

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, vnde 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 PAVLVS 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, 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 denunc. vel ed. rescr. IV c. 3. sed breuissimis. neque ordine aliquo seruato omisit etiam plurimos.

z) l. 4. C. Th. de denunc. 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^{e)}, 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^{f)}, 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 pacificendi 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 ^{g)} 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 ^{h)} 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 inuenientur.* In vniuersum, Romani nihil volebant, ciuibus suis inuitis adimi, sed vbi que 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 viciupatione. 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 ⁱ⁾, 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 ^{k)} 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^{l)} perperam a GVNDLINGIO^{m)} 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 recenseamus.

§. 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, uti refert VLPIANVSⁿ⁾*. 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^{o)}, 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^{p)}, 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 PAVLVVS, cum dicit^{q)}, *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 ^{r)} 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 ^{s)}, 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 ^{t)}, vnde VLPIANVS ait ^{u)}: *Qui interrogatus responderit, sic tenetur, quasi ex contractu obligatus:* et ita quidem tenetur, vt, quemadmodum et in vera delegatione, prioris debitoris obligatio perimatur ^{v)}, quo POMPONIVS respicit, cum scribit ^{y)}: *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* ^{z)}, *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; vnde idem Imperator alio loco ait* ^{a)}: *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 ^{b)}. PAVLVS libro nono Responsorum ^{c)}: *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 ^{d)}: *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* ^{e)}, *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,* ait ^{f)}, *actionis exitura erit, causa cognita aduersus eum iudicium praetor dare debet, ut lis contestetur,* et ob eandem rationem alio loco dicit ^{g)}, 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 ^{h)}, 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 ⁱ⁾, illae etiam, quae alias certo temporis lapsu pracludebantur, 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 ^{k)}: *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 ^{l)} saluae appellantur. Ita iure veteri. Sed ex quo Imperator THEODOSIVS siue Magnus ^{m)}, siue Iunior ⁿ⁾ 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 vltimum in iudicio fuerat, antequam causa ab actore relinqueretur ^o).

Interrumpebatur igitur lite contestata actionum praescriptio. Quid autem est, quod nihilominus vsucapio litis contestatione interim non poterat? Etenim VLPPIANVS disertè ait ^p): *Si vsucapio fuerit coepta ab eo, qui heres non erat, ante litem contestatam, et postea impleta fuerit, rem de iudicio subducit, et adhuc clarius PAVLVS ^q): Si rem alienam emero, et cum vsucapere eandem rem, dominus a me petierit, non interpellari vsucapionem meam litis contestatione ^r)*. Huius rei alii aliam rationem attulerunt, inter quos GUNDELINGIUS ^s) cum CUIACIO ^t) eam suppeditat, quod praescriptio facti sit, vsucapio 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 vsucapio inter legitimos acquirendi modos numerabatur, et inde dominium Quiritarium attribuebat ^u), 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. vlt. 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) diss. 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^{x)}. 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^{y)}, 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^{z)}, 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 petitem 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^{a)}, 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^{b)}, 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^{c)}*.

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 attribuerunt, 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^{cc)}, unde, eas litis contestatione ad heredes produci, ipse IMPERATOR dicit^{d)}: *Poenales, inquit, actiones, si ab ipsis principalibus personis fuerint contestatae, et heredibus dantur, et contra heredes, ac PAVLVS^{e)}: Poenalia iudicia, semel accepta, in heredes transmitti possunt^{f)}*. 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^{g)} 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^{h)}. At actio iniuriarum, quoniam simul poenalis est, per litis contestationem ad heredem, teste VLPIANOⁱ⁾ et ipso IVSTINIANO^{k)}, transit. Itaque de poenalibus solum intelligendus est CALLISTRATVS, quando libro primo Edicti monitorii scribit^{l)}, *ex omnibus causis lites contestatas in heredem, similesque personas transire^{m)}*. 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 VLPIANOⁿ⁾, 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 PAULO^{o)}, infamis fiat, propterea, quoniam ab initio lis in eum contestata non fuerat. Ceterum id quaesitum 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^{p)}, 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 *Iolis Imp. DIOCLETIANVS* loqui videtur, cum eius, *qui vim fecit, vel concussionem intulit, vel aliquid deliquit, successorem post litem contestatam teneri dicit^{q)}.* 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^{r)}. 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^{s)}: *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. *GVNDLING* 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^{t)}, vti vel legis Cinciae capite tertio cautum^{u)}. 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^{x)}. 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^{y)}: *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^{z)}, 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^{a)}. Hoc enim quinquennium PAPINIANVS intelligere videtur, cum dicit^{b)}: *Si veterem causam, desistente, qui mouit, LONGO silentio finitam, probetur, quod ACCVRSIVS sine causa pro triennio accepit, approbante, vti videtur, CUIACIO^{c)}*.

§. 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 PAPIANVS docet, dum, *Alienationes*, ait^{d)}, *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^{e)}, 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^{f)} prospexit, sed Imp. quoque ANTONINVS diserte^{g)} 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^{h)}, vbi lis contestata est, subtractam eam (rem petitam) alio transtulerit, illic restituere debet, vnde subtraxit, 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 VLPIANVSⁱ⁾ commemorat, vnde etiam in compensationem veniant^{k)}. 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^{l)}, 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 ^{m)}.

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 ^{mm)} ex integra lege Imp. ANTONINI et SEVERI ⁿ⁾ 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 ^{o)} colligi potest, qui iudicem pedaneum, refert, in ipsa causae iudicatione monuisse actorem, ut actionem mutaret, et commodiore ratione ius suum perfequeretur.

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 ^{p)}, 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 ^{pp)}*. 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 ^{q)} 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 sublato 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,

eam erat, coram eo iudice, in quem litigantes contestatione quasi compromississe videbantur. Inde nata iuris regula, quam MARCELLVS¹⁾ proponit: *Vbi acceptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet*, quod adeo verum est, ut et, quemadmodum TAVOLENVS ait²⁾, *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 pacisci³⁾, vel pro eo contrahere posset⁴⁾, nec quicquam ipsi acquirere⁵⁾, hinc nata illa famosa de dominio litis fictio, qua alterius procurator, dum litem cum eo vnde petebatur contestaretur, eo ipso litis dominus fieri putabatur⁶⁾. Testis est MACER, qui, *Meminisse*, ait⁷⁾, *oportet, quod procurator lite contestata dominus litis efficitur*, et Imp. CONSTANTINVS⁸⁾. *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 posset⁹⁾, neque opus haberet nouo mandato, vnde et ipsa sententia non contra verum dominum, siue mortuum siue viuum, sed contra procuratorem ferebatur¹⁰⁾, porro, ut ipsi, lite contestata, alium procuratorem dare et substituere ius esset, quo tamen ante iudicium acceptum carebat¹¹⁾. Atque adeo post id temporis nec mandatum reuocari, aut procurator mutari, quid? ne ipse quidem dominus litem persequi poterat¹²⁾, nisi admodum fontica et adeo necessaria causa subesset, ac digna, quae exceptionem a regula faceret¹³⁾, vnde CAIVS¹⁴⁾ 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 nequeat¹⁵⁾, 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

litⁱ). Sic porro SEVERVS ET ANTONINVS scribunt^k), 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. Vt^lerius, 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 VLP^lIANVS dicit^l): *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^m), 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, vt VIT^lIANVS refertⁿ), quemadmodum nec si quid reus in iudicio professus fuerit, vel negauerit, lite semel contestata, poenitere aut reuocare potest, ante iudicium autem acceptum potest^o), 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 VLP^lIANVS ICI^l Marcelli sententiam, nimis generalem et laxam, cohibet et constringit. *Qui se obtulit, inquit^p), 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 VLP^lIANO, at non postea, reuocare et iudicium dotis semel coeptum deserere possit^q), 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^r), 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^{s)}, 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^{t)}, quaeritur, quonam tempore id, quo negotiorum gestor rem pupilli auxit, in bonis eius inueniri debeat? cui PAVLV^s^{u)} respondet, et eam rem ad tempus litis contestatae refert. Pari modo, POMPO-
NIO^{x)} auctore, si minor minori pecuniam credidit, quamvis perditam et consumptam condicere nequeat^{y)}, 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, etsi hae perierint ante litem contestatam, tamen tenentur^{z)}. Ceterum ad hoc litis contestationis tempus ULPIANI quoque verba reducenda, et ita quasi cohibenda videntur, dum generatim dicit^{a)}, 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^s ait^{b)}: *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^s sent. L. 1. t. 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^{c)}. 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^{d)}, 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^{e)} 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^{f)}, 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^{g)}, 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^{h)}) 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 ⁱ⁾). 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 ^{k)}). Certo vero solutionis die constituto, aestimatio secundum eum fit ^{l)}). Cui non obsunt **VLPIANVS** ^{m)} et **PAVLVS** ⁿ⁾, de quorum cum illis, quae diximus, conciliatione interpretes fere desperare solent ^{o)}. 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 ^{p)}).

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. obl. 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, et si possideret, tamen dixerat se non possidere, id postea lite iam contestata reuocare, et confitendo possessionem, noxaeque dedendo a damni aestimatione se liberare, auctore PAVLO^{q)}, non possit. Quod HOTTOMANNVS^{r)} 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^{s)}. Cum itaque bonae fidei ea ratio sit, ut, qui eam in possessione rei cuiusdam seruat, is ignoret, eam rem alienam esse^{t)}, et contra putet, se a vero domino, vel, qui ius habuit alienandi, accepisse^{u)}, dubitans autem scire incipiat^{x)}, nec facere possit id, de quo, an liceat, ambigit^{xx)}, 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^{y)}, *contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse*, et latius IMP. CONSTANTINVS^{z)}, 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^{a)}. 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^{b)}, 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, vnde non solum Imperator IVSTINIANVS^{c)} 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^{d)} 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 e)*, *acceptum tota causa ad hominem restituendum in iudicio versatur, et tam fructus veniunt, quam id, quo deterior factus est, ceteraque veniunt, quod alio loco f)* cum SABINO et CALLIO aequitati tribuit^{e)}. IVLIANVS denique ait^{h)}: *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 peruenit, praestandum est petitori i)*. Huius rei rationem PAVLVS^{k)} addit, nempe, quia actori praestari debeat id, quod habiturus fuisset, si reus litis contestatae tempore soluisset, seu, uti PAPINIANVS dicit^{l)}, quoniam tale dari debet, quale est, cum petitur. Inde et partus post litis contestationem editus reddi debet^{m)}, quod cum in omnibus iudiciis, tum in diuisoriis quoque, et nominatim in familia eriscuanda, locum habet, ubi inter cetera partum etiam venire, iam SABINVS scripsitⁿ⁾.

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

Litis

b) §. 35. I. de rei. 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 HOMMELII. 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^{q)}, 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^{r)}: *Lite contestata usurae currunt*, et Imp. ANTONINVS, *Post litem*, inquit^{s)}, *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^{t)} et PAPINIANVS^{u)} 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^{x)} euicit.

Quod porro ad sumtus attinet, uti malae fidei possessor eos non recipit, nisi forte admodum necessarii sint, aut res iis vere melior effecta^{y)}, ita et omnes possessores lite contestata eodem modo impensas amittere videntur. Hinc est, quod PAVLVS^{z)}, 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^{a)}, 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^{b)} 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^{c)} 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, refarcire debet^{d)}, 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^e). Ita in ordinariis causis. In interdicitis vero, ubi nulla litis contestatio, culpa et fructus ab eo tempore praestantur, quo interdictum editur, vnde VLPIANVS^f), *Plane post interdictum, inquit, editum oportebit et dolum et culpam et omnem causam venire^g*).

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^h) 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 CAIVMⁱ) et PAVLVM^k) est videre, vnde tam diuersas ICTORUM circa eam rem sententias inuenimus, prout nempe quilibet alterutrius sectae principia sequi videtur. Sic enim PAVLVS^l), *Non, inquit, post litem contestatam utique et fatum possessor praestare debet, cum contra VLPIANVS dicat^m*), 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 vicit, Proculine an Cassii? Id vero nos docet PAVLVSⁿ), qui vtramque temperat. Postquam enim dixit, ex verbis S^CTi, 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 maule 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 originatenus 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 damnum 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 litigat 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^{o)}, si iuste ad iudicium prouocauit. Quod an factum sit, iudicis officio dirimetur, quo pertinet illud VLPIANI^{p)}: *Sciendum est, non omne, quod differendi causa OPTIMA RATIONE fiat, morae adnumerandum, quam alias litem contestatione induci scimus.* Inde POMPONIVS scribit^{q)}: *Quod te mihi dare oporteat, si id postea perierit, quam per te factum erit, quo minus id mihi daret, 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^{r)}: 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^{s)} et PAVLVS^{t)}, 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^{u)} 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^{x)} 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^{y)} 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^{z)}, 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^{a)}, 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^{b)}: *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^{c)}): 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^{d)}. 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^{e)}, donec Imp. ADRIANVS et IUSTINIANVS obligationem inter singulos diuiserunt^{f)}. 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^{g)} 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^{h)} 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 definitⁱ⁾, sed simul addit: *electione rei vel pretii seruanda ei, qui prior de legato siue fideicommissio litem contestatus est.*

§. X.

Breuis aduersus FR. HOTOMANNVM dispatatio.

Hi sunt fere effectus litem contestationis. Etsi enim FR. HOTOMANNVS^{k)} 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^{l)} 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^{m)} vero de stipulatione duobus in solidum facta agit, quam erga alterum cessare, si vnus agere coeperit, supra vidimus, tertiusⁿ⁾ 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^{o)}. Idem HOTO MANNVS inter litis contestationis effectus et eum numerat, quod pro consorte litis absente agi, satisfactionibus praestitis, 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^{p)}, 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?

Quid 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 VIGELIVS^{a)}, GOEDDEVS^{b)}, GYNDLINGIVS^{c)} et alii^{d)}, tamen cum quotidiana obseruantia, tum ipsae leges prouinciales repugnant, quae, quoties de litis contestatione loquuntur, eam semper soli reo, non actori tribuunt^{e)}, et illi imprimis de contestanda lite praecepta 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.