



 S E C T I O I.

3

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.

Litis vocabulum, quod proprium est rei iudicariae, 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 ^{a)}: *Res, quae in controuersia est, lis dicitur. Ideo in actionibus videmus dici: quam rem siue litem* ^{b)}. 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* ^{c)}, *aestimata sit, h. e. pecunia, propter quam lis fuit* ^{cc)}. Sic etiam intelligendum POMPONIVM putamus, quando, venditorem vini tanti condemnandum dicit ^{d)}, quanto pluris fuit eo tempore, quo *lis in condemnationem deducitur*, cui similis est Imperatorum oratio ^{e)}, 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 ^{f)}, 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 ^{g)} tempus litis (contestatae) et controuersiae motae diligenter seiungit, et IMPERATOR ^{h)} 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 ⁱ⁾ 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 ^{k)}, *accipiendum est, siue testato quis, siue per epistolam, siue verbis, aut per nuntium iusserit. Et ideo, si sic contestatus sit: quod uoles etc.; item ex IULIANO ^{l)}, 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, unde et testamenti factionem ^{m)}, et omnem solennem declarationem ⁿ⁾ 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 ^{o)}, *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. IUSTINIANVS ^{p)}, 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. §. vlt. 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 praestent. Cui similia sunt eiusdem Imperatoris verba ^{q)}: *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 ^{r)}, 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 ^{s)}, cum aliud esse dicit litis constitutionem, aliud litis contestationem, cum tamen et definitionem CUIACII ^{t)}, nobiscum amice conspirantis, ita comprobet, ut sola verba testibus praesentibus in testato mutet. Aequè in casum it, cum litis contestationem testationem actionis vult nominari ^{u)}, cuius tamen erroris eum IMPERATOR ^{v)} et PAVLVS ^{w)} conuincere potuissent, quorum vterque actionem eiusque editionem diligenter a litis contestatione fecerunt.

Vt autem ad eam ipsam reuertamur, vtriusque litigantis operam in litis contestatione concurrere 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 ^{z)} 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.* Item 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^{a)}: *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*^{b)}. Et PAPI-
NIANVS^{c)}: *Si litem actor ex prima stipulatione contestetur. Hinc dicitur lis contestari cum debitore*^{d)}, et ita VLPPIANVS intelligi debet, cum ait^{e)}: *Si a me fuerit arrogatus, qui mecum erat litem contestatus, vel quocum ego. Sic etiam CICERO*^{f)}: *Cum lis contestata cum Flauio damni iniuria esset, tu in eam litem cognitor Roscio es factus. Quibus non ob-
sunt CAII*^{g)} verba: *In compensationem etiam id deducitur, quo nomine cum 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*^{h)}, tum vel ipsa formula edicti perpetui: *IUDICIUM ACCIPERE COGAM*ⁱ⁾, ostendit. Id tamen inuenio, apud antiquos reum dici cum petitore *litem contestatam habere*, vnde FESTVS, *Reus est, inquit*^{j)}, *qui cum altero litem contestatam habet*, et CICERO^{k)}: *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 CVAICIVS^{l)}, IAC. MENARDVS^{m)}, GOEDDEVSⁿ⁾, et cel. GVNDLIN-
GIUS^{o)}, in ea opinione versantur, vt litis contestationem in iudicio factam

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 plerumque, incommoda nunquam c. 1. §. 4-5.

nam fuisse, putent, quibuscum et GODOFR. LEONH. BAUDISIVM^{oo)}, cel. quondam in hac academia Professore, facere cernimus. At vero CAR. SIGONIVS^{p)}, GER. NOODT^{q)}, CAR. BRETIVS^{r)}, PALL. BROIDAEVVS^{s)}, HEINECCIIVS^{t)}, VLR. HVBERS^{u)}, et STRYCKIVS^{uu)} contrariam sententiam tuentur, ac in iure factam contendunt, cui opinioni et HVB. GIPHANIVS^{x)} 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^{y)} et PAPIANVM^{z)} 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^{a)} 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 ^{b)}, 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 ^{c)}, quo sine dubio VLPPIANVS respexit, cum, *Interdum, ait* ^{d)}, *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 ^{e)} 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* ^{f)}, 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

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, ^{b)} cum contra libro XX, et deinceps demum de his, quae ad iudicem pertinent, nempe de eius officio, integritate etc. egerit. ^{h)} Hinc recte PAVLVS ⁱ⁾ 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, ^{k)} scimus, idem quibusdam de causis etiam post litis contestationem fieri potuisse. At vero hanc de procuratore mutando, quemadmodum omnem de officio eius, ^{l)} cognitionem penes praetorem fuisse, idem VLPIANVS dubitare non sinit, dum, *Si aduersarius, inquit, ^{m)} vel ipse procurator dicit, dominum mentiri (in allegandis mutationum causis) apud praetorem haec finiri oportet, et mox ⁿ⁾: 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, ^{o)} sed etiam saepe alias, inprimis, si nulla de facto quaestio concurreret, quod cum inter ceteros GER. NOODT ^{p)} luculenter ostendit, tum ex Imp. DIOCLETIANI ET MAXIMIANI lege ^{q)} intelligi potest, qua praesides antea de quibusdam causis et ipsos cognoscere potuisse consuevisseque, dicuntur. ^{r)} Hinc est, quod CICERO ^{s)} praetorem vocat *de legibus iuris disceptatorem, qui priuata iudicet, iudicarique iubeat*, et ASCONIVS ait, ^{t)} instituta praetorum in decretis interponendis, diiudicandisque causis versari, quae vltima verba, non opus esse videtur, cum NOODTIO ^{u)} 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, ^{x)} 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 ^{y)}. Neque id aliquid efficere potest, quod litis contestatio graece *προκἀταρξίς*, initium, dici solet. ^{z)} 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. l. cap. 5.

x) CUIAC. loco supra cit.

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

z) CUIAC. d. l.

potius η $\delta\iota\kappa\eta$, 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, ^{a)} quemadmodum et ipse praetor interdum iudex vocatur ^{b)}. 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, ^{c)} ita et ipsam iudicium. At Cel. GUNDLINGIUS ^{d)} 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 notitia 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 ^{e)}: *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. 81. 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 ^{f)} et alii iam obseruauerunt, sed etiam ex ipsis legibus manifestum est. Sic rectores prouinciarum, ^{g)} procuratores Caesaris ^{h)}, et rectores praefides, procontules, praefecti Augustales, conules orientis ⁱ⁾, et reliqui magistratus, ipseque adeo praetor ^{k)} saepissime ab Inpp iudices appellantur. Eodem modo, ex NOODTII ^{l)} sententia, eaque admodum probabili, et SEVERI ^{m)} rescriptum intelligendum est, cum, *Adite*, inquit, *praesidem prouinciae, - pertinet enim ad officium iudicis*, unde HONORIUS, quos assessores iudicum appellauerat ⁿ⁾ eos mox assessores maiorum magistratuum uocat ^{o)}, iudicibus autem pedaneis consiliarios fuisse non inuenimus. Quid? quod antiquissimis quoque temporibus praetor et consul sub iudicis nomine uenerunt, uti ex LIVIO ^{p)} patet, unde sine dubio est, quod in iure nostro maiores iudices a minoribus, ^{q)} et ii, qui sunt potioris gradus, ab inferioribus ^{r)} 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 ^{s)} 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 ^{t)} 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 versatur. Iudici enim statim atque iudex factus est, omnium rerum officium incumbit, quaecumque in iudicio versatur*. 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. obseruauerunt, tum utriusque inscriptio et subscriptio docet.

t) l. 25 §. 8. D. ad aedil. ed.

demum contestatam incipere, id quod iam supra ex PAVLLO^{u)} obseruauimus. Atque adeo parum abest, quin ex hac ipsa lege nostra sententia plus roboris accipiat. VLPPIANVS 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^{z)} 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^{y)}*. 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^{z)}, venisset, litem cum eo actor contestari potuisset*. Cum enim reus, uti in ius ita etiam in iudicium h. e. ad praetorem vocari dicatur,^{u)} 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^{b)} 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 VLPPIANVS: 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 ^{k)} 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 ^{l)} sponsonem attinet, ea videtur post litem demum contestatam facta fuisse, id quod ex VARRONE ^{m)} 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: *SINEGAT, SACRAMENTO QVAERITO.* ⁿ⁾ Haec autem sacramenti sponso cum ante iudicis dationem fieret, quod ex CICERONE ^{o)} et VALERIO MAXIMO ^{p)} 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 ^{q)}, et haec non dubium est, quin litis contestationem anteuerint.

Haec autem omnia, quae per singula eundo demonstrauimus, adhuc maiorem lucem accipient, si ad FESTI verba attendimus, qui dicit, contestationem factam fuisse *ordinato iudicio.* ^{r)} 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 ^{s)} et PAVLVS ^{t)}, item Imperatores ALEXANDER ^{u)} DIOCLETIANVS et MAXIMIANVS, ^{x)} ac VALENTIANVS, ^{y)} alias vero et lis inchoata, coepta, ^{z)} seu

k) l. 8. D. iud. solu.

l) de sacramentis veterum iudiciorum, vid. I. FRID. SCHREITERI, Lipsi 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 commen-

tatione, 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 ^{a)} vocatur. Litem igitur, iam summus CUIACIUS ^{b)} 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, ^{c)} ante omnia de eo agendum dicit, vt *iudicium ordinem accipiat*. Sic, teste eodem, ^{d)} in querela inofficiosi ad litem ordinandam pertinet agnitio bonorum possessionis a filio, nec filius eam litem, semel ordinatam, amplius derelinquere nequit. Sic et, PAPINIANO ^{e)} 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 ^{f)} 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 ^{g)} 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, imprimis, quae in foro versatur, generibus tractat, omnes ait ^{h)} quaestiones esse vel infinitas, vel finitas, has rebus, personis et temporibus contineri, et dici a graecis *ὑπόθεσες*, a latinis *causas*. Similiter Hermagoras apud CICERONEM ⁱ⁾ 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 CICEROⁱⁱ⁾ ex quaestione dicit causam nasci. Hinc optime Apollodorus, nec minus QVINTILIANO^{k)} 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^{kk)}, qui causam dixit esse quaestionem civilem, aut rem controuersam in personarum finitorum 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, QVINTILIANO^{l)} docente, est quaestio, quae oritur ex causarum prima conflictione, quam CICEROⁱⁱ⁾ 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^{m)} 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 QVINTILIANO^{mm)}, est congregatio personarum, locorum, temporum, etc. vnde QVINTILIANVS 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. QVINTIL. 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 absoluumdum se contendeat, qualem exceptionem in primis in stricti iuris iudiciis in iure proponi, et a praetore formulae iudicis includi consueuisse, constat. Huic igitur exceptioni rursus actor respondebat, ita, vt 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 allegationesⁿ⁾ vel exceptiones^{o)}, replica enim est exceptionis exceptio, et sic porro vocantur, neque certo numero coartatae fuisse videntur, sed, vt *IMPERATOR*^{p)} dicit, *earum usum ulterius negotiorum varietas introduxit*. Exemplis res manifestior erit, cuiusmodi ipse *IULIANVS*^{q)} 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 validae. 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^{r)}, neque talis tutor vel curator res curandi alienare poterat^{s)}, 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^{t)} 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^{u)}, sic idem de exceptionibus, replicationibus, ceteris, cum **CVIACIVS**^{x)} et **BRISSONIVS**^{y)} 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^{v)} 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 ^{a)}, *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 ^{b)} 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 nempè negotii natura postulabat.

Ceterum ex his, quae diximus, et ea quaestio haud difficulter decidi poterit, an aliqua litis contestatio affirmatiua esse possit, quod VIGELIVS ^{c)} omnino negat, GOEDDEVS ^{d)} 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 ^{e)} 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 ^{f)}, *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 ^{g)} 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, nempè, quando reus non pure affirmat, sed cum exceptione, ex qua, aut eam secuta replicatione actoris, lis et controuersia existit ^{gg)}. 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 ^{h)} exemplum esse litis contestationis affirmatiuae, cum dicit, si quis velit ante litem contestatam procuratori soluere,

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

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

c) de lit. cont. c. 1.

d) saepe cit. loc. 3. 21.

e) L. III. c. 6.

f) l. c.

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

gg) cf. ARN. VINNII Quaest. Iur.

L. I. c. 17

h) l. 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 iudiceⁱ⁾. Id enim cum de eo tantum intelligendum est, si in iudicio demum convenit, nam iudex sententiam pronunciat, non praetor, unde PAULVS^{k)} 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^{l)}: *Iudex testes poscit*, huc trahunt, etsi nec MAGNUS CUIACIUS^{m)}, quem MENARDVSⁿ⁾ 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. HUBERVS^{o)} bene monuit. Quapropter temere GOEDDVS ET GUNDLINGIUS 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, vtrumque litigantem, et actorem et reum, testibus testimonium denunciasse, 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^{p)}, plures paucioresue, rogasse, vt testes essent, et memoriam rei, iam apud praetorem actae, seruarent. Non enim putandum est, hanc testium in litis contestatione rogationem inanem aliquam et superuacua solennitatem fuisse, vti 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, vt 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^{q)}, 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. Cerre 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, vt 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^{r)}, 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^{s)}, 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^{t)}, *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^{u)} 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*^{x)}, de utroque res eo certior videtur, quo clarius PAVLVS ad Edictum accipiendi iudicii necessitatem et iurisiurandi praestationem disiungit, cum, *Qui non compelluntur*, ait^{y)}, *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^{a)}:
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^{a)}, 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^{b)}, 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^{c)}, sed omnem etiam dubitationem eximunt ICTI MACER et PAVLVS, quorum ille libro primo de officio praesidis, *SCto, inquit^{d)}, 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^{e)}, 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 provinciis coram praesidibus et ceteris provinciarum rectoribus locum habuisse, in quibus aeque utilis 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 ^{f)}, *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 ^{g)}, *ante litem contestatam anno vel biennio agere non potuerint - in Sctum non incident*, et verba constitutionis graecae, ex *Basilicis sumtae* ^{h)}, probant: *πάσα δημοσία δίκη εντος εξ μηνων μετα την προαταξιν μετεμμένων πληρῶσθω*, quocum et *IUSTINIANVS* conuenit, nisi quod loco sex mensium, duorum tantum spatium concedit ⁱ⁾. 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* ^{k)}, 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 *CVIACIUM* ^{l)}, 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 solennitas 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^{m)}, 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 Comedoⁿ⁾, sed etiam in scripta ad Atticum epistola^{o)} meminit, et ita quidem meminit, ut facile colligere possimus, rem tunc non nouam fuisse, sed diu in iudiciis receptam usitatamque. Quod si vero, quamdiu litis contestationis usus in foro permanerit, quaeramus, diligenter discernendae 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^{p)}, BAUDISII^{q)} sententia est, litis contestationis solennitatem tum in usu esse desisse, cum siue CONSTANTINI, siue THEODOSII constitutione^{r)}, 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, eique controuersiae decisionem deferreret, cuiusmodi libello imperator subscribere solebat, quemadmodum huius rei multa exempla in iure occurrunt, a BRISSONIO^{s)} 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^{t)} 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^{u)}, 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 ^{x)}, item *testatio* ^{y)}, nominis antiqui similitudine retenta. Ab hac autem denunciatione vel editione rescripti, aduersario iudicialiter facta, lis exordium capiebat, unde Imp. VALENTINIANVS, *Post celebratam*, inquit ^{z)}, *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 ^{y)} 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 ^{b)}, *deterior conditio fieri eorum, qui litem contestati sunt, quam si non, sed plerumque melior*, verum rationem quoque addit ^{c)}: *quoniam nemo in prosequendo deteriolem causam, sed meliorem facit* ^{d)}. Quae verba etsi admodum generalia sunt, et exceptionem pati non videntur, tamen fuere quidam, et inter eos ipse FR. HOTOMANNVS ^{d)}, qui, quoniam PAVLVVS dicat, plerumque effici meliorem conditionem eius, qui litem contestetur, inde collegerunt, fieri posse, ut quandoque deterior reddatur, in qua re eo progrediuntur, ut 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.