Oltre al problema contenuto nella *condemnatio*, possono essere commessi errori anche nella ***intentio***. L’errore nella pretesa travolge il giudizio. E’ il problema della ***pluris petitio***:

53. Si quis intentione plus conplexus fuerit, causa cadit, id est rem perdit, nec a praetore in integrum restituitur, exceptis quibusdam casibus, in quibus praetor non patitur [… vv. 2.]. 53a. Plus autem quattuor modis petitur: **re**, **tempore**, **loco**, **causa**. **Re**, velut si quis pro X milibus, quae ei debentur, XX milia petierit, aut si is, cuius ex parte res esset, totam eam aut maiore ex parte suam esse intenderit.

53. Se qualcuno nella pretesa abbia ricompreso di più, la causa cade, cioè perde l’oggetto, né è rimesso in pristino dal pretore, eccetto certi casi nei quali il pretore non ammette […]. 53a. Dunque in quattro modi si chiede di più: oggetto, tempo, luogo, causa. Per l’oggetto se per esempio qualcuno, per i Xmila, che gli sono dovuti, abbia chiesto XXmila; o se quello che avesse un bene solo in parte, tutta quella, o di più della sua parte, avesse preteso che fosse sua.

53b. **Tempore**, veluti si quis ante diem vel ante condicionem petierit.

53b. Per il tempo, se per esempio qualcuno abbia chiesto prima del termine o prima del (verificarsi della) condizione.

53c. **Loco**, veluti si, quod certo loco dari promissum est, id alio loco sine commemoratione eius loci petatur, velut si is, qui ita stipulatus fuerit: ephesi dare spondes? deinde Romae pure intendat dari sibi oportere. [… vv. 1] dare mihi oportere [… vv. 2 ½] petere, id est non adiecto loco.

53c. Per il luogo, se per esempio ciò che in un determinato luogo è stato promesso che fosse dato, quello sia chiesto in un altro luogo senza previsione di quel luogo, per esempio se quello che stipulò così: prometti di dare a Efeso? Poi a Roma semplicemente pretenda che gli debba obbligatoriamente esser dato […] è obbligatorio dare a me […] chiedere, cioè non aggiunto il luogo.

53d. **Causa** plus petitur, velut si quis in intentione tollat electionem debitoris, quam is habet obligationis iure, velut si quis ita stipulatus sit: sestertium x milia aut hominem stichum dare spondes? deinde alterutrum eorum [ex his] petat; nam quamvis petat, quod minus est, plus tamen petere videtur, quia potest adversarius interdum facilius id praestare, quod non petitur. Similiter si quis genus stipulatus sit, deinde speciem petat, velut si quis purpuram stipulatus sit generaliter, deinde Tyriam specialiter petat; quin etiam licet vilissimam petat, idem iuris est propter eam rationem, quam proxime diximus. Idem iuris est, si quis generaliter hominem stipulatus sit, deinde nominatim aliquem petat, velut Stichum, quamvis uilissimum. Itaque sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet.

53d. Per la causa si chiede di più se per esempio qualcuno nella pretesa tolga via la scelta del debitore, che quello ha per diritto dell’obbligazione, se per esempio qualcuno avesse stipulato così: Xmila sesterzi o il servo Stico prometti di dare? e poi chieda uno dei due; infatti, anche se chieda ciò che è minore, tuttavia appare che chieda di più, poiché può l’avversario nel frangente adempiere più facilmente ciò che non gli è chiesto. Similmente se qualcuno abbia stipulato il genere, e poi chieda la specie, se per esempio abbia stipulato porpora in generale, poi chieda specialmente quella di Tiro; in verità anche sia pure che chieda la peggiore, lo stesso è giusto che sia per la ragione che abbiamo detto adesso. Stessa disciplina se qualcuno in generale abbia stipulato un servo e poi ne chieda uno nominativamente, tipo Stico anche se sia da quattro soldi. Per questo così come la stipula è stata concepita, così anche la pretesa della formula deve essere concepita.

Segue poi una considerazione sulla *pluris petitio* nelle cause per l’incerto:

54. Illud satis apparet **in incertis formulis** plus peti non posse, quia cum certa quantitas non petatur, sed quidquid paret adversarium dare facere oportere intendatur, nemo potest plus intendere. Idem iuris est, et si in rem incertae partis actio data sit, velut talis: quantam partem paret in eo fundo, quo de agitur, actoris esse. Quod genus actionis in paucissimis causis dari solet.

54. Si vede subito che nelle formule per l’incerto non si può chiedere di più poiché, non chiedendosi una quantità determinata ma pretendendosi quello che sembra che l’avversario debba necessariamente dare o fare, nessuno può pretendere di più. Stessa disciplina anche se sia data una azione *in rem* per una parte incerta, per esempio questa: quanta parte sembra in questo fondo di cui si tratta essere dell’attore. Genere di azione che si suole dare in pochissime cause.

e quindi una più interessante problematica riferita alla *petitio* dell’*aliud pro alio*:

55. Item palam est, si quis **aliud pro alio** intenderit, nihil eum periclitari eumque ex integro agere posse, quia nihil ante videtur egisse, velut si is, qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit, aut si quis ex testamento dari sibi oportere intenderit, cui ex stipulatu debebatur, aut si cognitor aut procurator intenderit sibi dari oportere.

55. E’ chiaro poi che se qualcuno pretende una cosa per un’altra, niente lo mette in pericolo e lui può agire di nuovo, poiché appare che prima non abbia fatto niente, come per esempio se quello che dovesse chiedere il servo Stico, abbia chiesto Erote, o se qualcuno abbia preteso che per testamento fosse necessario che gli venisse dato, [mentre] gli era dovuto per una stipula, o se il *cognitor* o il *procurator* pretendesse che è necessario che sia dato a lui stesso.

Ci sono anche considerazioni sul *minus intedere*:

56. Sed plus quidem intendere, sicut supra diximus, periculosum est; **minus autem intendere licet**. Sed de reliquo intra eiusdem praeturam agere non permittitur: nam qui ita agit, per exceptionem excluditur, quae **exceptio** appellatur **litis dividuae**.

56. Ma allora pretendere di più, come abbiamo detto sopra, è pericoloso; invece pretendere di meno si può. Ma di ciò che resta, all’interno [del tempo] della stessa pretura non è permesso agire: infatti chi agisce così è escluso per mezzo di una eccezione, la quale è detta *exceptio litis dividuae*.

Abbiamo già visto che Gaio ne parla anche a IV, 122 a proposito di *exceptiones dilatoriae*. Dunque la causa non è persa, ma non è proponibile per l’eccedenza entro lo stesso anno di carica del pretore che ha dato la prima formula.

Il problema si ripresenta anche oggi e la Cassazione sembra aver riportato, dopo un comportamento ondivago, l’attenzione sulla inammissibilità del comportamento di chi intende frazionare il credito con azioni successive[[1]](#footnote-1).

Se invece l’errore di ***pluris petitio*** si trova nella ***condemnatio*** o nella ***demonstratio*** sovvengono altre considerazioni:

57. At si **in condemnatione** plus positum sit, quam oportet, actoris quidem periculum nullum est; sed reus, cum iniquam formulam acceperit, in integrum restituitur, ut minuatur condemnatio. Si vero minus positum fuerit, quam oportet, hoc solum consequitur actor, quod posuit; nam tota quidem res in iudicium deducitur, constringitur autem condemnationis fine, quam iudex egredi non potest. Nec ex ea parte praetor in integrum restituit: facilius enim reis praetor succurrit quam actoribus. Loquimur autem exceptis minoribus XXV annorum: nam huius aetatis hominibus in omnibus rebus lapsis praetor succurrit.

57. Ma se fosse posto nella *condemnatio* più di quanto è l’obbligo, il rischio dell’attore è nullo; ma il convenuto, avendo ricevuto una formula iniqua, è rimesso in pristino perché sia diminuita la condanna. Se invece sia stato posto di meno di quanto è l’obbligo, l’attore conseguirà solo quel che ci ha messo; infatti tutto l’oggetto è dedotto nella formula e si è costretti dallo scopo della condanna, che il giudice non può travalicare. Né per questo frangente il pretore restituisce in pristino: infatti il pretore viene incontro più facilmente ai convenuti che agli attori. Parliamo d’altra parte eccettuati i minori di 25 anni: infatti il pretore viene incontro alle persone di questa età[[2]](#footnote-2) in qualunque cosa siano scivolati.

58. Si **in demonstratione** plus aut minus positum sit, nihil in iudicium deducitur, et ideo res in integro manet; et hoc est, quod dicitur falsa demonstratione rem non perimi.

58. Se nella *demonstratio* sia stato messo di più o di meno, nulla è dedotto nella formula e pertanto la cosa rimane integra; ed è per questo che si dice che la falsa *demonstratio* non nuoce all’oggetto.

**Cosa si fa *in iure* (davanti al magistrato)**

Gaio non tratta *ex professo* e non definisce la ***litis contestatio***, ma ne descrive gli effetti. Ciò è espresso già nella *legis actio sacramenti*:

Gai 4, 13. <…> Postea tamen quam iudex datus esset, comperendinum diem, ut ad iudicem venirent, denuntiabant; deinde cum ad iudicem venerant, antequam apud eum causam perorarent, **solebant breviter ei et quasi per indicem rem exponere**; quae dicebatur **causae coniectio** quasi causae <suae?> in breve **coactio** [costrizione = delimitazione? della causa].

13. <….> Allora, dopo che fosse stato dato il giudice, si dicevano il giorno ulteriore per venire (innanzi) al giudice; poi quando erano venuti (innanzi) al giudice, prima che perorassero innanzi a lui la causa, erano soliti esporgli la cosa brevemente quasi per punti; (operazione) che era detta congettura della causa come se (fosse) una delimitazione in breve della <loro> causa.

L’operazione, per quel che se ne può capire, è definita così da Festo (57M; 50L):

Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet: testes estote.

Che la lite sia contestata se lo dicono due o più avversari, poiché sistemato il giudizio l’una e l’altra parte suole dire: siate testimoni (*di tutto questo che abbiamo fatto*).

E qualcosa si può trarre anche da una costituzione di Alessandro Severo e Antonino Caracalla del 202 d.C.:

C. 3, 9 De litis contestatione, 1: Imperatores Severus, Antoninus aa. Valenti: Res in iudicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit vel actionis species ante iudicium reo cognita. Inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest. Lis enim tunc videtur contestata, cum iudex **per narrationem negotii** causam audire coeperit. D. k. sept. Severo III et Antonino aa. conss. <202>

1. Non sembra che la cosa sia stata dedotta nella formula se soltanto sia stata celebrata la semplice *postulatio* o resa nota al convenuto la specie dell’azione prima [di ottenere] la formula. Fra la contestazione della lite infatti e l’inizio del processo ce ne passa. La lite infatti appare contestata quando il giudice ha cominciato ad occuparsi della causa attraverso la narrazione dell’affare.

Nella concezione arcaica, la *litis contestatio* si appunta soprattutto nell’**indicazione solenne dei testimoni** che debbono riferire allo *iudex* circa l’oggetto della lite come determinato nella discussione che si è svolta in iure davanti al magistrato.

Nel processo formulare la *litis contestatio* conserva questo effetto accertativo, ma acquista altri effetti:

Gai 3, 180-181. 180. Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum. Nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione. Sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione incipit ex causa iudicati teneri. Et hoc est, quod apud veteres scriptum est ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere. 181. Unde fit, ut si legitimo iudicio debitum petiero, postea de eo ipso iure agere non possim, quia inutiliter intendo dari mihi oportere, quia litis contestatione dari oportere desiit; aliter atque si imperio continenti iudicio egerim; tunc enim nihilo minus obligatio durat, et ideo ipso iure postea agere possum, sed debeo per exceptionem rei iudicatae vel in iudicium deductae summoveri. Quae autem legitima sint iudicia et quae imperio continentia, sequenti commentario referemus.

180. L’obbligazione è estinta dalla contestazione della lite solo se fu esperito un *iudicium legitimum*. Infatti allora l’obbligazione principale si scioglie, mentre il convenuto comincia ad essere obbligato in forza della contestazione della lite. Ma se viene condannato, consumata la contestazione della lite, comincia ad essere obbligato in ragione della sentenza. E questo è quanto è scritto presso gli antichi: prima della contestazione il debitore è obbligato a dare, dopo la contestazione della lite è obbligato ad essere condannato, dopo la condanna è obbligato ad eseguire la sentenza. 181. D’onde deriva che, se avrò chiesto uno *iudicium legitimum*, dopo non potrò più agire per quello per lo stesso diritto, poiché inutilmente pretendo che mi sia obbligatoriamente dato poiché con la contestazione della lite è cessato l’obbligo che sia dato; diverso se avrò agito con un *iudicium imperio continens*: infatti allora quanto meno l’obbligazione permane e pertanto dopo posso agire per lo stesso diritto ma debbo essere respinto con l’eccezione della cosa giudicata o della già dedotta in una formula. Quali poi siano gli *iudicia legitima* e quali quelli *imperio continentia* lo riferiremo nel commentario seguente.

E allora andiamo a vedere cosa siano gli ***iudicia legitima*** e gli ***iudicia imperio continentia***.

Gai 4, 103. Omnia autem iudicia aut legitimo iure consistunt aut imperio continentur.

103. Tutte le formule o prendono vita dalla legge o dall’*imperium* [del magistrato].

Il magistrato, pretore urbano, o peregrino, o edile curule, dura in carica un anno.

Gai 4, 104. **Legitima sunt iudicia**, quae in urbe Roma uel intra primum urbis Romae miliarium inter omnes cives Romanos sub uno iudice accipiuntur; eaque e lege Iulia iudiciaria, nisi in anno et sex mensibus iudicata fuerint, expirant. Et hoc est, quod vulgo dicitur e lege Iulia litem anno et sex mensibus mori.

104. Sono *iudicia legitima* quelli che sono presi nella città di Roma o entro il primo miglio dalla città di Roma fra tutti cittadini romani sotto un giudice unico; e questi per la *lex Iulia iudiciaria* si consumano se non sono stati giudicati in un anno e sei mesi. E questo è ciò che si dice volgarmente che per la *lex Iulia iudiciaria* la lite muore in un anno e sei mesi.

Perciò bisogna stare attenti al tipo di formula. Infatti:

Gai 4, 105. Imperio vero continentur recuperatoria et quae sub uno iudice accipiuntur interveniente peregrini persona iudicis aut litigatoris; in eadem causa sunt, quaecumque extra primum urbis Romae miliarium tam inter cives Romanos quam inter peregrinos accipiuntur. Ideo autem imperio contineri iudicia dicuntur, quia tamdiu valent, quamdiu is, qui ea praecepit, imperium habebit.

105. Invece sono dipendenti dall’*imperium* gli *iudicia* recuperatorî e quelli che sono ricevuti sotto un solo giudice intervenendo la persona del giudice o del litigante straniero; nella stessa condizione sono [tutti] quelli che sono presi fuori dal primo miglio della città di Roma tanto fra cittadini romani quanto fra stranieri. Pertanto si dice che gli *iudicia* sono contenuti nell’*imperium* poiché tanto a lungo valgono quanto a lungo ha l’*imperium* colui che li ha disposti.

La *datio iudicii* è frutto di atti volontari dell’attore e del convenuto, che hanno chiesto la formula e che hanno obiettato, e che poi hanno ricevuto lo *iudicium* dal pretore. E’ cioè un **accordo fra loro**: il pretore ha accordato la *datio iudicii*[[3]](#footnote-3); l’attore ha recitato la formula al convenuto; il convenuto l’ha accettata[[4]](#footnote-4).

L’importanza della *litis contestatio* è sostanzialmente ricavabile dai suoi effetti.

Quint, *inst or*., 7, 6, 4: Solet et illud quaeri, quo referatur quod scriptum est: "Bis de eadem re ne sit actio": id est, hoc "bis" ad actorem an actionem. Haec ex iure obscuro.

4. Suole essere discusso anche quello dove è riferito ciò che è scritto: “Due volte non sia azione sullo stesso argomento”: cioè [se] questo “due volte” [è rivolto] all’attore o all’azione. Questo [viene] da un comando oscuro

Quanto dice Quintiliano allude al fatto che ciò che costituisce oggetto di un accordo tra le parti circa il medesimo contenuto (*eadem res*), non può essere più mutato[[5]](#footnote-5).

**Effetti della *litis contestatio*:**

- Conservativo: il contenuto della formula è agibile anche contro gli eredi del convenuto.

- Estintivo: estingue l’obbligazione dedotta in giudizio.

- Preclusivo: vieta la riproponibilità dell’azione.

- Novativo: l’obbligazione diviene quella contenuta nella formula. Ma interessante è vedere:

Gai 4, 114. Superest, ut dispiciamus, si ante rem iudicatam is, cum quo agitur, post acceptum iudicium satisfaciat actori, quid officio iudicis conveniat, utrum absolvere an ideo potius damnare, quia iudicii accipiendi tempore in ea causa fuerit, ut damnari debeat. Nostri praeceptores absolvere eum debere existimant; nec interesse, cuius generis sit iudicium. Et hoc est, quod volgo dicitur Sabino et Cassio placere omnia iudicia absolutoria esse. [… ??? …] de bonae fidei autem iudiciis idem sentiunt, quia in eiusmodi iudiciis liberum est officium iudicis. Tantumdem et de in rem actionibus putant, quia formulae verbis id ipsum exprimatur [… vv. 7] sunt etiam in personam tales actiones in quibus exprimitur [… vv. 8] actum fuit.

114. Ci resta che discutiamo se prima della sentenza colui con(tro) cui si agisce, dopo aver accettato la formula soddisfi (al)l’attore, cosa si addica al compito del giudice, se assolvere o non piuttosto condannare, poiché al tempo della presa della formula egli sarebbe stato in quella condizione d’essere condannato. I nostri maestri pensano che lo debbano assolvere; né importa di che genere sia la formula. E questo è ciò che generalmente si dice che a Sabino e a Cassio piaccia che tutte le formule siano assolutorie [*… ??? …*] lo stesso ritengono a proposito delle formule di buona fede, poiché nelle formule di questo modo il compito del giudice è libero. Altrettanto ritengono anche per le azioni *in rem*, poiché con le parole della formula è espresso questo stesso [*…*] sono anche *in personam* tali azioni nelle quali si esprime [*…*] che fu agito.

1. Cass. Civ., ss. uu., 15 novembre 2007, n. 23726: *Non è consentito al creditore di una determinata somma di denaro, dovuta in forza di un unico rapporto obbligatorio, di frazionare il credito in plurime richieste giudiziali di adempimento, contestuali o scaglionate nel tempo, in quanto tale scissione del contenuto della obbligazione, operata dal creditore per sua esclusiva utilità con unilaterale modificazione aggravativa della posizione del debitore, si pone in contrasto sia con il principio di correttezza e buona fede, che deve improntare il rapporto tra le parti non solo durante l'esecuzione del contratto ma anche nell'eventuale fase dell'azione giudiziale per ottenere l'adempimento, sia con il principio costituzionale del giusto processo, traducendosi la parcellizzazione della domanda giudiziale diretta alla soddisfazione della pretesa creditoria in un abuso degli strumenti processuali che l'ordinamento offre alla parte, nei limiti di una corretta tutela del suo interesse sostanziale.* [↑](#footnote-ref-1)
2. Con l’*exceptio legis Plaetoriae* (del 191 a.C.). [↑](#footnote-ref-2)
3. Potrebbe anche *denegare actionem*. [↑](#footnote-ref-3)
4. Cosa è un accordo? [↑](#footnote-ref-4)
5. Perché? E che conseguenze ne derivano? [↑](#footnote-ref-5)