La dimostrazione più piena di quest' affermazione deve essere data nel capitolo che segue; perchè ora siamo in grado di affrontare l'altro problema non meno arduo intorno all' esistenza della *litterarum obligatio* nel *Corpus iuris*.

supervacua observatio cet' così si esprime Giustiniano, sempre, quando si trova di fronte alle forme solenni romane, per le quali mostra un grande orrore, anzi direi il furore sacro che l'inquisitore suole avere in materia religiosa. Raccogliere la maggior parte delle espressioni e delle invettive che egli adopera in siffatte occasioni mi è parso opportuno, non per mera curiosità storica, ma perchè, come è ovvio, esse servono a farci conoscere meglio una delle caratteristiche più salienti del mondo bizantino, illuminano l'ambiente in cui la codificazione fu eseguita, e rivelano particolarmente la mentalità degli artefici di essa. Vedi Appendice I.

VII.

'Lis contestata' e 'controversia mota'.

Von

Herrn Professor **Emilio Albertario**

in Camerino.

I. In due Note, aventi questo stesso titolo, pubblicate nei Rendiconti del Reale Istituto Lombardo di Scienze e Lettere¹⁾, io ho cercato di dimostrare che i Giustiniani richiamano al momento dell' *inizio* della lite effetti, che nel diritto classico scaturivano soltanto dalla *litis contestatio*, e in tanto scaturivano, in quanto essa generava tra le parti un *rapporto nuovo*.

L'alterata e scomposta struttura della *litis contestatio* nella nuova epoca giustiniana non annullò il prodursi di quegli effetti, come doveva avvenire al chiaro lume della logica giuridica classica, ma portò a una singolare conseguenza. Quegli effetti derivano nella nuova epoca non dalla *contestatio litis*, classicamente intesa, ma dalla *lite*: i testi non alterati serbano ancora le tracce della *contestatio*

¹⁾ Cfr. Rendiconti, 47, a. 1914, p. 505—513; 565—577.

litis; i testi interpolati parlano più precisamente di *inizio* della lite (*mota* controversia, *mota* lis, *mota* quaestio): la realtà è che — sia lasciando sopravvivere la vecchia terminologia sia adoperando la nuova — i Giustinianeî fanno derivare arbitrariamente, con statuizioni *positive*, dalla *lite* effetti, che da un particolare *solenne momento* della lite, dalla *contestatio* litis, derivavano — e dovevano *logicamente* derivare — nell' epoca classica.

L'affermazione *giustiniana*, contenuta nella l. 1 C. 3, 39 (Imp. Sev. et Anton. a. 202) '*lis enim tunc videtur contestata, cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit*', non induce tra l'*inizio* della lite e la *contestazione* della lite una differenza sostanziale, concettuale: trattasi di una differenza formale, artificiale soltanto, impotente a far derivare dal momento della contestazione della lite, così intesa, maggiori effetti di quelli derivanti dal momento del suo inizio.

Nella prima Nota ho cercato di dimostrare come i Giustinianeî affermino la trasmissibilità passiva delle *azioni penali* '*si vivus conventus fuerat, quasi lite contestata cum mortuo*'.¹⁾

Nella seconda Nota, ritoccano e dilatando una acuta indagine del Messina-Vitrano, ho cercato di ribadire come nel campo della *hereditatis petitio* il possessore dell' eredità per i Giustinianeî '*incipit malae fidei esse*' dopo l'*inizio* della lite: '*post motam controversiam*', anzichè '*post litem contestatam*'.

II. In questa Nota io mi propongo di considerare brevemente i testi, in cui è adoperata l'espressione '*controversiam movere*'. Due diversi indizi sembrano concorrere a farla ritenere sospetta.

Da una parte una fine, sottile, decisiva nota del Se-

¹⁾ Il fr. 33 D. 44. 7, che per l'appunto contiene la innovazione giustiniana, è stato — a dire del Wieding — '*eine der bestrittensten, die es in der Litteratur des römischen Rechtes gibt*'. Cfr. infatti le svariate, ma anche tutte disperate, interpretazioni del testo, addotte da Heffter, Planck, Buchka, Wächter, Savigny, Vangerow, Windscheid, e raccolte da Wieding, *Der iustinianische Libellproceß*, Wien 1865, p. 366 sgg.

gré¹⁾, concordante con indipendenti rilievi del Rotondi²⁾, ha dimostrato che l'espressione ‘*actionem movere*’ è bizantina. Questo risultato non potrebbe far dubitare anche dell'espressione ‘*controversiam movere*’?

D'altra parte, lo sfacelo della *litis contestatio* nel mondo orientale e nella compilazione giustiniana non potrebbe già di per sè far pensare che l'espressione ‘*controversia mota*’ sia stata posta dai compilatori là dove i giuristi parlavano di ‘*lis contestata*’?

I due indizi — lo dico subito — hanno un ben diverso valore.

L'espressione ‘*controversiam movere*’ non può esser ritenuta sospetta per il motivo che compilatoria è l'espressione ‘*actionem movere*’. I classici l'adoperano in senso generico, invece di ‘*controversiam facere*’, ‘*controversiam inferre*’, in testi che a me sembrano — almeno a questo riguardo — insospettabili.

Così nei seguenti: D. 1, 7, 25 pr.; 5, 4, 10; 13, 7, 43 pr.; 18, 5, 10, 1; 19, 2, 11, 3; 21, 2, 21, 2; 22, 3, 14 (a proposito di questo testo trovo segnalato soltanto un vago sospetto del Fabro); 34, 9, 9, 1; 36, 1, 80, 2; 37, 10, 4; 37, 10, 7, 7; 40, 12, 8 pr.; 40, 12, 24, 2; 40, 12, 39, 1; 42, 1, 15, 4; 42, 1, 15, 6; 44, 2, 30, 1.

L'espressione, adunque, ‘*controversiam movere*’ e — soggiungo anche — le altre simili ‘*litem movere*, ‘*quaestionem movere*’ non possono assolutamente, per sè prese, essere considerate come indizio di interpolazione.

Ben più grave e veramente decisivo per scoprire l'alterazione dei testi, in cui si trova l'espressione ‘*controversiam movere*’ e le altre simili, è invece il secondo indizio, ricavato dal completo sfacelo che il classico istituto della *litis contestatio* subì nella nuova epoca postclassica e giustiniana. Questo indizio ci può proprio permettere di affermare con certezza che quei testi, in cui dal momento della *controversia mota* si fanno scaturire effetti che, secondo i prin-

¹⁾ La denominazione di ‘*actio confessoria*’ etc. in *Mélanges Girard*, 1912, p. 80 n. 5 (estr.).

²⁾ *Dolus ex contractu e dolus ex delicto*, in *Ann. dell' Univers. di Perugia*, 1913, p. 24 n. 3 (estr.).

cipii procedurali romani, potevano soltanto derivare dal momento della *lis contestata*, sono stati alterati dai compilatori.

III. Dobbiamo ora considerarli, dettagliatamente.

Di essi, alcuni abbiamo già incontrati nelle Note precedenti e per questi non sono che da richiamare le osservazioni critiche già fatte: altri incontreremo per la prima volta, e la particolare indagine esegetica, che intorno ad essi faremo, rassoderà il valore dell' indizio, che già per se stesso nella presente ricerca è guida sicura.

D. 5, 3, 20, 12 (Ulp. l. 15° ad ed.): . . . sed imperator Severus epistula ad Celerem idem videtur fecisse et in malae fidei possessoribus: atquin senatus de his est locutus qui se heredes existimant. [*nisi forte ad eas res referemus, quas distrahi expedierat, quae onerabant magis hereditatem quam fructui erant: ut sit in arbitrio petitoris, qualem computationem faciant adversus malae fidei possessorem, utrum ipsius rei et fructuum an pretii et usurarum post motam controversiam.*]

L'interpolazione di questo testo, segnalata anche dal Fabro¹⁾, io ho cercato di dimostrare con piuttosto minuta esegesi. Ecco già un testo, in cui i compilatori fan derivare la prestazione dei frutti o degli interessi dal momento della *controversia mota*, anzichè da quello della *lis contestata*.

Alla interpolazione di questo testo si riallacciano altre interpolazioni, già avvertite dal Messina-Vitrano e riaffermate da me. Ad essa si riallaccia soprattutto quella del fr. 25 § 7 D. 5, 3 (Ulp. l. 15° ad ed.):

'Si ante litem contestatam', inquit, 'fecerit': hoc ideo adiectum, quoniam post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse, [*quin immo post controversiam motam . . .*].

Abbiamo visto che l'aggiunta '*quin immo post controversiam motam etc.*' è indubbiamente interpolata. Il Messina-Vitrano lo dimostrò con critica molto precisa.

Per quanto riguarda la *hereditatis petitio*, il momento della *lis contestata* è stato sostituito da quello della *contro-*

¹⁾ Cfr. I Tribonianismi avvertiti da A. Fabro, in De Medio, BIDR.

versia mota anche nel fr. 20 § 11 D. 5, 3 e nel fr. 31 § 3 D. eod.

A mettere in rilievo l'importanza decisiva, che i Giustinianeî riconnettono al momento dell' *inizio* della lite, giovano due interessantissimi testi di Papiniano.

D. 34, 9, 17 (l. 13° respons.): Heredem, qui sciens defuncti vindictam insuper habuit, fructus omnes restituere cogendum existimavi nec probe desideraturum actionem confusam restitui: deceptum autem ignoratione facti bonae fidei possessoris defensionem habiturum [*ante motam scilicet controversiam*], si ratio fructuum subducatur, nec improbe confusam actionem reddi postulaturum.

D. 34, 9, 18 (l. 15° resp.): Eum, qui tacitum fidei commissum in fraudem legis suscepit, eos quoque fructus, quos ante litem [*motam*] percepit, restituere cogendum respondi; quod bonae fidei possessor fuisse non videtur exemplo bonorum fisco vindicatorum. post [*motam de tacito fideicommisso controversiam*] ante (?) pretia fructuum percepta cum usuris esse restituenda respondi

Nel primo dei due frammenti la frase ‘*ante motam scilicet controversiam*’ appare insiticia già per il comodo frequente compilatorio uso del *scilicet*. La sua alterazione è, poi, dimostrata da una ragione sostanziale. Il giureconsulto distingue tra il caso in cui l'erede *scientemente* non vendicò il defunto e il caso in cui non provvide a vendicarlo *ignoratione facti*. Nel primo caso la sua mala fede è manifesta e, come il possessore di mala fede di una eredità, è tenuto alla prestazione dei frutti: *fructus omnes* — dice il giureconsulto — alludendo anche ai frutti che poteva e trascurò di percepire. Nel secondo caso l'erede è trattato, a proposito dei frutti, come il possessore di buona fede di una eredità:

Deceptum autem ignoratione facti bonae fidei possessoris defensionem habiturum . . . si ratio fructuum subducatur.

Ora, quale è la condizione del possessore di buona fede di una eredità? L'indagine del Messina-Vitrano e le mie ulteriori osservazioni critiche la hanno ormai rischia-

rata completamente. Il possessore di buona fede di una eredità, come risulta da testi giuridici pervenutici fuori della compilazione giustiniana (C. greg. 3, 5, 1) e da testi riferiti in questa compilazione senza appositi adattamenti e ritocchi (C. iust. 3, 31, 1, 1) faceva nel diritto romano suoi i frutti percepiti prima della *litis contestatio* ed era tenuto a restituire soltanto quelli percepiti dopo questo decisivo momento.

La frase, pertanto, '*ante motam scilicet controversiam*' non può essere romana, perchè la buona fede nel diritto romano è distrutta dalla *contestatio litis*, non dalla *mota controversia*. La frase è giustiniana e si richiama a tutte le conformi alterazioni eseguite dai Giustinianeî nel campo della *hereditatis petitio*, come anche in questa Nota io ho già avuto occasione di segnalare.

Le stesse considerazioni sono più che sufficienti per far ritenere che nel successivo fr. 18 di questo titolo il giureconsulto anzichè '*ante litem motam*' scriveva '*ante litem contestatam*'.

Nel fr. si dice che colui, qui tacitum fideicommissum in fraudem legis suscepit, è costretto a restituire anche i frutti, quos ante litem *motam* percepit, *quod bonae fidei possessor fuisse non videtur*.

La motivazione dimostra la interpolazione. Il possessore di buona fede di una eredità resta tale — secondo i classici principî romani — fino al momento della '*lis contestata*'; non soltanto fino al momento della '*lis mota*'. Resta possessore di buona fede soltanto fino al momento della *lis mota* nell' epoca giustiniana, come le già segnalate interpolazioni, eseguite nel campo della *hereditatis petitio*, dimostrano nel modo più chiaro.¹⁾

Tenendo presenti quelle interpolazioni, non è neppur necessario che io insista nel dimostrare l'origine giusti-

¹⁾ Non sfuggirà ad alcuno che il fr. 17 e il fr. 18 pr. D. 34, 9 sono, per un irresistibile argomento *a contrariis*, favorevoli alla mia tesi che anche il possessore di buona fede di una eredità faceva suoi nel diritto romano classico i frutti, così come suoi li faceva il possessore di buona fede di una cosa singola. Cfr. E. Albertario, La responsabilità del b. f. possessor fino al limite del suo arricchimento nella restituzione dei frutti, in BIDR., 1914.

nianea della ‘*mota de tacito fideicommisso controversia*’, che incontriamo nel periodo successivo di questo stesso frammento.

Un testo, conservante pure — a mio avviso — la chiara traccia di alterazioni giustinianee è il fr. 41 D. 35, 2 (Paul. l. 9° ad ed.):

Dolo carere non videtur, si iam *mota* quis *controversia hereditatis* legata sine cautionibus det.

In questo testo si afferma doloso l’agire dell’erede che ‘*mota controversia hereditatis*’ presta i legati sine cautionibus.

A mio avviso, l’affermazione non può essere classica. Il comportamento dell’erede non poteva nel diritto romano diventare doloso, cioè di mala fede, in un momento anteriore alla *contestatio litis*: semplicemente ‘*mota controversia hereditatis*’. L’alterazione di questo testo, insomma, appartiene al novero di quelle alterazioni già eseguite nel titolo *De hereditatis petitione* (D. 5, 3) e nel titolo *De his quae ut indignis auferuntur* (D. 34, 9).

Ma, oltre questa considerazione generale, già, secondo me, decisiva, a far ritenere l’alterazione del fr. citato giovano altri rilievi. La frase ‘*dolo carere*’ è frase sospetta. Anche chi non è disposto ad approvare l’affermazione del Beseler¹⁾, il quale ritiene che i 36 frammenti del Digesto, in cui questa frase è adoperata, ‘wohl sämtlich interpoliert sind’²⁾, non può negare che, per quanto poco frequente nelle costituzioni giustinianee, e per quanto usata ad es. da Cicerone (il che non sfuggì allo stesso Beseler)³⁾, essa sia parecchie volte certamente interpolata.⁴⁾

E, se la frase ‘*dolo carere*’ non è, per regola, un indizio decisivo della alterazione di un testo, qui nel fr. citato, dove l’alterazione è dimostrata — o, almeno, resa molto

¹⁾ Beiträge 1, 47.

²⁾ Contro il Beseler v. infatti Berger, Krit. Vierteljahrsschrift 1912 p. 418. Della stessa opinione del Beseler è invece Schulz, Grönhuts Zeitschr. 1911, 38, p. 45 n. 103a. ³⁾ Beiträge 1, 47.

⁴⁾ Così D. 9, 2, 27, 11: ‘*culpa careret*’ manca nel passo parallelo inserito nella *Collatio*; 19, 2, 11, 3 (Eisele-Krüger); 44, 4, 4, 31 (Longo-Krüger).

verosimile — dalla considerazione generale già fatta, essa concorre ad aggravare il sospetto che il testo di Paolo sia un rimaneggiamento dei compilatori.

Ciò, tuttavia, che dimostra la interpolazione, è una osservazione assai più grave.

La condizione dell' erede, che presta i legati sine cautionibus, è discussa, per il caso di evizione dell' eredità, nel fr. 17 D. 5, 3 (Gai. l. 6° ad ed. prov.), che qui importa riferire:

Quod si possessor hereditatis ob id, quod ex testamento heredem se esse putaret, legatorum nomine de suo solvit, si quis ab intestato eam hereditatem evincat, [licet] damnum videtur esse possessoris, quod sibi non prospexerit stipulatione 'evicta hereditate legata reddi', [attamen quia fieri potest, ut eo tempore solverit legata, quo adhuc nulla controversia mota sit, et ob id nullam interposuerit cautionem, placet in eo casu evicta hereditate dandam ei esse repetitionem.]

Ma il Ferrini ha dimostrato all' evidenza¹⁾ che il testo gaiano doveva decidere il punto in tutt' altro modo, e cioè nel seguente:

Quod si possessor hereditatis ob id, quod ex testamento heredem se esse putaret, legatorum nomine de suo solvit, si quis ab intestato eam hereditatem evincat, damnum videtur esse possessoris, quod sibi non prospexerit stipulatione 'evicta hereditate legata reddi'.

Il Ferrini, in altre parole, ha dimostrato che soltanto i compilatori giustinianeï distinguono tra il caso in cui l'erede presti i legati quando '*adhuc nulla controversia mota sit*' e il caso in cui li presti '*mota controversia hereditatis*'. Gaio non si preoccupava affatto della circostanza se una controversia intorno all' eredità c'era o non c'era. Gaio in modo assoluto decideva:

damnum videtur esse possessoris, quod sibi non prospexerit stipulatione 'evicta hereditate legata reddi'.

¹⁾ Note critiche ed esegetiche, in BIDR., 14, 1903.

Ora, non può esser dubbio che il riguardo alla ‘*controversia mota*’, che troviamo nel fr. 41 D. 35, 2 di Paolo, può solo appartenere a quei compilatori, che già lo introdussero nel fr. 17 D. 5, 3, appartenente a Gaio.

Un testo interessantissimo, nel quale più volte i compilatori fanno scaturire dall’ inizio della lite effetti, che non potevano da esso scaturire secondo i principii procedurali romani, è il fr. 4 D. 35, 3 (Paul. l. 75° ad ed.):

Haec autem satisfactio locum habet, si iusta causa esse videbitur: nam iniquum erat omnimodo caveri [*nondum illata controversia*] litis, cum possint ei lusoriae minae fieri: ideoque eam rem praetor ad cognitionem suam revocat. § 1 Si duo ex testamento hereditatem in solidum sibi vindicent, forte quod eiusdem nominis sint, tam in possessorem quam in petitem competunt actiones et creditoribus et legatariis. § 2 Haec cautio utique necessaria est, si quis pecuniam suam solvat vel rem tradat: si vero pecuniam hereditariam solvat vel rem tradat, quidam non putant cavendum, quia nec teneri potest eo nomine victus, cum non possideat vel dolo fecerit, quo minus possideat. [*hoc si ante motam controversiam solvat: quod si postea, tenebitur culpa nomine.*]

È un testo richiamantesi, come chiaramente si vede, al fr. 41 D. 35, 2 e al fr. 17 D. 5, 3, or ora veduti. Il richiamo è così limpido e preciso, che la dimostrazione della interpolazione, addotta pei due testi già considerati, può giovare anche per quello sottoposto ora al nostro esame.

Se non che, soprattutto in questo testo, l’alterazione giustinianea è, per indizi formali, evidente.

Il principio del fr. avverte:

Haec autem satisfactio locum habet, si iusta causa esse videbitur: nam iniquum erat omnimodo caveri [*nondum illata controversia*] litis.

Il Mommsen sente la necessità di intercalare alcune parole. Il Mommsen, infatti, legge:

nam iniquum erat omnimodo caveri *nondum illata controversia heredi et etiam mota controversia* litis, cum possint ei lusoriae minae fieri.

L'intercalazione è — non occorre insistervi — affatto arbitraria: troppo facilmente il grande editore fu portato a suggerire intercalazioni ed emendazioni!

Io mi limito a rilevare che l'espressione '*nondum illata controversia litis*' è, per la presenza del genitivo '*litis*', un' espressione inverosimile. Si può dire '*nondum illata controversia*' come si può dire '*nondum illata lite*', ma un' espressione così stranamente combinata '*nondum illata controversia litis*' è — lo ripeto — inverosimile che possa derivare dalla penna di un giurista. Anzi, vado più in là e dico impossibile che questa espressione possa essere stata *scientemente* introdotta nel testo dai compilatori.

Come si spiega l'inverosimile espressione? In un modo, a mio avviso, semplicissimo.

Il testo classico diceva:

nam iniquum erat omnimodo caveri *ante contestationem litis*

I Giustinianeî interposarono:

nam iniquum erat omnimodo caveri *nondum illata controversia*

e, nell' interpolare, non cancellarono o male cancellarono la parola '*litis*', per modo che il copista scrisse la strana espressione '*nondum illata controversia litis*': espressione confusa per la fusione di due espressioni diverse!

Lampante è anche l'interpolazione eseguita nel § 2.

L'ultimo inciso di questo paragrafo '*hoc si ante motam controversiam solvat: quod si postea, tenebitur culpa nomine*' risulta così visibilmente una appiccicatura, che mi sembra di non dover insistere nel fare ulteriori considerazioni. L'interpolazione di questo inciso è — d'altronde — resa manifesta dall' interpolazione eseguita nel principio di questo stesso testo¹⁾ e — anche — dalle altre interpolazioni eseguite nel fr. 41 D. 35, 2 e nel fr. 17 D. 5, 3.

IV. V' ha un testo, in cui, anziché l'espressione '*controversiam movere*', è adoperata l'espressione '*querellam mo-*

¹⁾ Il Mommsen è d'avviso che il § 2 sia tolto da un altro autore. La cosa è probabile: certo è che in esso i compilatori ripetono la interpolazione eseguita nel pr.

vere: anch’ essa, a mio avviso, di origine compilatoria sicura. È il fr. 6 § 2 D. 5, 2 (Ulp. l. 14° ad ed.):

Si quis instituta accusatione inofficiosi decesserit, an ad heredem suum querellam transferat? Papinianus respondit, quod et quibusdam rescriptis significatur, si post adgnitam bonorum possessionem decesserit, esse successionem accusationis. [*et si non si petita bonorum possessio, iam tamen coepta controversia vel praeparata, vel si cum venit ad movendam inofficiosi querellam decessit, puto ad heredem transire.*]

A me non par dubbio che il periodo ‘*et si non sit petita bonorum possessio* etc.’ appartenga ai compilatori.

Tra il responso di Papiniano e l’opinione che i compilatori fanno figurar di Ulpiano esiste un contrasto nettissimo. Per il primo la *querella inofficiosi* trapassa soltanto all’erede di colui che *post adgnitam bonorum possessionem decesserit*: per il secondo trapassa perfino all’erede di chi muore *cum venit ad movendam inofficiosi querellam*.

Ora, è mai possibile che Ulpiano non si preoccupasse di staccare anche formalmente la propria singolare opinione da quella di Papiniano, che era tenuta ferma da parecchi rescritti e che certamente era dominante fra i giuristi? Perchè, in altre parole, Ulpiano si avvia a manifestare il proprio avviso con un semplice, incolore, niente avversativo *et si*? E perchè, mentre prima Papiniano parla di ‘*adgnita bonorum possessio*’, Ulpiano parlerebbe poi di ‘*petita bonorum possessio*’? E perchè è adoperato il *vel* in due diversi significati?¹⁾ E che bella frase latina è ‘*vel si cum venit ad movendam inofficiosi querellam decessit*’?²⁾

V. Ho, così, elencati o considerati tutti i testi delle Pandette, in cui si incontra l’espressione ‘*controversiam movere*’: elencati quelli, in cui l’espressione non indica pre-

¹⁾ ‘... *coepta controversia vel praeparata, vel si cum venit ad movendam inofficiosi querellam, decessit.*’ Il secondo *vel*, checchè ne pensi il Wieding (op. cit. p. 361), altro non fa che portare un pratico esempio di ‘*controversia coepta vel praeparata*’.

²⁾ Il successivo fr. di Paolo dalle parole ‘*quid ergo*’ sino alla fine è interpolato, come già vide il Fabro, il quale ritiene pure sospetto tutto quanto il fr.

cisamente l'inizio della lite, da cui scaturiscano determinati effetti procedurali, e nei quali — quindi — è verosimilmente classica: considerati quelli, in cui l'espressione indica proprio il *momento iniziale* della lite, dal quale la nuova legislazione fa dipendere effetti, che nel periodo classico della procedura romana era capace di produrre soltanto — necessario prodotto della sua struttura — la *litis contestatio*.

Sarebbe stato interessante completare l'indagine con lo studio dei testi, in cui, anziché l'espressione '*controversiam* movere', si trovano le espressioni '*litem* movere' o '*quaestionem* movere' o, anche, '*accusationem* movere'.

L'indagine sarebbe stata più completa ed, anche, sarebbe riuscita più determinata e più precisa. Ma, pur troppo, il *Vocabularium iurisprudentiae romanae* non è giunto a tal punto da permettere di proseguire agevolmente questa interessante indagine e, soprattutto, gli altri miei studi in corso non mi permettono di *descrivere fondo* all' istituto della *litis contestatio*, del quale la tarda evoluzione della procedura romana conserva una pallida ombra evanescente. Per questo, ho anche ristretto la mia indagine ai testi delle *Pandette*: non ho desiderato estenderla ai testi — fra i quali, molti luminosi — del Codice.

Ripeto che io in questa Nota e nelle precedenti, riferentisi a questo stesso punto, ho cercato di lumeggiare un cammino: non ho preteso di compierlo. Se altri lo vorrà compiere, o se io stesso avrò la fortuna di compierlo nell' avvenire, ho il fermo convincimento che verrà fatta una indagine delle più profittevoli e delle più sicure.

I testi, lasciati ora da parte, son molti, e tutti degni di una diligente ricerca. Su essi il nuovo organismo procedurale si riflette limpidamente.

Mi contento di un esempio.

Il fr. 20 D. 48, 2 (Mod. l. 2° de poen.) avverte:

Ex iudiciorum publicorum admissis non alias trans-eunt adversus heredes poenae bonorum ademptionis, quam lis contestata [*et condemnatio*] fuerit [*secuta*]: excepto repetundarum et maiestatis iudicio, quae etiam mortuis reis cum quibus nihil actum est, adhuc exerceri

placuit, ut bona eorum fisco vindicentur, adeo ut Divus Severus et Antoninus rescripserint, ex quo quis aliquod ex his causis crimen contraxit, nihil ex bonis suis alienare aut manumittere eum posse. [*Ex ceteris vero delictis poena incipere ab herede ita demum potest, si vivo reo accusatio mota est, licet non fuit condemnatio secuta.*]

È un testo, che dimostra splendidamente come la *litis contestatio* sia nel nuovo ordinamento della procedura post-classica un momento irrilevante: che dimostra splendidamente come i momenti rilevanti siano ora o quello della *condemnatio* o quello della *conventio*.¹⁾

L'intercalazione giustiniana delle parole '*et condemnatio secuta*' è dimostrata dalla menzione della '*lis contestata*'. Dato che le '*poenae bonorum ademptionis*' passano agli eredi se '*condemnatio fuerit secuta*', perchè mai ricordare la *litis contestatio*? Gli è che Modestino decideva non altrimenti passare quelle pene agli eredi *quam lis contestata fuerit*: i Giustinianeî decidono il loro passaggio dopo il momento della *condemnatio* e, anzichè *sostituire* '*condemnatio*' a '*lis contestata*', *soggiungono* a questa la prima.

È tanto vero che '*et condemnatio secuta*' sono parole interpolate, che nel seguito del testo Modestino non accenna a '*mortuis reis condemnatis*' ma semplicemente a '*mortuis reis, cum quibus nihil actum est*'. Ciò vuol dire che Modestino nel principio del testo affermava il passaggio di quelle pene agli eredi dopo la *lis contestata* non dopo la *condemnatio secuta*!

L'origine compilatoria, poi, del periodo finale '*Et ceteris vero delictis etc.*', in cui si riconosce efficacia al momento dell' *accusatio mota* anzichè a quello della *condemnatio* (il momento tipico romano della *litis contestatio* è — si avverta bene — completamente perduto di vista), mi sembra

¹⁾ Ciò avvertì bene anche il Rotondi nel suo interessantissimo studio sulle 'Teorie postclassiche sull' a. legis aquiliae' (in Ann. dell' Univ. di Perugia, a. 1914 p. 28 [estr.]) scrivendo: 'Il momento della *litis contestatio*, che era decisivo per la litiscrescenza classica, perde ormai la sua importanza, la quale ora si posticipa al momento della *condemnatio* o addirittura della *solutio*, ora invece si anticipa al momento della *conventio*.

anch' essa sicura. Gli indizi sono addirittura rigurgitanti: notisi, ad es., l'indeterminatezza dell' espressione '*ex ceteris delictis*'¹⁾: l'incongruenza dell' *ita demum*, in quanto il passaggio della pena agli eredi in questi delitti semplicemente '*si vivo reo accusatio mota est*' aggrava la loro condizione assai più che se fosse richiesta, come nei delitti, ricordati prima, la *condemnatio* del reo; il *licet* costruito coll' indicativo (*licet non fuit!*).

VI. La conclusione è che nel mondo orientale, nella procedura dell' epoca giustiniana, la *litis contestatio* è ormai un nome: niente più che un nome. La *conventio* genera nella procedura della nuova epoca gli effetti di cui prima solamente la *litis contestatio* era capace: questa, per la sua stessa fondamentale struttura; quella — come già avvertii — per statuizione legislativa.

Μότα κοντροβεργία, υπόμνησις, προκατάρξις traducono solitamente '*mota controversia*' la prima; '*conventio*' la seconda; '*lis contestata*' la terza. Ma una differenza sostanziale tra le varie espressioni non c'è: ed esse si scambiano, a volte, tra loro in modo affatto indifferente. Così *προκατάρξις*, che traduce solitamente '*lis contestata*', traduce qualche volta '*mota controversia*'. Basta, per questo, confrontare i ffr. 17 e 18 D. 34, 9 e la loro versione greca, che i Basilici presentano.

D. 34, 9, 17:

Heredem, qui sciens defuncti vindictam insuper habuit, fructus omnes restituere cogendum existimavi nec probe desideraturum actionem confusam restitui: deceptum autem ignorance facti bonae fidei possessoris defensionem habiturum [ante

Heimb. 5, 810:

Ὁ κληρονόμος εἰδὼς ἀνηρῆσθαι τὸν διαθέμενον καὶ μὴ δι-
εκδικῶν αὐτόν, καὶ τοὺς καρ-
ποὺς ἀποκαθίστησι, καὶ τὰς
συγχυθείσας ἀγωγὰς οὐκ ἀ-
νακτάται. εἰ μὲντοι ἡγνόησε,
τὰ τοῦ καλῆ πίστει νομέως ἔχει
δίκαια, καὶ καρποὺς τοὺς ἔως
προκατάρξεως οὐκ ἀπατεῖ-

¹⁾ Indeterminatezza, che ha fatto nascere varie interpretazioni: cfr. Wieding, op. cit.

motam scilicet controversiam], *ται, καὶ τὰς ἀπολλυμένας ἀγωγὰς ἀνακτᾶται.*
 si ratio fructuum subducatur, nec improbe confusam actionem reddi postulatum.

D. 34, 9, 18 pr.:

Heimb. 5, 810:

Eum, qui tacitum fideicommissum etc.

Ἐπὶ τῶν μὴ δυναμένων δοθῆναι ληγάτων, καὶ οἱ πρὸ τῆς προκατάρξεως ληφθέντες καρποὶ ἀποδίδονται τῷ δημιουργῷ.

E la ‘*mota controversia*’ traduce pure con *προκάταρξις* uno scolio al fr. 17 cit.: *Διὰ τί* — si domanda lo scoliaste — *ὅλως ἀγνοήσας ἀφαιρεῖται τὴν κληρονομίαν, ἢ τοὺς μετὰ προκατάρξιν καρποὺς δίδωσιν;*

Le fonti bizantine, insomma, se prevalentemente traducono con *προκάταρξις* la romana ‘*lis contestata*’, non serbano a questo istituto — ormai spento — quel nome in modo esclusivo. Dire *πρὸ τῆς προκατάρξεως* — cioè: ante litem contestatam — o *πρὸ τῆς δίκης* — cioè: ante litem — è per i Bizantini (cfr. Heimb. 5, 810) la stessa cosa. Pure la stessa cosa è per essi dire *μετὰ μὲντοι κόντροβερσίαν* — cioè: post motam controversiam — o *μεθ’ ἐπόμνησιν* — cioè: post conventionem — o dire invece *μετὰ προκατάρξιν*.

Finisco, come ho incominciato.

I numerosissimi testi del Corpus iuris, che ancora serbano la menzione della *litis contestatio*, sono l’eco della storia. Gli effetti, che la *litis contestatio* nel diritto romano classico inevitabilmente produceva per la sua stessa organica struttura, produce ora nel diritto romano giustiniano — per esplicita dichiarazione del nuovo legislatore — la *lite*. Se l’espressione romana ‘*litis contestatio*’ è conservata, l’istituto romano è spento. Il Brachylogus iuris civilis, che riproduce con tanta esattezza le dottrine orientali, per l’appunto avverte (IV, 13, 1): *Principium vero litis est litis contestatio!*