verbis edixit<sup>p)</sup>, ut omnis possessor a tempore institutae actionis pro malae fidei possessore haberetur, quod tamen non ita crasse accipiendum videtur, quasi possessoris mala fides ab eo momento incipiat, quo actor libellum iudici exhibuit. Quid enim, si huius negligentia, quod saepius fieri videmus, haud exiguum temporis spatium elabatur, antequam citationes emittantur, aut si ipse actor, poenitentia ductus, ante emissam citationem liti renunciat, adeoque ad reum de actoris intentione aut plane non, aut sero notitia peruenit? Iniquum sane videbitur, eum pro malae fidei possessore habere, antequam scientiam rei alienae accepit, sine qua in mala fide constitui nequit. Instituta igitur actio cum effectu intelligenda est, h. e. ita, ut et notitia ad reum perueniat, sine qua frustra instituta fuisset. Ita LEYSERVS<sup>q)</sup> tradit, eandem pronunciandi formulam, qua reus in restitutionem fructuum, ab instituta actione percipitorum, condemnatus fuerat, ita intellectam fuisse, ut hic eos a die tantum in sinuatae citationis debere, iudicatus fuerit.

Ad ipsam vero fructuum restitutionem quod attinet, video in dicasteriis diuersimode iudicatum esse, ita, ut alia, et in primis Vitebergensia, seruata veteri litis contestationis tanquam epocha, ab hac demum fructus percipios vel percipiendos debere, pronunciare soleant, cuiusmodi sententias apud BERG-

RVM

m) ib. Vol. II. Sp. 110. no. 6.

n) v. supr. Sect. II. §. 8.

o) VI. mod. ad tit. de rei vind. §. 14.

p) Decis. nouiss. de 10. 1746. dec. 2. in fin.

q) Medit. ad r. P. IV. Sp. 249. no. 6.



IVM<sup>r</sup>) et III. LEYSERVM<sup>s</sup>) inuenies, reliqua vero pleraque eisdem a tempore institutae actionis connumerarunt<sup>t</sup>), quae postrema sententia hodierno fori vsui omnino conuenientior viderur. At nunc res amplius dubia esse nequit, composita per memoratam iam potentissimi Legislatoris decisionem<sup>u</sup>), qua voluit, vt malae fidei possessor fructus a tertio ante institutam actionem anno, qui autem bona fide possedit, non nisi ab vltimo eiusdem temporis anno, restituere cogatur. Quod forte et ad sumtuum vtilium et, qui voluptatis causa facti sunt, restitutionem applicandum erit, qui olim post litem contestatam nunquam reddebantur, cum contra nunc ex eadem decisione et ii amitti videantur, qui impenduntur, postquam reus de libello iudici exhibito rite certior factus est.

Vsurae vero cum et hodie, nullo iudiciorum bonae fidei et stricti iuris habito discrimine, a tempore morae debeantur<sup>x</sup>), controuersia esse non potest, quin, si de nullo solutionis tempore conuenit, ab exhibito iudici, et per citationem cum reo communicato, libello praestari debeant, qua ratione non solum iudicari BERGERVS<sup>y</sup>) docet, et quotidiana obseruantia probat<sup>z</sup>), sed potentissimus etiam Legislator disertis verbis iussit<sup>a</sup>), vt in re dubia vsurae a tempore institutae actionis numerentur, vnde hodie non facile inuenias exemplum, quale est apud CARPZOVIUM<sup>b</sup>), vt vsurae a tempore demum litis contestatae vel factae ad libellum responsionis adiudicentur, quod sane nec hodierni fori rationi vel vsui consentaneum haberi potest. Ceterum antea vidimus, rem in controuersiam deductam hodie iam citatione litigiosam fieri, et reum in mala fide constitui, vnde consequens erit, ab eo statim tempore eius interitum ad reum pertinere, vbi tamen eandem, quam supra attigimus, differentiam sequendam putamus, an nempe temere litigasse videatur, vel iustam repugnandi causam habuisse, quae omnia officio iudicis relinquenda erunt.

Quod autem ad causam alternatiuam attinet, et hodie fieri posse videtur, vt quis duobus eandem rem alternatiue promittat, vbi, si alter petat, non minus et nunc finem dandi alteri esse, putamus. Quanquam enim litis contestationis quasi contractus non amplius superest, illud tamen ipsum, quod apud POMPONIVM<sup>c</sup>) habetur, in eiusmodi nempe causa occupantis actionem esse, nulla contraria lege sublatum est, potius in vniuersum cautum, vt in omni pari causa melior sit occupantis conditio<sup>d</sup>), vnde et nunc alterum ab altero agendo

I 2

occupari

r) Oec. Iur. L. II. t. 2. §. 17. not. 5.  
 s) Medit. ad π. P. IV Sp. 219 n. 3. inf.  
 t) vid. v. g. III LEYSER. l. c. Sp. 249.  
 u) no. 6. STRYCK. v. mod. l. c.  
 v) d. dec. nou. 2.  
 x) v. STRYCK l. c. ad tit. de vsur. §. 7.  
 y) Oec. Iur. L. III. t. 1. §. 8. not. 3.  
 z) cf. praeciudicia a viro iuris peritissi-

mo. 10. GOTTL. SIEGELIO allata in disp. hab. anno 1745. cui tit. Obseruationes forenses, Obs. I. §. 6.

a) in append. ad Ord. proc. rec. §. 10.  
 b) Resp. L. IV. resp. 56.  
 c) l. c. D. de verb. obl.  
 d) l. 19. D. de re iud.



occupari posse, credendum erit. De alternatiuis debitoribus autem vix vllam erit exemplum, postquam, vti et supra obseruauimus, iam *IUSTINIANVS* obligationem inter fideiussores correosue debendi diuisit. Si qui autem sunt, qui nunc in solidum debent, constat, actoris esse electionem, ita tamen, vt alter, nisi post solutionem, non liberetur. Tandem antiquus litis contestationis effectus in ipsa etiam re, quae alternatiue debetur, desideratur. Cum enim hodie in omni promissionis et obligationis materia magis simplicitatem et aequitatem naturalem, quam verborum solennitates sequamur, aequitas autem postulet, neminem amplius ex eo, quod ab initio in eius arbitrio erat, obligari, quam se ipsum ostringere voluit, nec poterit alternatiua obligatio eo inuito in puram mutari, quod in Saxonia Electorali adeo verum est, vt et si actor, occupatione forte nisus, in libello pure petierit, tamen iudex alternatiue pronunciare, ipso legislatore iubente<sup>e)</sup>, debeat, quanquam, et extra Saxoniam ita iudicatum fuisse, *III. LEYSERVS*<sup>f)</sup> memorat.

## §. IX.

*Libellus post litis contestationem mutari nequit, nec exceptio dilatoria opponi.*

Duo adhuc supersunt litis contestationis effectus, qui, si eorum vsum hodiernum spectes, omnes ceteros vincunt, ita tamen inter omnes noti, vt non docendi causa eorum mentionem faciamus, sed tantum ne praeteriri videantur. Eorum alter est, quem iam supra meminimus attingere, quod lite contestata libellus emendari nequit, fere, vt olim actio mutari non poterat<sup>ff)</sup>, alter, quod exceptiones dilatoriae ante iudicium acceptum, nec postea, actori opponendae sunt. Illud non solum in iudicio Imperiali, restante *GALIO*<sup>g)</sup>, obseruatur, sed in Saxonia etiam extra dubitationem positum est, ita tamen, vt antiquiora iura a recentioribus sint separanda. Nam primum iure Saxonico communi libelli mutatio vsque ad guarandae praestationem licita fuit<sup>h)</sup>, quod postea Serenissimi Electores<sup>i)</sup> ita ampliarunt, vt siue ad hunc vsque terminum, siue ad litis contestationem pure factam permitteretur, alterutro vero facto, omnis mutatio excluderetur. Caue tamen, id quasi contractus figmento tribuas. Nihil enim aliud prudentissimi legislatores, vti ipsa verba ostendunt, in causa habuerunt, quam vt tempora licium, quae, si infinita libellorum mutatio licita esset, et ipsae infinitae forent, reserarent, et eapropter certos fines ponerent, intra quos libellorum mutatio coerceretur, quem terminum vel litis contestationem vel guarandam esse, forte propterea voluerunt, quoniam saepe fiebat,

e) Ord. proc. rec. ad tit. V. §. 2.

h) v. LandR. L. I. art. 63.

f) Medit. ad π. To. VII. Spec. 22.

ff) v. supr. sect. II. §. 6.

i) P. I. Const. II. cf. ord. proc. vet. tit.

g) L. I. Obs. 51. no. 9. et Obs. 74. no. 4. V. §. 4.



bat, ut guaranda, in primis non postulata a reo<sup>k</sup>), plane non praestaretur, et ita sapiens Iuris Saxonici consilium eluderetur. Angustior vero terminus vix inueniri excogitarique potuit. Attamen iidem fines iterum iure nouissimo paululum ampliati, et vsque ad sententiam, super litis contestatione latam, porrecti sunt<sup>l</sup>), cuius rei forte haec causa fuit, quoniam antea mutatio non vsque ad omnem litis contestationem, sed vsque ad plenam solum et eam, quae pure fieret, ut ipsa legum verba<sup>m</sup>) habent, permilla erat, quae tamen saepe per multos menses aut annos tam diu differebatur, donec de multis exceptionibus, quibus reus ad detrectandam contestationem uti solebat, iudicatum esset. At postquam iure nouissimo<sup>n</sup>) cautum, ut reus quotquot haberet exceptiones, eas semper litis contestationi, nisi pro confessio et conuictio haberi velit, annecteret in eum euentum, ut si incongruae et minus idoneae irent iudicatum, tum litis contestatio pro pura haberetur, cumque adeo ista conditio non nisi per securam sententiam, quae de exceptionibus, et euentuali litis contestatione simul iudicandum est, tolli, et haec in puram commutari possit, necessario et ipsa libelli mutatio ad hunc vsque terminum producenda erat, vnde manifestum, ius vetus recentiori non correctum, sed certius tantum definitum, tempus autem libelli mutandi non tam amplificatum, quam coarctatum esse.

Quod denique ad ipsas exceptiones attinet, constat inter omnes, eam vim hodie litis contestationis esse, ut diuidat et quasi fecer exceptiones, separando eas, quae differendae litis causa, aut repellendi actoris a limine iudicii, adhibentur, ab his, quas peremptorias vocant, quarum illae litis contestationi praemittuntur, hae postponuntur. Quod, quis est in his rebus tam peregrinus, quin sciât, non solum vsu et consuetudine receptum, sed legibus<sup>o</sup>) etiam confirmatum esse? Et sane aequissimum est, iudicem ante iudicium acceptum de iis rebus certiozem fieri, quae vel reum ab instantia, uti vocant, absoluere, vel actorem a limine statim iudicii depellere possunt. Ad haec exceptiones dilatoriae ad ordinandum constituendumque iudicium pertinent, quod et olim litis contestationem antecessisse vidimus. Ceterum id forte quaeri potest, an reus exceptiones dilatorias, quas ante litis contestationem proferre neglexit, plane omisissae videatur, adeoque nec, si illico manifestae sint, iis amplius uti queat de quo nec in ordinationibus processuum quicquam aperte cautum, neque a Ictis forensibus multum disputari videas. Nobis videntur ea legum verba, quibus exceptiones dilatoriae, vel litis ingressum impediennes, ante iudicium acceptum proponi iubentur, non ita crasse accipienda esse, ut vel vnam omisissam reus statim perdat. Id enim

k) vid. CARPZ. P. I. conf. 4. def. 3.

n) d. Ord. rec. ad tit. XI. §. 1.

l) Ord. Proc. rec. ad tit. V. §. 9.

o) Conf. El. P. I. conf. 3. et Ord.

m) d. conf. el. II. et Ord. proc. vet. l. c. proc. vet. tit. XI.



si Legislator voluisset, sine dubio hanc comminationem additurus fuisset, quemadmodum de lite contestanda fecit. Potius videtur aliqua dilatio usque ad elapsum, qui liti contestandae constitutus est, terminum, quotuscunque is ipsius iudicii sit, concedenda esse. Quamquam enim Serenissimus Legislator in Resolutione Grauaminum<sup>p)</sup> reum haud obscure iubeat eas exceptiones in primo iudicii termino sub amissionis poena proponere, tamen cum idem Elector in Decisionibus, quas eodem anno et die publicavit, claris verbis constituat, ut, si reo, qui primo contumax fuit, altero deinde termino litis contestatio iniungatur, ei exceptiones dilatoriae demtae esse non debeant<sup>q)</sup>, satis patet, illa legis verba de eo tantum termino, quo litem reus contestari cogitur, et qui merito pro primo totius iudicii habendus est, intelligenda esse. Quod nunc eo magis verum est, postquam in ipso primo statim termino reus litem sub comminatione contestari cogitur, unde et eodem exceptiones dilatorias proponere debet, neglectas vero amittet. Quod tamen de iis intellectum haud velim, ad quas iudex ex officio attendere debet, qualis est exceptio non praestitae cautionis, et aliae, quas doctores forenses recensere solent.

p) desao. 1661. tit. von Justitien-Sachen, §. 18.

q) dec. de ao. 1661. dec. 14.





ATIONS  
 bicoribus  
 us, iam  
 ditur. Si  
 electionem,  
 antiquus  
 erur, des  
 teria mag  
 ates sequ  
 nio in eius  
 erit altern  
 torali adeo  
 petierit, t  
 leben, quon  
 ) memor.

