R_4587

VINNIO, Arnoldo

Arnoldii Vinnii ... in quatuor libros institutionum imperialium commentarius academicus & forensis : tomus secundus. — Editio novissima et

[redacted]

emendatissima ... —* Lugduni : Sumpt. Anisson & Joannis Posuel, 1699

tur in fide. (comenta Dionyſio Cartujano 340) Llegò el lance, en que el manà con el arca ſalieſſe contra la incredulidad proterva: entrò por las ciudades enemigas, con el decreto, de que dieſſe contorno à todas: *Circumducatur arca Domini.* (341) Llegò primero à los Azotos, y poſtròles de improviſo: paſsò deſpues à los Gazitas, y cayeron con deshonra: penetrò triumphante à los Geteos, y heridos, confeſſaron ſus triũphos: atravesò por los Aſcalonitas, y ſucedièles lo proprio, y à los Acaronitas no menos. Iba el manà dando contorno à las demas ciudades, y en todas iba executando eſtragos, y caſtigos muy terribles: *Illis autem circumducentibus eam, fiebat manus Domini per ſingulas civitates interfectionis magnæ nimis.* (342) Quedaron con eſſo los incredulos, no ſolo caſtigados, ſino es tambien convẽcidos, pues à voces confeſſaban el poder de Dios, de que daba claro teſtimonio el manà: (343) *Quare aggravatis* (confeſſabã yà concluſos) *corda veſtra, ſicut aggravavit Ægyptus.* En eſſe manà ſe ha de hallar tal deguello, y tan irrefragable teſtimonio? Si, q̃ es el manà (344) tan vniverſal en delicias, y ſuavidades, q̃ à todas ſabe, y todas las contiene, y con eſſa vniverſalidad es expreſſa figura de eſte ſacramentado hijo de Dios. Pues conſervele Dios en ſu vrna incorrupto por mas de quatrocientos años, para que à ſu tiempo ſea de la incredula pravedad el mayor deguello: *Interfectionis magnæ nimis*, y de la fè de las generaciones futuras el mas palpable teſtimonio: *Cuſtodiatur, &c.*

245 Es nueſtro Seraphico Padre el manà de la Ley de gracia; porque à todo ſabe, y todo lo contiene, como vnigenito en ſus luſtres, y con eſſa vniverſalidad es expreſſa figura de [illegible] vnigenito hijo de Dios: pues conſervele Dios en ſu vrna incorrupto por mas de quatrocientos años, y aun haſta la fin del mundo, para que ſea de la heretica pravedad el mayor [illegible] *Interfectionis magnæ nimis*, y de la fè en las generaciones [illegible] el mas palpable teſtimonio: *Cuſtodiatur in futuras* [illegible] quiere vèr eſto con alguna individualidad [illegible] lugar propio: *De circumducatur Ecclesiæ*

La nada de todo eſſo en el abiſm[illegible] geſtad por ſer mi Dios, es intenſiv[illegible] das las coſas, es extenſivamente i[illegible] de vno, y otro, ſoy en el no ſer, y [illegible] limitado, y extenſivamente infini[illegible] de aquella immenſa celſitud, no ſ[illegible] profundiſsima humildad; porqu[illegible] dad (conceptùa ſu Panegyriſta 32[illegible] nita en la nada, y negacion: *Infini[illegible]*

238 Yà ſe ha viſto qua[illegible] Franciſco ſus virtudes. Pero las ſo[illegible] yas me perdonen, que la que entr[illegible] eminente, es aquella ardentiſsima [illegible] mo amor de eſte abraſado Serafi[illegible] mo por prenda ſuya mas ſobreſa[illegible] Seraphico, nombre, que le diò aq[illegible] abraſaba ardentiſsimo: *Mentem* [illegible] (eſſa es à vna la voz de la Igleſia e[illegible] *cendit interius.*

239 Apoderòſe de [illegible] la[illegible] corazon, lengua, y eſpiritu, to[illegible] ſi bien Dios de ſu immenſa fi[illegible]tud[illegible] ſu yos deſpide ardientes cente[illegible] La[illegible] ſeraphico ſe deſprendiò no [illegible] vio a[illegible] divino, por quien quedò todo [illegible] gie[illegible] deſta verdad el miſmo Dios [illegible] la P[illegible] Brigida, (330) que no [illegible] ser[illegible] gracia, logra Fra[illegible] [illegible] dad[illegible] *Franciſcus amicus* [illegible] *quia habu*[illegible] [illegible] anzo[illegible] [illegible] virtu vna ardiẽte [illegible] [illegible], en ac[illegible] [illegible] a Zenon, y otros a[illegible] [illegible], porque ſ[illegible] [illegible] na toda d[illegible] [illegible]re que caer n[illegible] [illegible] que venciò, y puſo à ſus pies el [illegible] [illegible] pulcro: ponderaba Cayo Vele[illegible]

ARNOLDI

VINNII, J.C.

PRÆSTANTISSIMI,

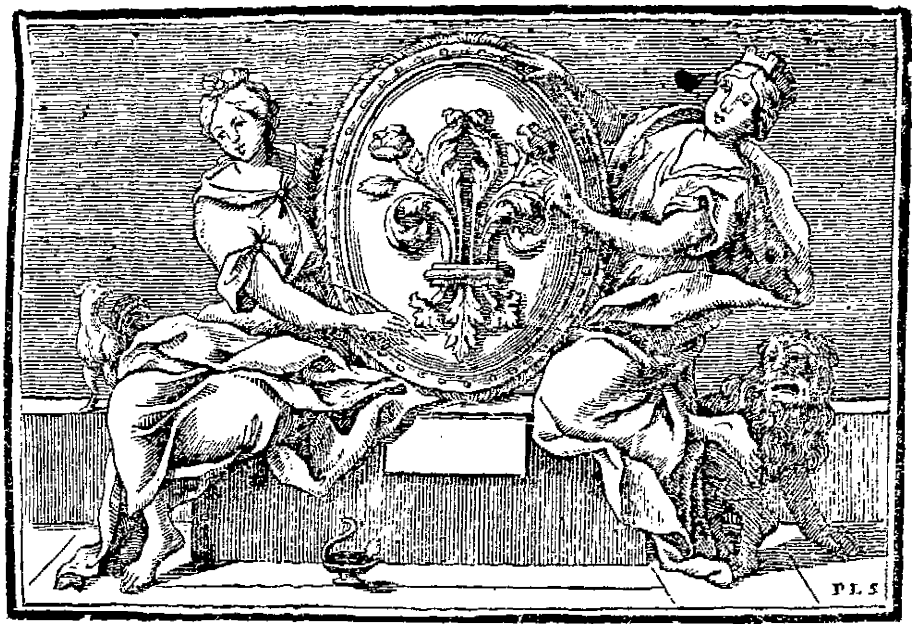
IN QUATUOR LIBROS

INSTITUTIONUM IMPERIALIUM

Commentarius Academicus & Forensis.

Editio novissima & emendatissima, Authoris NOTIS *antea seorsim impressis aucta & adornata, duobus distincta Tomis.*

TOMUS SECUNDUS.



LUGDUNI,
Sumpt. ANISSON, & IOANNIS POSUEL,

M. DC. LXXXXIX.
CUM PRIVILEGIO REGIS.



ARNOLDI VINNII, J. C.
IN LIBRUM TERTIUM INSTITUTIONUM IMPERIALIUM COMMENTARIUS

Academicus & Forensis.

TITULUS I.

De hæreditatibus, quæ ab intestato deferuntur.

Ratio ordinis, cum argumento tituli.

DEcursis omnibus supremæ voluntatis partibus, redit Imperator ad institutam de universitate bonorum acquirenda disputationem. Ex quatuor hujusce generis acquisitionis modis, propositis §. *ult. sup. per quas pers. cuiq. acq.* eum primo explicandum suscepit, per quem hæreditas nobis obvenit. Obvenire vero nobis dixit vel ex testamento, vel ab intestato. Quoniam igitur de hæreditate ex judicio defuncti acquirenda hactenus solum tractavit cujus semper prior & potior causa est, *l. 39. de acq. hær. l. 89. de reg. jur.* quod reliquum est ad tractationem istam absolvendam, de hæreditate legitima, seu ea, quæ lege ab intestato defertur, pertexere prius voluit, quam ad cæteros per universitatem acquirendi modos transitum faceret. Hæreditates, quæ ab intestato deferuntur, eædem passim & lege deferri dicuntur, nomenque legitimarum hæreditatum sibi proprium fecerunt, licet testamentaria quoque hæreditas dici possit lege obvenire, *l. lege 130. de verb. sign.* Sed illæ solæ hoc nomen occupaverunt, propterea quod immediate & proxime deferuntur à lege, & à lege sola absque voluntate defuncti, cum testamentariam non ipsa lex deferat, sed delatam à testatore confirmet duntaxat, *d. l. 130.* Hinc etiam hæredes legitimi & testamentarii passim opponuntur, *l. 3. §. 2. pro soc. l. 17. §. 1. l. in plurium 70. l. illud 77. de acq. hær. l. 2. & tot. tit. de suis & legit. hær.* Succeditur ab intestato vel ingenuis, vel libertis. De ingenuorum successione tractat priore loco: deinde de successione libertorum, & demum *tit. 8.* Hoc autem titulo solum agitur de successione descendentium sive liberorum, quorum in causa successionis legitimæ prima semper ratio habita. Cum autem varia sint liberorum genera, & pro varietate eorum varia quoque jura succedendi ab intestato, eo ordine hic procedetur, ut primi, & statim post descriptionem intestati prodeant, qui principem locum jure civili inter ipsos liberos obtinebant, aut potius soli in causa successionis liberi habebantur, sui sc. hæredes. Inde §. 9. transitur ad successionem emancipatorum. Postea § *pen.* commemoratur mutatio juris circa liberos adoptivos. Ad extremum diserimen venitur ex masculis & fœminis descendentium rol-

...ur. Quæ mutatio jure ...rilimo in ſucceſſione ...ab inteſtato facta ſit *nov.* 118. in unoquoque ordine ſuccedentium; eoque loco indicabimus, ubi reſid poſtulare videbitur: & denique totum illud jus accuratius tractabimus ſeorſum, adjectis inſtitutis patriis; poſt explicationem tituli de *ſucceſſ. cogn.* qui hujus libri quintus.

TEXTUS.

Inteſtatus decedit, qui aut omnino teſtamentum non fecit, aut non jure fecit, aut id quod fecerat, ruptum, irritumque factum eſt; aut ſi ex eo nemo hæres extiterit.

NOTÆ.

INTESTATUS DECEDIT] Ex Ulp. *l.* 1. *de ſuis & legit.* Inteſtatorum hæreditates nomen legitimarum ſibi proprium fecerunt, propterea quod immediate à lege deferuntur, *leg.* 130. *de verb. ſign.* Impuberes quoque, furioſi, & prodigi ſuos ſucceſſores ex lege habent, & ad hos etiam vox *inteſtatus*, licet minus proprie, refertur *de leg.* 1.

RUPTUM IRRITUMVE] Vid. *ſup. quib. mod. teſt. inf.* §. 1. *& ſeqq.*

NEMO HÆRES EXTITERIT] Quod cum fit teſtamentum dicitur deſtitui aut deſeri §. 7. *inf. eod.* §. 2. *ſup. de leg. Falc. l. ult. in fin. de cond. inſt.* interdum etiam irritum fieri, *l.* 1. *de injuſt. rupt. l.* 20. *cod. tab.*

COMMENTARIVS.

1 *An appellatio inteſtati, etiam ad pupillum, furioſum, prodigum, pertineat.*
2 *Appellatione rupti quid hic ſignifi-etur.*
3 *Quando ſucceſſioni ab inteſtato locus teſtamento irrito facto.*
4 *De teſtamento deſtituto.*

Deſcriptio eſt inteſtati, cui ſimilis Ulpiani in l. 1. *pr. de ſuis & legit.* Ait, *qui aut omnino teſtamentum non fecit* Teſtamentum non feciſſe, atque inteſtatus mortuus eſſe dicitur non ſolum is, qui non fecit teſtamentum, cum facere potuerit: verum etiam is, qui cum civis Rom. eſſet, & ſui juris, propter ætatem aliamve cauſam teſtari non potuit, ut pupillus, furioſus, prodigus, *d. l.* 1. *pr.* quamvis ſi quis captare velit verbum *inteſtatus*, non videantur hi proprie dici inteſtati: ſiquidem ubi habitus non eſt, non poteſt eſſe privatio. Sed cum duo tantum genera ſucceſſionum jus civile agnoſcat, ex teſtamento, & ab inteſtato; cui ſynonyma ex lege, & impuberes quoque, furioſi, & prodigi ſuos ſucceſſores ex lege habeant, vox *inteſtatus*, ut forte minus proprie; ex ſententia tamen legum accipienda fuit, non utique pro negatione *privante*, ſed pro negatione, quæ à Philoſophis *negans* dicitur. Adde quod tametſi ipſi non poſſunt, poſſunt tamen parentes iis teſtamentum facere. Succeſſorum impuberum ab inteſtato mentio eſt in *l.* 4. §. 3. *qui pet. tut. l.* 9. *d. reb. dub. l. vel ſingulis* 37. *de vulg. & pup. l.* 6. *C* ad *Tertyll. l.* 10. *C. de legit. her.* Quamobrem dubitandum non eſt quin recte ſentiant, qui cum Bart. in *d. l.* 1. *de ſuis & legit.* ſtatura de ſucceſſione inteſtati loquentia ad ſupradictas quoque perſonas pertinere ſtatuunt. Conſule Forſter. *lib.* 3. *de her. quæ ab inteſt. c.* 4.

Non jure fecit.] Puto quod legitimum numerum teſtium non adhibuerit, aliaſve ſolemnitates, quæ ad ordinanda teſtamenta neceſſario deſiderantur, omiſerit; aut quod liberos, quos in poteſtate habebat, hæredes non inſtituerit, aut exhæredaverit, ſecundum ea, quæ tradita ſunt libro ſuperiore, *tit. de exhær. lib.*

Ruptum] Rumpi teſtamentum proprie dicitur, cum teſtatore manente in eodem ſtatu jus teſtamenti vitiatur, §. 1. *ſup. quib. mod. teſt. inf.* Ex duobus vero modis, quibus teſtamentum rumpi docemur, *l.* 1. *de injuſt. rupt. teſt. d.* §. 1. *cum ſeq.* unus tantum huc pertinet, agnatio ſui hæredis: nam mutatione voluntatis teſtatoris aliud teſtamentum poſtea facientis, etſi prius quidem etiam rumpitur, tamen ei non ſuccedetur ab inteſtato, ſed hæreditas defertur ex poſteriori. Plane mutatio voluntatis, in qua teſtator ſubſiſtit, puta ſi tabulas teſtamenti inciderit, ſcripturam deleverit, cancellaverit, ſigna avulſerit, inteſtatum eum facit, *tit. de his quæ in teſt. del. l.* 1. §. *pen. ſi tab. teſt. null. ext. l. pen. C. de teſtam.* Reſciſſo quoque teſtamento per querelam inofficioſi paterfa. inteſtatus fit: ac retroverſus perinde omnia habentur, ac ſi hæreditas nunquam adita eſſet, *leg.* 6. §. 1. *l.* 21. §. 2. *de inoff. teſt. l. ut liberis* 17. *Cod. de collat.* idemque eſt, ſi petita bonorum poſſeſſio contra tabulas, *d. l. ut liberis.* De quo fortaſſis alibi diligentius.

Irritumve factum] Si teſtamentum irritum factum in ſpeciali ſignificatione accipimus, nempe pro teſtamento, quod per teſtatoris capitis deminutionem infirmatum eſt, quo modo fere accipi ſolet, cum opponitur teſtamento rupto, §. 4. & 5. *ſup. quib. mod. teſt. inf. l.* 12. *de injuſt. rupt.* non video, quomodo id ad quæſtionem propoſitam applicari queat: nam capitis deminutione teſtatoris, qualiſcumque ea ſit, non tantum irritum fit teſtamentum, quod antea factum eſt: ſed per eam etiam perſona teſtatoris in eum ſtatum

dedu

deducitur, ut simul jus testamenti faciendi amittat, atque adeo bona quoque ipsa, ut nec hæredem ab intestato habere possit. Quod si respicimus casum, quo capite minuti mutata iterum conditione bona & hæredem habere possunt, veluti si deportatus beneficio Principis restituatur sit, adrogatus sui juris iterum factus; atque ita decesserint non condito novo testamento: ne sic quidem pro intestatis habentur, saltem jure prætorio: nam restitui quidem testamentum etiam citra novam declarationem voluntatis convalescit,
3 *l. 6 §. pen. de injust. rupt.* si sui juris effecti, si codicillis aut aliis litteris declaraverit, se eo testamento, quod ante adrogationem fecit, velle decedere, *l. pen §. 2. de bon. poss. sec. tab.* ut proinde, si verba, uti dictum est, strictè accipimus, unus tantum casus relinquitur, qui huc accommodari possit, si is, qui sui juris postea effectus; voluntatem, quam irritam fecerat capitis deminutio, recenti aliquo judicio non resuscitaverit. Quid si dicamus, de irrito additum propter jus civile, quo hæreditas ex testamento, quod semel irritum factum est, nullo casu defertur? Sane causam non habet Bachovius, cur cautius Tribonianum loqui velit, quam locutus est Ulpianus in *d. l. 1. de suis & leg. hær.*

Nemo hæres extiterit] Etiam id testamentum, ex quo nemo hæres extitit, nullas vires habet, *§. 2. sup. quib. mod. testam. inf. l. 9. de testam. mil.* ac proinde non adita hæreditate paterfa. retroversus intestatus decessisse intelligitur *l. 64. de verb. sign.* Hoc autem casu in specie dicitur testa-
4 mentum destitui aut deseri, *§. 7. inf eod. §. 2. sup de leg. Falc. l. ult. in fin. de cond. inst.* nonnunquam etiam irritum fieri, ut in *l. 1. de injust. rupt. l. 20. cent. tabb. l. 50. de man. test.* & tamen ab irrito, strictius accepto vocabulo, distinguitur in *d. l. 1. de suis & leg. hær.* unde hic locus descriptus est. Itaque sine causa iterum Bachovius Tribonianum reprehendit, quod destitutum testamentum hoc loco separat ab irrito. In transitu observetur, etsi utroque modo fiat, ut intestatus decessisse quis intelligatur, & is, cujus testamentum post mortem deseritur, & cujus testamentum ipso adhuc vivo infirmatur; tamen in tempore deferendæ hæreditatis & effectu succedendi insignem inter hunc & illum modum esse differentiam: quam videbimus in *§. cum autem 7. inf eod. & §. proximus 6. tit. seq.*

TEXTUS.

1. *Intestatorum autem hæreditates ex lege duodecim tabularum primum ad suos hæredes pertinent.*

NOTÆ.

EX LEGE 12. TABB.] Non reperitur inter reliquias legis hoc caput.

COMMENTARIVS.

NOn reperitur inter reliquias legis duodecim tabularum caput aliquod, quo, mortuo patrefamilias intestato, sui hæredes nominatim ad successionem vocantur. Cæterum non ambigo quin proprio etiam capite & separatim de hac successione caverint decem viri, *arg. §. 2. sup. de har. qual. & diff. l. 3. C. de suis & legit. lib.* & quidem mox immediatè post legem testamentariam: quod mihi non obscurè ostendere videtur caput legis de successione agnatorum, quod extat apud Ulpianum in *fragm. tit. 26.* in hæc verba; *At si intestatus moritur, cui suus hæres nec extabit, agnatus proximus familiam habeto.* Primùm enim verba hæc, *At si intestatus*, arguunt, paulo ante cautum fuisse de successione testamentaria, confirmatasque defunctorum voluntates, data cuique patrifa. libera testandi potestate; quæ legis illa particula est relata his verbis à Pomponio in *l. 120. de verb sign. Uti quisque legassit, suæ rei, ita jus esto*, & plenius à Cicerone *2. de invent.* & Cornificio *1. rhetor. ad Hærenn.* Deinde verba sequentia, *cui suus hæres nec extabit*, apertè ostendunt, proximè præcessisse & interjectum fuisse inter hoc & illud de testamentis caput de successione ab intestato, & quidem quo sui hæredes primo loco vocati fuerint. Cur autem ad liberos suos hæredes duntaxat lex successionem hãc pertinere voluerit, alibi explicatum est, & fortassis nonnihil iterum de eo dicetur in sequentibus.

TEXTUS.

2. *Sui autem hæredes existimantur (ut supra diximus) qui in potestate morientis fuerint; veluti filius filiave, nepos neptisve ex filio, pronepos proneptisve ex nepote, ex filio nato prognatus prognatave. Nec interest utrum naturales sint liberi, an adoptivi. Quibus connumerari necesse est etiam eos, qui ex legitimis quidem nuptiis, vel matrimoniis non sunt progeniti, curiis tamen civitatum dati, secundum Divalium constitutionum, quæ super his positis sunt, tenorem, hæredum suorum jura nanciscuntur. Nec non eos, quos nostra amplexæ sunt con-*

stitutiones, per quas jussimus, ut si quis mulier in concubernio copulaverit, non licebit in sua affectione maritali, eam tamen, quam qua poterat habere conjugium, & ex ea liberos sustulerit, postea vero affectione procedente, etiam nuptialia instrumenta cum ea fecerit, & filios vel filias habuerit, non solum eos liberos, qui post dotem editi sunt justos & in potestate patris esse; sed etiam anteriores, qui & iis, qui postea nati sunt occasionem legitimi nominis præstiterunt. Quod obtinere censuimus & si non progeniti fuerint post dotale instrumentum confectum liberi, vel etiam nati ab hac luce fuerint subtracti. Ita demum tamen nepos neptisve, pronepos proneptisve suorum hæredum numero sunt, si præcedens persona desierit in potestate parentis esse, sive morte id acciderit, sive alia ratione, veluti emancipatione. Nam si per id tempus, quo quis moritur, filius in potestate ejus sit, nepos ex eo suus hæres esse non potest. Idque & in cæteris liberorum personis dictum intelligimus. Posthumi quoque, qui si vivo patre nati essent, in potestate ejus futuri forent, sui hæredes sunt.

NOTÆ.

2. UT SUPRA DIXIMUS] §. 2. *sup. de har. qual. & diff.*

UTRUM NATURALES] Id est, ex justo matrimonio nati; quæ perpetua est liberorum naturalium significatio, cum opponuntur adoptivis, ut not *sup. de adopt. in pr.*

DIVALIUM CONSTITUTIONUM] *l.* 3. *l.* 4. *C. de nat. lib. add. Nov.* 89. *c.* 2.

NOSTRÆ AMPLEXÆ CONSTITUTIONES] *l.* 10. *l.* 11. *C. de nat. lib.* §. *ult. sup. de nupt.* add. *Nov.* 74. *Nov.* 86. *c.* 8. Huc etiam pertinent legitimati per rescriptum Principis, *d. Nov.* 89. *c.* 9.

ETSI NON PROGENITI] *d. l.* 11. *C. de nat. lib.* Ex hoc autem loco apparet mendose legi textum qui claudit *d.* §. *ult. sup. de nupt.* & sic omnino lectionem esse restituendam, ut illic eam ex Homom. restituimus.

ITA DEMUM NEPOS NEPTISVE, &c.] §. 2. *sup. de exhær. lib.* §. 2. *sup. de hær. qual.*

FILIUS IN POTESTATE SIT] Disertè loquitur de nepotibus & neptibus ex filio, omissis consulto natis ex filia: eo quod hi extra familiam avi materni nascuntur. Postea tamen vocati sunt ex constitutionibus, admissique ante agnatos, §. *ult. in eod.* & novissimo jure una cum filiis & nepotibus ex filio suis hæredibus, *Nov.* 118. *c.* 1.

POSTHUMI, &c. IN POTESTATE EIUS] Addendum, si nemo eos gradu præcedat, §. *pen. sup. de tutel.*

COMMENTARIVS.

1 *Legitimati an ad Feudi successionem admittantur.*

2 *Cessare hodie edictum de conjug. cum emanc. lib.*

Hic §. prolixus est, sed planus: continet enim repetitionem eorum, quæ jam ante diversis in locis tradita & illustrata sunt, maximè in §. *ult. sup. de nupt.* §. 2. *de exhær. lib.* §. 2. *de hær. qual.* ut novam explicationem non magnopere desideret. Sui hæredes ita à nobis *d.* §. 2. *de hær. qual.* definiti sunt, liberi defuncti, qui in potestate morientis fuerunt, & tempore delatæ hæreditatis primum in familia defuncti gradum obtinent: quæ definitio modis omnibus perfecta est, ut patet ex hoc textu, *junct.* §. 7. *inf. eod. l.* 6. *de injust. rupt. l.* 7. *unde lib.*

Pronepos proneptisve] Ordo est, *pronepos proneptisve, prognatus prognatave ex nepote nato ex filio*: hoc est ex nepote, qui non ex filia, sed ex filio susceptus sit: nam nepotes ex filia huc non pertinent; quia patris, non matris familiam sequuntur, *l. famili.* 196. §. 1. *de verb. sign.* Pertinent quidem huc ex novo jure; sed de eo nondum tempus est discerendi.

Nec interest utrum naturales sint, an adoptivi] Per naturales intelligit ex justo matrimonio natos: quam perpetuam naturalium liberorum significationem esse, cum opponuntur adoptivis, docuimus in *d.* §. *ult. de nupt.* Adoptivi in causa successionis ab intestato eadem conditione sunt, quo naturales, non veteri solum jure, *l.* 1. §. 4. *de suis & legit.* sed etiam novo, ex constitutione Justiniani, qui jus succedendi ab intestato integrum conservavit etiam his, qui adoptivi sunt ab extraneo, *l. pen. C. de adopt* Sed de horum successione plura *inf.* §. & 14.

Quibus connumerari, &c.] Recenser hic duos modos, quibus liberi extra nuptias quæsiti, cæterum nati ex concubina, muliere libera, quam pater uxorem habere poterat, jus suorum hæredum nanciscuntur ex suis vel anteriorum Principum constitutionibus; si curiis oblati fuerint; si mater postea uxor ducta: & nimirum eos ipsos modos, quibus tradidit, liberos natos ex parentibus non

conjugatis

conjugatis legitimos effici & in potestate patris, *d. §. ult. de nupt.* Idem jus concessum legitimatis per rescriptum Principis : qui modus confirmandæ paternæ originis postea accessit, *Nov.* 74. & 89. revise, quæ *sup. ad d. §. ult.*

Quod obtinere censuimus, etsi non progeniti.] Cum constitutio Justiniani in *l.* 10. *C. de nat. liber.* qua natos ex concubina, quæ procedente deinde affectione uxor ducta sit, patri suo legitimos fieri voluit, strictè à nonnullis accepta esset, quasi eo tantum casu legitimos eos fieri Justinianus voluisset, quo ex matrimonio secuto quoque liberi nati forent, superioribus fratres & sorores, quod ex verbis constitutionis colligebant ; Justinianus nova & speciali constitutione mentem suam plenius exposuit, atque expressè jussit natos ante matrimonium etiam eo casu legitimos fieri, quo nulli liberi ex matrimonio postea contracto nati fuerint, aut nati ex hac sublati. Extat constitutio in *l.* 11. *C. de natur. lib.* Hinc apparet, mendose legi textum, qui claudit *d. §. ult. de nupt.* & omnino restituendam esse lectionem sic, ut ex
2 Hotomanno eam illic restituimus. Jure feudali ad feudi successionem soli videntur admitti, qui legitime nati sunt, exclusis omnibus legitimatis, *lib. 2 Feud. tit. 26. vers. naturales. Vult. 1. feud. 9. Sonsbec. de feud. lib. 5. pag. 9. n. 72. Hotoman. ad d. vers. naturales* : quamvis major pars interpretum excipiat legitimatos per subsequens matrimonium. Feudistæ post *Andr. de Isernia in d. vers. naturales. Curt. tract. feud. part. 1. 2. memb. 3. part. princ. num. 41. Zas. de Feud. part. 8. D. Tulden. comm. hic cap.* 13. quo jure etiam nos utimur. *Neost ad. c. 5. de feud. Holl. succes. num. 79.* Distinguunt quoque inter legitimationem Principis simplicem, & quando Princeps nominatim ad feuda quoque liberos legitimavit, *Curt. d. loc. n. 39. Zas. ibid. Borcholt. de Feud. cap. 7.* Sed de hoc item dictum sub §. *ult. de nupt.*

Ita demum nepos neptisve.] Quamvis semper filius, qui est in potestate, simul suus hæres sit: in persona tamen neporis & ceterorum descendentium sæpè contingit, ut in potestate sint adscendentium, nec tamen numerentur inter suos hæredes ; puta si nepotem filius, pronepotem filius aut nepos præcedant. Nam ad jus sui hæredis non sufficit esse in potestate, nisi simul proximum à defuncto gradum obtineas, hoc est, nemo te in tuto ordine antecedat. Ideoque ut nepos, verbi causa, jus sui hæredis consequatur, necesse est primum filium de familia sublatum esse : tunc autem statim in patris sui locum succedit, & quasi agnascendo jus sui hæredis in familia avi nanciscitur, de quo fusius sub §. 2. *de exhar. lib.* & §. 2. *de har. qual.* Disertè autem locutus est de nepotibus & neptibus ex filio, omissis consulto natis ex filia, quod hi uti extra familiam avi materni nascuntur, ita & manent matre sublata. Postea tamen vocati sunt ex constitutionibus, ante agnatos admissi, §. *ult. inf. eod.* & pleniffimo jure una cum filiis aut nepotibus ex filio suis hæredibus, *Nov.* 118. *c.* 1.

Sive alia ratione, veluti emancipatione] Sed hodie quoad effectum succedendi nepotes in potestate retenti in locum patris sui emancipati non succedunt, aut jus suorum hæredum consequuntur ; verum filius nepotem ex se natum semper excludit, *d. Nov.* 118. *c.* 1 ut nec amplius locus sit edicto *de conjung. cum emanc. lib.* Multoque magis obstabunt nepotibus ex se natis, quos dignitas de potestate patria exemit : quippe quibus jura suorum hæredum integra conservari voluit Justinianus, *Nov.* 8. *c.* 2.

Posthumi quoque] Posthumi, qui vivo parente nati in eius fuissent potestate, primumque gradum in familia obtinuissent, suorum hæredum numero sunt, §. *pen. sup. de tutel.* sicut & in aliis ferè omnibus juris partibus, qui in utero sunt, pro jam natis habentur, quoties de eorum commodo agitur, *l.* 7. & *pen. de stat. hom.* De diversis posthumorum generibus tractatum *sup.* §. 1. & *seq. de exhar. lib.* & § *posthumo.* 26. *de legat.*

TEXTUS.

3. *Sui autem hæredes sunt etiam ignorantes, & licet furiosi sint, hæredes possunt existere : quia quibus ex causis ignorantibus nobis acquiritur, ex his causis & furiosis acquiri potest. Et statim à morte parentis quasi continuatur dominium ; & ideo nec tutoris auctoritate opus est pupillis, cum etiam ignorantibus acquiratur suis hæredibus hæreditas : nec curatoris assensu acquiritur furioso, sed ipso jure.*

NOTÆ.

3. ETIAM IGNORANTES] Nimirum quia ipso jure, *l.* 34. *de suis & leg.* fac. *l.* 1. §. 7. *si quis om. ca. test.* cujus rei effectum cernere est in *l.* 3. *C. de jur. del.* Jure civili etiam inviti : cæterum prætoris beneficio jus abstinendi habeat, §. 2. *sup. de har. qual.*

QUIBUS EX CAUSIS IGNORANTIBUS] Regula tradita à Pomponio in *l.* 12. *de reb. cred. l.* 14. *de obl. & act.*

CONTINUATUR DOMINIUM] *l.* 11. *de lib. & post.* vid. *sup. d. §.* 2. *de her. qual.* non tamen possessio, *l.* 23. *de acq. poss.* facit *l.* 19. *ex quib. ca. maj.*

COMMEN-

COMMENTARIVS.

An qui dominium, ita & possessio rerum hæreditariarum suis hæredibus continetur.

HOc quoque loco inculcantur pleraque, quæ relata & explicata sunt §. 2. *de hær. qual.* Ait *ignorantes*, Sui hæredes ipso jure, id est, sine ullo suo facto aut voluntate, sola juris potestate hæredis fiunt: & ideo non ut extranei, hæreditatem adire dicuntur, sed hæredes existere, *l.* 14. *de suis & leg. hær.* Quo jure posito consequens est, ut hæredes existant etiam ignorantes: atque hinc si quis ex suis hæredibus patri superstes decesserit, quamvis ignorans patrem decessisse, nihilominus tamen hæreditatem patris, ut jam potestate juris quæsitam, ad quoscumque hæredes transmittit, *l.* 3. *C. de jur. delib.* Quinetiam inviti & nolentes hæredes fiunt, eaque de causa necessarii quoque hæredes appellantur, *d.* §. 2. cujus rei magnus jure civili effectus fuit. Cæterum jure prætorio beneficium abstinendi habent, *d.* §. 2. & tamen post abstentionem nihilominus hæredes manent, quoad multa effecta. Unde illud, non est sine hærede, qui suum hæredem habet, licet abstinentem se, *l. cum quasi* 30. §. *sed etsi* 10. *de fideic. libert.* Sed repete notata ad *d.* §. 2. quo loco etiam monuimus, jure harum regionum hæredes omnes esse voluntarios.

Et licet furiosi] *l. furiosus* 63. *de acq. hær. l. ult.* § 2. *C de cur. fur.* Hoc autem & ipsum ex jure superiore necessario sequitur: quia, ut ait, quibus ex causis ignorantibus acquiritur, ex his omnibus acquiri potest & furiosis: quod & alibi traditum, *l.* 12. *de reb. cred. l.* 24. *de obl. & act.* eademque ratio & infantis & pupilli est. Paul *apud Ruffinum tit. de legit. succ.*

A morte parentum continuatur dominiũ] Suis non tam acquiritur hæreditas, quam dominium continuatur, *l.* 11. *de lib. & posth.* Ob eam enim causam sui dicuntur, quod non alienarum, sed suarum quodammodo rerum hæredes esse videantur: quippe suus hæres patri vivo quasi cohæres & communium bonorum socius est, ut illo mortuo non novum acquirat dominium, sed quod prius cœptum erat, nunc plenum habere incipiat, *id. l.* 11. *d.* §. 2. *de hær. qual.* cumque ipso mortis momento statim hæres existat, *l.* 2. §. *qui sunt 6. si quis om. ca. test.* jacere hæreditas nunquam dici potest: pulcherrimè *Hotom. 9. obs.* 10. Cæterum non ut rerum hæreditariarũ dominium, ita & possessio suis hæredibus continuatur: quoniam possessio cum facti sit, citra naturalem rei apprehensionem non acquiritur, *l.* 1. §. 3. *l.* 3. *in pr. l.* 8. *de acq. poss. l.* 19 *ex quibus ca. mai.* Et quod traditum est in *l. cum hæredes* 23. *de acq. poss.* adita hæreditate jura quidem omnia ad hæredem transire, possessionem vero non transire, nisi naturaliter apprehensa sit, id non magis ad extraneos pertinet, quam ad suos hæredes. Nam ut concedamus, existentiam in suis hæredibus parem vim habere cum additione in extraneis, majorem tamen vim ei inesse putare & fortius operari, valde absurdum est. Imo eandem prorsus vim habet aditio in hæredibus extraneis, quam in suis immixtio. Movere neminem debet, quod in *l. cum miles* 30. *ex quib. ca. mai.* apud Paulum scriptum est, possessionem defuncti quasi junctam descendere ad hæredem: de effectu enim usucapiendi loquitur; quod quoad hunc effectum, qui sine possessione nullus est, *l.* 25. *de usuc.* ipsa simul possessio transire videatur, propterea quod tempora possessionis defuncti & hæredis ita conjunguntur, ut usucapio nunquam interrupta videatur, *l. nunquam* 31. §. *pen. d. tit.* Alioqui contra jus expressum inferri posset, etiam hæreditatem jacentem possidere, quoniam usucapio à defuncto cœpta etiam ante hæreditatem aditam impleri potest, *l. cœptam* 40. *de usuc.* Illud nimis jejunum est, quod vulgo objicitur, dominium non acquiri sine possessione: nam hoc ad modos acquirendi, qui sunt ex jure gentium pertinet: in civilibus autem acquisitionibus non est perpetuum, *l. à Titio.* 64. *de furt. l.* 19. §. 1. *quemad. serv. am. add. Vigl. ad d.* §. 2. *de hær. qual. Gail.* 2. *obs.* 129. *Mynsi.* 3. *obs.* 38. *Ant. Fab. C. suo de inoff. test. defin.* 4. *Christin. vol.* 2. *decis.* 26. In Burgundia & tota ferè Gallia obtinet illud, *Le mort saisit le vif. Tiraquel. in isto tract. Chassan. de succ. ff. rub.* 7. §. 1.

Nec tutoris auctoritate.] Hoc quoque consectarium, ut & quod mox sequitur, ex eadem juris ratione est. In extranei hæreditate contra observatur; quippe quam pupillus sibi delatam adeundo acquirere non potest sine tutoris auctoritate, *l.* 9. *l. pupillum* 49. *de acq hær.* etiamsi perspicuè lucrosa sit, neque ullum ab aditione periculum immineat; *l.* 9. §. 2. *de auct. tut.* §. 1. *sup. eod. tit.* Pupillis infantibus quomodo extranei hæreditas acquiratur, cognosces obiter ex *l. servo* 65. § 3. *ad sen. Treb. l.* 18. *C. de jur. delib.* tractatio non est hujus loci.

Nec curatoris assensu furiosi.] Imo nihil curatoris assensu furioso acquiri potest, ac proinde nec hæreditas extranei: cùm per rerum naturam fieri non possit, ut consensus alterius accommodetur ei, cujus nulla voluntas est. Sed nec ipse curator nomine furiosi hæreditatem jure civili adire potest. Plane potest, si velit, bonorum possessionem nomine furiosi agnoscere, *l.* 1. *de bon. poss. fur.* imo ex constitutione Justiniani etiam debet, ubi manifesta est furiosi utilitas, *l. ult.* §. 3. *C. de cur. fur.*

TEXTVS

TEXTUS.

4. *Interdum autem, licet in potestate parentis mortis tempore suus hæres non fuerit, tamen suus hæres parenti efficitur, veluti si ab hostibus quis reversus fuerit post mortem patris sui: jus enim postliminij hoc facit.*

COMMENTARIUS.

Licet in potestate parentis, &c. non fuerit] Respicit ad id, quod dixit initio §. 2. suos hæredes esse liberos, qui in potestate sunt, quo tempore parens moritur: unde hic excipit casum, quo filius ab hostibus captus post mortem patris revertitur. At enim si fictionem postliminij considerabamus, nulla hic exceptio est: nam cum postliminium fingat, eum, qui ad suos revertus est, semper in civitate fuisse, secundum hanc fictionem etiam tempore mortis patris in potestate fuit. Verum Imperator excipiendo spectavit rei veritatem: revera enim suus hæres non est, nec in potestate morientis patris, qui eo tempore in potestate est hostium. Sic & filius ejus, qui apud hostes decessit, invitus hæreditati obligatur; quamvis suus hæres dici non possit, ut ait Jurisconsultus; *l. 12. qui test. fac.* qui in potestate morientis non fuit: & tamen hic etiam in potestate & suus hæres est, ex lege Cornelia, quæ fingit, captum, ipso momento captivitatis mortuum & in civitate.

Jus enim postliminii] Impp. Dioclet. & Maxim. id fictioni tribuunt legis Corneliæ, *l. 9. C. de postlim. rev.* sed abusio est nominum legis Corneliæ pro juris postliminij: nisi sit ἀκριβεστέρα μετωνυμία.

TEXTUS.

5. *Per contrarium autem hoc evenit, ut licet quis in familia defuncti sit mortis tempore, tamen suus hæres non fiat; veluti si post mortem suam pater judicatus fuerit perduellionis reus, ac per hoc memoria ejus damnata fuerit. Suum enim hæredem habere non potest, cum fiscus ei succedat: sed potest dici, ipso quidem jure suum hæredem esse, sed desinere.*

NOTÆ.

5. JUDICATUS PERDUELLIONIS REUS] Eodem modo hoc extulit Ulp. *l. 1. §. 3. de suis & leg.* Basil. 45. *tit. 1.* ἐπὶ τοιούτοις κατακριθῇ, & Th. hic.

MEMORIA EJUS DAMNATA] Quod in crimine perduellionis speciale, *l. ult. ad leg. Iul. mai.* in criminibus publicatus, repetundarum, de residuis durat quidem etiam post mortem persecutio, *l. 20. de accus. l. ult. ad leg. Iul. pec.* at memoria rei non damnatur.

SED DESINERE] Quia sententia, quæ post secuta est, retrotrahitur ac conjungitur cum tempore admissi criminis. Hotom.

COMMENTARIUS.

CAsus superiori contrarius, quo scilicet fit, ut qui mortis tempore in potestate defuncti est, & proximum in familia gradum obtinet, suus tamen hæres non efficiatur: quod ait evenire, si pater post mortem suam perduellionis reus judicatus fuerit: quomodo & Ulp. hoc extulit *l. 1. §. 3. de suis & leg. Interdum*, inquit, *etiam filius suus hæres excluditur, fisco prælato, ut puta si perduellionis fuerit damnatus pater post mortem suam. Basil 45. tit. 1.* ἐπὶ τοιούτοις κατακριθῇ.

Post mortem] Speciale est in crimine perduellionis, quod accusatio & cognitio cœpta etiam post mortem rei peragitur: nam reliqua fere crimina mortalitate extinguuntur, aut potius criminum persecutio, *l. ult. ad leg. Iul. maj. tot. tit. C. si reus vel accus. mort.* Quid interfit inter crimen majestatis & perduellionis demonstrabitur alio loco.

Memoria ejus damnata] Gravius & severius est, memoriam alicujus damnari, quam persecutionem criminis post mortem durare. Persecutio durat etiam in judiciis publicis peculatus, repetundarum, de residuis, *l. ex judiciorum 20. de accus. l. ult. ad leg. Iul. pecul.* At memoria rei damnatur in solo judicio perduellionis, lata in ipsum mortuum sententia, per quam quasi adhuc viveret, memoria ejus deleatur, *l. ult. C. ad leg. Iul. mai.*

Suum hæredem esse, sed desinere] Pater mortis suæ tempore nondum damnato, ac proinde libero & cive Romano decedente, filius non potest non suus hæres esse, cum, ut dictum est, statim à tempore mortis hæreditas suis hæredibus acquiratur: sed quia tempus sententiæ & secutæ postea condemnationis retrotrahitur ac conjungitur cum tempore admissi criminis, fit ut jus suitatis extinguatur, aut potius perinde habendum sit, ac si mortis tempore suus hæres non fuisset, jam à die contracti criminis desiisset esse in testate, *arg. l. 15. l. donationes 31. §. ult. de don. ad leg. Iul. mai.*

TEXTUS.

6. Cum filius filiave & ex altero filio nepos neptisve existunt, pariter ad hæreditatem avi vocantur, nec qui gradu proximior est, ulteriorem excludit. Æquum enim esse videtur, nepotes neptesque in patris sui locum succedere. Pari ratione & si nepos neptisve sit ex filio & ex nepote pronepos pronептisve, simul vocantur. Et quia placuit, nepotes neptesve, item pronepotes pronepteſve in parentis sui locum succedere, conveniens esse visum est, non in capita, sed in stirpes, hæreditatem dividi; ut filius partem dimidiam hæreditatis habeat, & ex altero filio duo pluresve nepotes alteram dimidiam. Item si ex duobus filiis nepotes neptesve existant, ex altero unus aut duo forte, ex altero tres aut quatuor; ad unum aut duos dimidia pars pertineat, ad tres vel quatuor altera dimidia.

NOTÆ.

6. CUM FILIUS FILIAVE] Hic locus descriptus est ex Cajo *lib. 3. inst. apud Rufin. de legit. succeſſ.*

GRADU PROXIMIOR] Cajus illo loco, *pr prior*, quod magis placet; quia proximitatis verbum prætorium est, & ad cognatos pertinet, §. 3. *inf. tit. prox.*

IN PATRIS SUI LOCUM SUCCEDERE] *l. 1. §. 4. de suis & legit. l. 3. C. eod.* Ulp. *tit. 26. §. 1.* Quæ successio vulgo dicitur repræsentatio. Alio sensu dicimus, in suis non esse successionem, *l. 1. §. 8. d. t.* nempe cum agitur de gradibus ejusdem lineæ, hæreditatem, quæ filio semel delata sit, nepoti, ut suo hæredi non deferri, *l. ult. C. und. lib.*

ET EX NEPOTE PRONEPOS] Et pari ratione si sit ex nepote pronepos, & ex altero pronepote abnepos. Nam jus repræsentationis intra certum descendentium gradum conclusum non est, fac. *l. 1. §. 7. de conjung. cum emanc. lib. Nov. 118. cap. 1.*

NON IN CAPITA] Non κατ' ἀνδρας ut *Nov. 118. cap. 3. in fin.* non ut in tot partes dividatur hæreditas, quot sunt capita sive personæ succedentium.

SED IN STIRPES] Schol. Th. κατὰ γένος, ut qui sunt ex una stirpe, partem unam ferant; qui ex altera, licet pauciores, alteram, *l. 6. §. 1. de inoff. test. l. 2. C. de suis & leg. d. Nov. 118. c. 1.* Quæ ratio succedendi tota est ex jure illo repræsentationis, proprio suorum hæredum: producta tamen postea longius, §. *ult. inf. eod.* & tandem ad liberos omnes primi & inferiorum graduum *d. Nov. 118.* Quinimo & ad filios fratrum succedentes cum defuncti fratribus, *d. Nov. 118. c. 3.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid sit in capita, quid in stirpes succedere.*
2 *Successionis in stirpes jure veteri usum tantum inter suos hæredes fuisse, & hujus successionis ratio.*
3 *Quatenus hæc successio procedente tempore extensa.*
4 *Cur in ea proximior ulteriorem non excludat.*
5 *Illustratur aliis quibusdam exemplis.*
6 *Etiam ubi soli sunt nepotes ex diversis filiis, in stirpes familiam erciscii.*

LOcus est notabilis, in quo agitur de ratione succedendi & divisione hæreditatis inter suos hæredes primi & sequentium graduum. Descriptus autem est ex Gajo *lib. 3. instit. apud Rufin. tit. de legit. succeſſ.* Omnis ab intestato successio aut est in capita aut in stirpes. In capita, κατ' ἀνδρας succedi dicitur, cum in tot partes hæreditas dividitur, quot sunt capita sive personæ succedentium: in stirpes, κατὰ γένος cum pro numero stirpium secatur; ut qui sunt ex una stirpe, partem unam ferant, qui ex altera, licet pauciores aut unus tantum, partem alteram. Capita sunt personæ unius aut plurium stirpium. Stirpes sunt generis origines; veluti filius est stirps nepotum; nepos stirps pronepotum. In capita toties succeditur, quoties personæ succedentium proprio jure & ex sua persona veniunt: in stirpes, cum veniunt jure repræsentationis, id est, ex persona ejus, in cujus jus & locum successerunt. Et successionis quidem in stirpes jure veteri inter descendentes tantum eosque descendentium solos usus fuit, qui ex filiis progeniti aut nepotibus ex filio in avi aut proavi, de cujus successione agebatur, potestate & in familia proximi mortis tempore inventi essent, filiis puta aut nepotibus præmortuis emancipatisve, *l. 1. §. 4. de suis & legit. hær. l. 2. l. 3. C. eod. l. 8. §. quoniam 8. de inoff. testam. Ulpian. tit. 26. §. 1. Gail. lib. 2. tit. 8. §. 2.* Etenim ratio succedendi in stirpes; ut ex citatis locis intelligere licet, tota est ex jure singulari suorum hæredum; nec aliud fundamentum habet, quam quod filiifa. vivo etiamnum patre domini bonorum paternorum habiti sunt, *l. 11. de lib. & posth. §. 2. sup. de hær. qual.* & jam hæredes κατ' ἀναλυσιν quodque hinc filio è familia patris sublato statim

nepotes

nepotes ex eo in locum ejus & gradum succedunt, & jus sui hæredis idem illud, quod pater ante habuit, quasi persona ejus induta in familia avi nanciscuntur, *d. l.* 1. §. 4. *de suis & legit.* §. 2. *sup. de exhar. lib. l.* 13. *de injust. rupt.* Hoc siquidem jure constituto, consequens omnino est, ut nepotes & deinceps ex masculis descendentes in successione avi ab intestato & cæterorum per patrem adscendentium in stirpes veniant, ut qui sunt ex una stirpe, licet plures numero, non amplius consequantur, quam parens eorum, cujus personam repræsentant, laturus fuisset, & quam capiunt ex alia stirpe forte pauciores, *d. l.* 8. §. *quoniam de inoff. test. d. l.* 2 *C. de suis & legit. lib.* Cæterum postquam exemplo, suorum hæredum matris etiam & aviæ hæreditas liberis delata fuit, & denique liberorum omnium conditio in successione parentum exæquata, placuit eandem rationem in divisione hæreditatis inter liberos primi & inferiorum graduum servari, §. *vlt. sub. fin. l.* 9 *C. de suis & leg. lib. Nov.* 118. *cap.* 1. In linea quoque collaterali fratrum & sororum filij jure repræsentationis seu in stirpes veniunt cum defuncti fratribus ex eadem nova Iustiniani constitutione 118 *c.* 3.

Nec qui gradu proximior ulteriorem excludit.] Quem tamen excluderet, nisi ulteriorem placeret in locum patris succedere, & jure repræsentationis quasi eodem gradu cum proximiore existentem ad successionem admiti. Hæc autem verba declarant, quomodo accipiendum sit, quod præcedit, *pariter ad hæreditatem vocantur*, nempe non de æqualitate partium hæreditatis, in quas succeditur, sed de pari ac æquali jure successionis, quod scilicet nepotes etiam locum patris ingressi, ut sui hæredes, & ideo æquali jure & pariter sive simul cum patruis suis ad successionem avi vocentur, *l.* 3. *C. de suis & leg. lib.* Quod autem in specie illic proposita etiam hæreditas in partes æquales dividi debet, ex accidenti est, ubi nepos ex uno filio & alter filius soli concurrunt.

Et ex nepote pronepos proneptisve] Et pari item ratione si sit ex nepote pronepos proneptisve, & ex altero pronepote, abnepos vel abneptis, simul vocabuntur. Nam jus repræsentationis intra certum descendentium gradum conclusum non est, per *l.* 1. §. *liberos* 7. *de coniung. cum emancip. lib. Nov.* 118. *cap.* 1. Nec aliud hoc loco propositum Iustiniano fuit, quam exemplis quæ forte hic attulit, declarare, quomodo remotiores concurrentes cum proximioribus succedant: quæ & communis est interpretum nostrorum sententia, *vid. Gomez.* 1. *var. resol. cap.* 2. *n.* 15. *Schrad. de feud. part.* 7. *cap.* 5. *n.* 41.

In parentis sui locum succedere.] Ratio successionis in stirpes; quæ supra nobis fuse explicata est. Ait *ex altero filio duos*, quare & si unus tantum sit filius, & ex altero filio sex nepotes, ille unus integrum semissem hæreditatis, & tantum solus, quantum nepotes omnes habebit. Quod si plures sint filij, singuli tantum capiunt, quantum nepotes ex filio præmortuo universi. Et convenienter, si duo aut plures sint nepotes ex diversis filiis, & ex alio nepote pronepotes, hi pronepotes universi non plus ferent, quam nepotum singuli. Quibus casibus mixta est successio. Observandum autem est, non minus nepotes ex filio, quam uepotes in locum parentum succedere. *l.* 1. §. *non minus* 6. *de suis & legit.*

Item si ex duobus filiis nepotes] Exemplum simplicis successionis in stirpes, cum soli sunt nepotes ex diversis filiis: & hoc casu maximè est conspicua vis repræsentationis, quæ ex jure suitatis primam traxit originem. Licet enim omnes hic pari gradu sint, ut proprio singuli jure succedere posse videantur: tamen postquam semel placuit, nepotes in locum patris sui demortui, aliave ratione exuti jure sui hæredes, succedere, non debuit hoc jus ex accidenti aliquo variari, puta ut soli nepotes ex diversis filiis & numero inæquales, seu pauciores cum pluribus ex hac vel illa stirpe concurrentes, in capita hæreditatem dividerent, *l.* 2. *C. de suis & leg. hared.* Quare sic in universum rectè definiemus, descendentes ex masculis omnes, qui sunt diversarum stirpium, quantumvis ejusdem omnes gradus, in stirpes, non in capita succedere.

TEXTUS.

7. *Cum autem quaritur, an quis suus hæres existere possit, eo tempore quærendum est, quo certum est aliquem sine testamento decessisse: quod accidit & destituto testamento. Hac ratione si filius exhæredatus fuerit & extraneus hæres institutus, & filio mortuo postea certum fuerit, hæredem institutum ex testamento non fieri hæredem, aut quia noluit esse hæres, aut quia non potuit, nepos avo suus hæres existet: quia quo tempore certum est intestatum decessisse patremfamilias, solus invenitur nepos: & hoc certum est.*

TÆ.

7. EO TEMPORE QUÆRENDUM.] *l.1. §.8. de suis & leg. l.6.pr.de injust. rupt. l.7. si tab. test.*

DESTITUTO TESTAMENTO] Eo quod nemo hæres ex eo exiterit: quæ destitutio patremfam. ex eo tempore intestatum facit, *l.1. de suis & leg.* Extra hunc casum idem semper est tempus mortis & delatæ hæreditatis.

FILIO MORTUO] Dum fortè hæres scriptus deliberat. *d.l.1. §.1. & d. l.7.* Hinc colligitur per exhæredationem non tolli jus familiæ; alioqui nepos statim occupato loco patris testamentum avi everteret.

QUIA NON POTUIT] Puta quod antequam aditet hæreditatem, mortuus sit, aut conditio institutioni adscripta defecerit. Th.

NEPOS AVO SUUS HÆRES] Nec obest, quod filius patri superstes fuit: quia filio non est delata hæreditas, utpote jam mortuo; quo tempore defertur ad intestato, *d. l.1. §.8. de suis & leg.* junct. *l.39. de acq. her.*

COMMENTARIUS.

1 *& 3. Quando quæstioni proposita locus.*
2 *Plura exempla huc pertinentia.*
3 *Removentur quæ hic obiici posse videntur.*

1 ET si certum est, in causa successionis ab intestato primum locum suos obtinere hæredes, tractari tamen potest, quo tempore inspiciendum sit, an aliquis suus hæres existere possit, mortisne defuncti tantum, an etiam alias delatæ ab intestato hæreditatis. Enimvero hæc quæstio locum habere non potest, cum nullum testamentum defunctus fecit, aut non jure fecit: quo casu palam est, tempus mortis à tempore delatæ hæreditatis non separari: ac ne tunc quidem, cum testamentum factum est, sed vivo adhuc testatore vitiatum aut destructum; nam hic quoque necesse est, ut tempus delatæ hæreditatis cum tempore mortis, quo jam nullum erat testamentum, concurrat. At locum habet in casu testamenti destituti hoc est, cum in irritum constituitur testamentum quod jure factum erat post mortem testatoris, eo quod hæres scriptus ex testamento hæreditatem non adierit. Cum enim lex hæreditatem nemini deferat ab intestato, quandiu ea ex testamento adiri potest; *l.quamdiu 39. de acq. her.* hic jam tractationi propositæ locus fit, utrum cum quæritur, an ut quis tanquam suus hæres succedere possit, inspiciendum sit tempus mortis testatoris, quo adhuc sua vis testamento constat, an tempus testamenti deserti, ut sufficiat vel eo tempore suum esse, quo hæreditas ab intestato deferri seu certum esse incipit defunctum intestatum decessisse, neminemque ei ex testamento hæredem fore: quod posterius placuit, *l.1. §. sciendum 8. de suis & legit. l.6 in pr. vers. plane de injust. rupt. l.7. unde lib. & hoc text.* Hinc ergo interdum evenit, ut suus hæres existat, qui eo tempore, quo is, de cujus hæreditate agitur, decessit, suus hæres non erat. Quæ res uno exemplo hic declaratur, videlicet si paterfa. testamento facto decesserit, exhæredato filio, ex quo ei nepos erat, & post exhæredati mortem contingat institutum hæredem non esse: hoc enim casu neporem avo suum hæredem existere: quo exemplo etiam utitur Ulpian. *d.l. §. sciendum de suis & legit.* & Papinian. *d.l.7. unde lib.* Aliud & simile habemus apud Theophilum, si filius exhæredatus, extraneo sub conditione institoto, pendente conditione decesserit, & postea defecerit conditio. Ulpianus *d. l. 1. §. sciendum,* etiam exemplum affert in filio sub conditione, quæ fuit in arbitrio ipsius, instituto, & mortuo non impleta conditione. In legitima quoque agnatorum successione hujus quæstionis usus est, cum disputatur, quo tempore spectanda proximitas, *§. proximus 6. seq. tit.*

Quod accidit & destituto testamento] Id est, cum ex testamento nemo hæres exiterit, vel quia hæres institutus hæres esse noluit, vel quia non potuit, ut statim sequitur: quæ destitutio ex eo tempore patremfa. tam intestatum facit, quam si aut nullo facto testamento, aut eo, quod factum erat, ante mortem evacuato decessisset, *sup. in pr. cod. d.l.1. de suis & leg. hæc l.1. de iniust. rupt. test.*

Si filius exhæredatus, & extraneus hæres institutus, & filio mortuo] Ait *exhæredatus*; nam ut valeat testamentum, quo filius ipse non instituitur, exhæredatum eum nominatim esse oportet, *l. propon. de lib. & post. sup. de exhær. lib. in pr.* Ait *filio mortuo*, deliberante fortè hærede instituto, *d. l.1. §. sciendum de suis & leg. hær. d. l.7. unde liberi.* Necesse autem est, ut quæstioni locus sit, filium medio tempore decessisse, alioqui ipse deferto testamento suus hæres patri existet, *l. filium 20. de bon. poss. cont. tab.* Hinc colligunt, per exhæredationem non tolli jus familiæ: & rectè, alioqui ipse nepos prorsus patris locum occuparet, atque ipso statim jure everteret testamentum avi, *vid. nostra ad §. non solum 4. sup. de pup. s. bst.*

Aut quia non potuit] Puta quod antequam hæreditatem adiret, mortuus sit, aut cum sub conditione hæres institutus esset, conditio defecerit. Adeunte igitur extraneo manet sepultum jus nepotis.

Nepos suus hæres existet] Nec obstabit nepoti, quod filius exhæredatus patri suo superstes fuit: quia filio non est delata hæreditas: quæ ratio redditur

tur in *d.l.1.§.sciendum, de suis & legit.* significatur in *l.6.pr. vers. plane, de injust. rupt. & d.l.7. unde li.* ac simul removet, quod objici posset, quanquam ejusdem potestatis est, in suis hæredibus successionem non esse, videlicet quia isti regulæ tunc locus est, quando quæstio est de nepote, ut suo hærede admittendo post delatam filio hæreditatem, *d.l.§.sciendum.* An jure civili hodierno in descendentibus locus sit edicto successorio difficilis & intricata quæstio est, quæ fuse tractatur à *Bart. Bald. Salic. Castr. in l.3. C. unde liberi.*

TEXTUS.

8. *Et licet post mortem avi natus sit, tamen avo vivo conceptus, mortuo patre ejus, posteaque deserto avi testamento, suus hæres efficitur. Plane si conceptus & natus fuerit post mortem avi mortuo patre suo, desertoque postea avi testamento, suus hæres avo non existet: quia nullo jure cognationis patrem sui patris attigit. Sed nec ille est inter liberos avi, quem filius emancipatus adoptavit. Hi autem cum non sint sui (quantum ad hæreditatem) liberi, neque, bonorum possessionem petere possunt, quasi proximi cognati. Hæc de suis hæredibus.*

NOTÆ.

8. AVO VIVO CONCEPTUS] Ratio est, quia qui in utero sunt, quoties de commodo eorum agitur, pro jam natis habentur, *l.7. l. pen. de stat. hom. l.7. de suis & leg.*

SUUS HÆRES EFFICITUR] Non autem rumpit adgnascendo: quoniam adgnascendo is solus rumpit, quem tempore mortis nemo præcedebat, *l.6. pr.* vers. *plane de injust. rupt.*

ET CONCEPTUS ET NATUS] *d.l.1. §.8. in fin. de suis & leg.*

NULLO JURE COGNATIONIS] Dicitur tamen cognatus, sed per abusionem, vel potius κατ' ἀφορεσιν *l.8. d. tit.*

QUEM FILIUS EMANCIPATUS ADOPTAVIT] *l.26. de adopt.* ratio est in *l.23. eod.*

QUANTUM AD HÆREDITATEM] In aliis autem rebus, puta privilegiis, causis prohibendarum nuptiarum, jure patronatus, pro liberis habentur, *l.47. §.3. de bon. lib.* ANT. CONT.

QUASI PROXIMI COGNATI] *v. l.7.* cum *seqq. de suis & leg. d.l.6. pr.* vers. *plane, de injust. rupt. l.2. §.8. unde cogn.*

COMMENTARIUS.

1 *Species, & cur in ea filius non obstet nepoti, nec nepos non rumpat.*
2 *Conceptum & natum post mortem avi huc non pertinere, & quare.*
3 *De adoptato à filio emancipato.*
4 *Amplius de concepto & nato post mortem avi.*

Post mortem avi natus, tamen vivo conceptus] Aliud exemplum ad præcedentem tractationem pertinens, & quandam continens amplificationem; nempe si quis filio exhæredato nutu prægnante decesserit, & filio deinde mortuo antequam partus ederetur, hæres institutus omiserit hæreditatem. Hic quoniam qui in utero sunt, cum de commodo eorum agitur, pro jam natis habentur; *l.7. l.pen. de stat. hom. l.7. de suis & legit.* placet hunc nepotem, licet nutum post avi mortem, non minus quam si ante natus fuisset, avo suo ab intestato hæredem fore: neque magis obstare nepoti filium, quam in casu præcedenti, propter eandem rationem, quia filio non est delata hæreditas, ut qui mortuus sit eo tempore, quo adhuc ex testamento adiri poterat. Cur vero hic nepos posthumus non rumpit agnascendo? Nimirum quia agnascendo is solus rumpit, quem tempore mortis nemo præcedebat. Hæc ad hunc ferme modum Iurisconsultus in *l.6. pr. vers. plane, de injust. rupt.*

Plane si & conceptus & natus] Quod dictum est §. *prec.* nepotem avo suo hæredem existere posse, qui tempore mortis suus non erat, modo solus inveniatur tempore destituti testamenti, hoc nunc sic restringit, ut dicat, id locum habere, cum tempore mortis nepos jam in rebus humanis fuit, aut saltem vivo avo conceptus. Cum Ulp. in *l.1. §. sciendum, de suis & legit.* De nepote vero concepto post avi mortem ait, hunc nepotem, mortuo patre suo, non posse deserto testamento suum hæredem avo existere. Et addit rationem; Quia nullo jure cognationis patrem sui patris attigit. Ratio generalis, ex qua consequitur, nec posse eum ullo alio jure succedere, neque ut nepotem, neque ut cognatum ad bonorum possessionem admitti: quod etiam in calce expressum est, & pluribus locis apertissimè traditum. Sed de eo videbimus postea.

Quem filius emancipatus adoptavit] Quem filius meus emancipatus adoptavit, nepos meus non est, *l.26. de adopt.* ratio perspicua est, quia per emancipationem filius agnatus esse desiit; & ita jus constitutum est, ut adoptati his tantum, quibus agnascuntur, cognati fiant, *l.23. eod. tit.* ut mirum non sit, mortuo filio emancipato non posse adoptivum illum vel tanquam suum vel

tanquam inter liberos hæreditatem vel bonorum poſſeſſionem petere. Vnde putaverit aliquis, hoc exemplum poſitum eſſe loco alieno. Sed videtur Iuſtinianus qualiquali ſimilitudine illuſtrare voluiſſe, quod dixerat de nepote concepto poſt mortem avi.

Cum non ſunt ſui] Vocem *ſuus* delendam eſſe Conrius & Hotomannus exiſtimant, propterea quod ante dixit, ne cognatos quidem eſſe, nedum liberos. Sed non placet nimia iſta ſcrupuloſitas in examinandis verbis conditorum juris. Et cur vero vox iſta retineri non poſſet? Per occaſionem duntaxat, ut probet ſuos non eſſe, ne cognatos quidem eſſe ait: cæterum tota diſputatio ex profeſſo de ſuis hæredibus inſtituta eſt, ut ipſe Juſtinianus teſtatur in extremo hujus §.

Quantum ad hæreditatem] Recte quantum ad hæreditatem: nam in aliis rebus, puta privilegiis, cauſis prohibendarum nuptiarum, jure patronatus, nepotes etiam poſt mortem avi concepti pro liberis habentur; & ſunt ſane ſanguine conjuncti omnibus, qui avo fuerunt, aut ab eo deſcendunt, *l.1.§.pen.de ſuis & legit.* Quod ſuccedant in jus patronatus, docet Paul. *l. Paulus 47.§ 3. de bon. libert.* quo argumento admitti videntur & ad feuda, ad emphyteuſin acceptam pro deſcendentibus, item ad jus retractus. *D. Tuld. comm. hic, cap.4.*

4. *Neque bonorum poſſeſſionem petere quaſi proximi cognati*] Sicut is qui poſt mortem avi concipitur, non vocatur ad legitimam avi hæreditatem tanquam ſuus hæres, ita nec bonorum poſſeſſionem tanquam cognatus accipere poteſt: quia ut lex duodecim tabularum eum vocat ad hæreditatem, qui moriente eo, de cujus bonis agitur, in rerum natura fuit, quo in numero etiam habetur qui vivo eo eſt conceptus; ita prætor proximitatis nomine bonorum poſſeſſionem pollicetur his, qui defuncto mortis tempore cognati fuerunt, *l.6. cum 2. ſeqq. de ſuis & legit. l.6. in pr. verſ. plane, de iniuſt. rupt. l.1. §. ſi quis 8. Vnde cogn.* Quare quod dictum ſupra eſt, neporem, qui tempore deſerti teſtamenti ſolus & proximus invenitur, avo ſuum hæredem exiſtere, hoc ſic eſt intelligendum, ſi & remo o mortis tempore obſtaculo, aut teſtamento non facto, & nemine eum tunc præcedente ſtatim jus ſuccedendi habuiſſet; quod habere non poteſt, qui moriente avo in rebus humanis non eſt. Quod vero nepotes cognati appellantur etiam eorum, poſt quorum mortem concepti ſunt, id Julianus ſcribit non proprie, ſed per abuſionem, vel potius κατ' οἰκονομίαν accidere, *l.8. de ſuis & leg. hered.* Pileus, ut refert Accurſus hic, putavit, nunc etiam poſſe hunc neporem ſuo jure ſuccedere, ex *Nou.118. c.1.* ſed contraria Joannis ſententia pluribus probata eſt teſtibus *Ioan. Fabr. & Angel. hic.* Sane *d. Nou.* nihil juvat opinionem Pilei, utpote qua tantum tollitur differentia ſexus, gradus & poteſtatis, add. *Bachov. in Treutl. vol.2. Diſp.16. theſ.1. D. Tulden. in tit. C. de ſuis & legit. n.4. & d.c.4. ad hunc tit.* ubi tamen fatendum eſſe ait propoſitum Juſtiniani, qui omnia in hac ſucceſſione ad ſimplicitatem naturæ redigere ſtudet, maxime conſentaneum eſſe; ut hoc quoque emendatum voluerit: cæterum cum id expreſſe non fecerit hujuſmodi caſu eveniente, opus eſſe remedio Principali, per *l.2. de reb. eor. qui ſub. tut.*

TEXTUS.

9. *Emancipati autem liberi jure civili nihil juris habent: neque enim ſui hæredes ſunt, qui in poteſtate morientis eſſe deſierunt, neque ullo alio jure per legem duodecim tabularum vocantur. Sed prætor naturali æquitate motus, dat eis bonorum poſſeſſionem unde liberi, perinde ac ſi in poteſtate parentis tempore mortis fuiſſent: ſive ſoli ſint, ſive cum ſuis hæredibus concurrant. Itaque duobus liberis exiſtentibus, emancipato uno, & eo, qui tempore mortis in poteſtate fuerit, ſane quidem is qui in poteſtate fuit, ſolus jure civili hæres eſt, & ſolus ſuus hæres: ſed cum emancipatus, beneficio prætoris in partem admittitur, evenit, ut ſuus hæres pro parte hæres fiat.*

NOTÆ.

9. JURE CIVILI NIHIL JURIS] Emancipatio & ſui hæredis & agnationis jus adimit, *l.11 de ſuis & leg. leg. 1. §. 8. ad SC. Tertull. leg.7. de cap. min.*

NEQUE ULLO ALIO JURE] Nec jure agnationis, *dd. loc.* nec jure patronatus, *inf de ſucceſſ. libert.*

PRÆTOR NATURALI ÆQUITATE MOTUS] Quia nihilominus liberi manent, naturæ vinculum & jus ſanguinis, *l.4. unde lib.* & maxime, quia verum nihilominus eſt, ex maſculis eos eſſe procreatos.

BON. POSSESSIONEM UNDE LIBERI] *d. l.4. & paſſ. unde liberi.* Eadem ratione adductus dat teſtamento prætereritis bonorum poſſeſſionem contra tab. §.3 *ſup. de exh. lib.*

IN PARTEM ADMITTITUR] εἰς τὸ ἥμισυ Theoph. Sunt enim emancipati apud prætorem loco

loco suorum hæredum, *tit. prox. in pr.* Cæterum, si quæ propria habent, his, qui in potestate manserunt, conferre debent, *l.* 20. § 1. *cont. tab.* Ulp. *lib.* 2. *inst. apud Rusin. tit. de leg. succ. l.* 9. *l.* 18. *C. de collat.* Ex *Nov.* 118. *cap.* 1. etiam jure civili emancipati succedunt.

COMMENTARIUS.

1 *Qua ratione motus & quo colore prætor emancipatis deferat bonorum possessionem unde liberi.*

Liberis emancipatis contingit capitis deminutio, per quam jus agnationis & familiæ amittunt, ut latè docetur *lib.* 1. Proinde cum nec sui hæredes sunt, qui in potestate esse desierunt, nec agnati propter mutationem familiæ; vetus legitima hæreditas, quæ lege 12. tabularum suis duntaxat hæredibus, & post hos agnatis defertur, ad eos non pertinet, *l.* 11. *de suis & legit. l.* 1. §. *capitis* 8. *ad sen. Tertyll. l.* 7. *de cap. minut.* Cæterum quia nihilominus liberi manent, quia manet naturæ vinculum & jus sanguinis, *l.* 4. *unde lib. l.* 8. *de reg. jur.* & maxime quia nihilominus verum est ex masculis eos esse procreatos, prætor his succurrit, rescinditque capitis deminutionem, ut loquitur Jurisconsultus *l.* 6. §. 1. *in fin. de bon. poss.* hoc est, perinde emancipatos vocat, ac si capite minuti non essent, utque ipse restituit iis jus suorum hæredum, dum eis defert bonorum possessionem unde *liberi*, atque in partem bonorum paternorum una cum *suis* hæredibus admittit. Sic & in ordinatione testamenti, eadem ratione adductus prætor, quod jus civile in suis tantum hæredibus requirebat, jussit liberos emancipatos vel hæredes institui vel exhæredari, data præteritis bonorum possessione contra tabulas, §. *emancipatos*, *sup. de exhær. lib.*

Neque ullo alio jure] Lex duodecim tabb. ad legitimam hæreditatem vocabat alios jure suitatis, alios jure agnationis, alios jure patronatus. Quod ergo ait, liberos emancipatos neque suos hæredes esse, neque alio jure à lege vocari, planum ac perspicuum sensum habet, nec jure agnationis eos vocari, nec jure patronatus, quo vocantur patrono mortuo liberi ejus ad legitimam hæreditatem liberti, *inf. de succ. libert.* ac proinde nodum in scirpo quærit Hotomannus, dum pro his verbis *per legem duodecim tabb.* legendum existimat *prætir legem*, &c.

Bonorum possessionem unde liberi] *l.* 4. *& passim, si tab. test. ff. null. ext. unde liberi*, §. 1. *inf. de bon. poss.* Cæterum si quæ propria habent his, qui in potestate manserunt, conferre debent, *l.* 20. §. 2. *contr. tab. l.* 9. *l.* 18. *C. de collat. Ulp. lib.* 2. *instit. apud Rufin. tit. de legit. succes. Unde liberi* autem dicimus præcise; pro, ex ea parte edicti, unde liberi vocantur. Quod in cæteris quoque bonorum possessionibus usuvenit. Sic dicitur bonorum possessio unde legitimi, item unde cognati, & unde vir & uxor, *d.* §. 1. *& seq. inf. de bon. poss.*

In partem admittitur] Dimidiam scilicet: εἰς τὸ ἥμισυ. Theoph. Nam emancipati apud prætorem sunt loco suorum hæredum, *tit. seq. in pr. d.* § 1. *de bon. possess.* & expresse scribit Justinianus, *l. ult.* §. 1. *C. de legit. hær.* filium emancipatum in patris successionem sine ulla deminutione à prætore vocari. Hæc autem bonorum possessio etiam suis hæredibus ex abundanti proposita, *d.* §. 1. *inf. de bonor. possess.* *l.* 1. §. 6. *unde liberi.* Jure novissimo, etiam jure civili, emancipati succedunt, *Nov.* 118. *cap.* 1.

TEXTUS.

10. *At hi, qui emancipati à parente in adoptionem se dederunt, non admittuntur ad bona naturalis patris quasi liberi, si modo cum is moreretur, in adoptiva familia fuerint. Nam vivo eo emancipati ab adoptivo patre perinde admittuntur ad bona naturalis patris, ac si emancipati ab ipso essent, nec unquam in adoptiva familia fuissent. Et convenienter quod ad adoptivum patrem pertinet, extraneorum loco esse incipiunt. Post mortem vero naturalis patris emancipati ab adoptivo patre, & quantum ad hunc adoptivum patrem pertinet, æque extraneorum loco fiunt, & quantum ad naturalis patris bona pertinet, nihilomagis liberorum gradum nanciscuntur. Quod ideo sic placuit, quia iniquum erat, esse in potestate patris adoptivi, ad quos bona naturalis patris pertineant, utrum ad liberos ejus: an ad agnatos.*

NOTÆ.

10. NON ADMITTUNTUR] Quia alium hi patrem habent, cui sui hæredes sunt jure civili, *l. pen. C. de adopt.*

QUASI LIBERI] Quod ideo exprimit, quia etsi non admittuntur ex capite edicti *unde liberi*, *l.* 4. *l. ult. ff. tab. test*, admittuntur tamen alia parte, qua scil. vocantur cognati, §. 13. *inf.*

NIHILOMAGIS LIBERORUM GRADUM] Sed

sed tantum invitantur tertio loco ad bonorum possessionem *unde cognati*, §.13. *inf. eod.*

QUIA INIQUUM ERAT] Et forte, ne delata aut quæsita aliis liberis agnatisve hæreditas, ex postfacto & accidentia auferretur.

COMMENTARIUS.

1 *Cur ad bonorum possessionem unde liberi non vocentur, qui à patre emancipati se adrogandos dederunt.*

2 *Cur ab adrogatione emancipati vivo patre naturali, jus liberorum recuperent. Secus si postmortem ejus, & quod hic respectu patris adoptivi.*

QUod dictum fuit, liberos emancipatos beneficio prætoris vocari ad bonorum possessionem unde liberi, id hic locus docet non esse perpetuum, & primum non pertinere ad eos, qui à patre emancipati se adrogandos dederunt, & quo tempore pater naturalis moritur, adhuc sunt in potestate & familia patris adoptivi, *fac. l. ult. unde liberi.* Deinde non pertinere omnino ad emancipatos à patre adoptivo, cum de illius successione quæritur; quæ mox *seqq.* §§. plenius declarantur.

In adoptionem] Manifestum est, verbo generali significari hoc loco speciem adoptionis, quæ adrogatio dicitur: quippe quæ sola eorum est, qui sunt sui juris, §.1. *sup. de adopt.*

1 *Non admittuntur*] *L.4. unde lib.* Etenim prætori hoc solum propositum fuit, ut succurreret emancipatis, qua tales sunt, idque ratione quadam commiserationis, quæ in iis cessat, qui se dederunt in adrogationem, aliumque sibi patrem quæsiverunt, dum his satis consultum in familia adoptiva, in qua jus suorum hæredum & agnationis nanciscuntur. Adhæc prætor emancipatos vocat inter suos hæredes, & tanquam suos, *tit. seq. n pr. leg.6. §.1. de bonor. possess.* ratio autem non patitur, ut quis jus hæredis habeat in duobus familiis.

Quasi liberi] Id est, ex ea edicti parte, qua prætor ad successionem ab intestato liberos vocat. Quod ideo expressit; quia etsi non admittuntur, ut liberi, admittuntur tamen alia parte edicti, qua scilicet vocantur cognati, §. *admonendi* 13. *inf.* Illud satis constat, inter legitimos eos non admitti, quia jus agnationis per capitis deminutionem extinctum est.

2 *Nam vivo eo emancipati ab adoptivo patre perinde admittuntur*] Si liberi naturales emancipati & adoptati iterum emancipati sint, prætor ex humanitate his restituit jus naturale liberorum, quod ademerat adrogatio, perindeque eos admittit ad bonorum possessionem patris naturalis, ac si semper sui juris mansissent, *l.4. unde lib.* scilicet quia alioqui foret, ut spe omni destituerentur, atque excluderentur & à patris naturalis successione & adoptivi.

Quod ad patrem adoptivum pertinet, extraneorum loco] Jura enim adoptionis in eorum dissolvuntur emancipatione, ita ut & nomen liberorum emancipati à patre adoptivo amittant, & pater adoptivus post emancipationem pater esse desinat, *l.1. §. liberos 6. l.4. unde lib. l.2. §. objicitur 15. ad Tertyll.* denique nullum fere ex pristino jure retineatur vestigium, *l.13. de adopt.* Particula (*fere*) eo loco addita à Jurisconsulto, propterea quod filiam quondam adoptivam uxorem habere non possum, *l. quin etiam 53. de rit. nupt.*

Post mortem patris naturalis] In bonis patris adoptivi nihil juris habent, sive ante, sive post mortem patris naturalis ab adrogatione emancipati fuerint. Quod vero attinet ad successionem patris naturalis interest, emancipati sint vivo adhuc patre, an post mortem ejus: nam priori casu jus liberorum per adrogationem amissum beneficio prætoris recuperant; posteriore casu non item, sed tertio demum loco invitantur ad bonorum possessionem unde cognati, §.13. *inf. eod.*

Iniquum erat, esse in potestate patris adoptivi] Ratio cur ab adrogatione emancipati post mortem patris naturalis liberorum gradum non consequantur; ne alioqui in potestate adrogatoris sit, utri ad successionem ab intestato veniant, liberine, an agnati: quippe qui facere posset, ut succederet agnatus proximus non emancipando, ut non succederet emancipando; atque ita jus hæreditatis ex alieno penderet arbitrio: quod regulæ juris non admittunt, *l. illa institutio 32. de har. inst.* Sed longius ista αἰτιολογία petita est. Commodius hæc afferri poterat, ne jam delata aut quæsita aliis liberis aut agnatis hæreditas ex postfacto & accidentia auferatur: neque ulla hic fit injuria liberis, utpote qui & ultro se in adoptionem dederunt postquam à patre naturali emancipati fuere, & volentes iterum sunt emancipati à patre adoptivo.

TEXTUS.

11. *Minus ergo juris habent adoptivi filij, quàm naturales. Namque naturales emancipati beneficio prætoris gradum liberorum retinent, licet jure civili perdant. Adoptivi vero emancipati & jure civili perdunt gradum liberorum, & à prætore non admittun*

admittuntur : & rectè. Naturalia enim jura civilis ratio perimere non potest ; nec quia desinunt sui hæredes esse, possunt desinere filij filiæve, nepotes neptesve esse. Adoptivi vero emancipati extraneorum loco incipiunt esse : quia jus nomenque filij filiæve, quod per adoptionem consecuti sunt, alia civili ratione, id est, emancipatione, perdunt.

COMMENTARIVS.

HIc locus continet antithesin liberorum emancipatorum naturalium & adoptivorum, cujus explicatio petenda ex iis, quæ dicta sunt sub §§. *præc.* 9. & 10. Summa hæc est ; liberos naturales emancipatos jus liberorum & successionis ab intestato, quod amittunt jure civili, retinere jure prætorio : emancipatos vero ex adoptione nec à prætore liberorum numero haberi, ullove modo vocari ad successionem quondam adoptivi patris. Ratio, quia illi, etsi sui hæredes esse desinunt, quod nomen civile est, non tamen desinunt esse liberi natura : hi plane extranei fiunt, jusque, & nomen liberorum adoptione quæsitum, emancipatione perdunt, *l.* 1. §. *liberos* 6. *l.* 4. *unde lib.* Regula, *Civilis ratio civilia jura perimere*, &c. plenissime à nobis explicata est sub §. *ult. de leg. agn. tut.* & §. *pen. de cap. dem.*

TEXTUS.

12. *Eadem hæc observantur & in ea bonorum possessione, quam contra tabulas testamenti parenti liberis præteritis, id est, neque hæredibus institutis, neque, ut oportet, exhæredatis, prætor pollicetur. Nam eos quidem, qui in potestate mortis tempore fuerint, & emancipatos, vocant prætor ad eandem bonorum possessionem ; eos vero, qui in adoptiva familia fuerint per hoc tempus, quo naturalis parens moreretur, repellit. Item adoptivos liberos emancipatos ab adoptivo patre, sicut nec ab intestato, ita longe minus contra tabulas testamenti, ad bona ejus admittit : quia desinunt in numero liberorum ejus esse.*

NOTÆ.

12. ET IN EA BON. POSSESSIONE.] Non solum sc. in causa successionis ab intestato. Th.

EOS, QUI IN POTESTATE, ET EMANCIPATOS] Suis hæredibus præteritis ex abundanti hoc beneficium datum, *l.* 1. *pr. cont. tab.* quemadmodum & bonorum possessio unde liberi & suis & emancipatis pariter proposita. *leg.* 1. §. 6. *und. lib.*

QUI IN ADOPTIVA FAMILIA] Sicut nec illa ab intestato his datur, ob causam, quam *sup.* §. 10. adscripsi.

COMMENTARIVS.

1 *Etiam suis hæredibus propositam bonorum possessionem contra tabulas.*
2 *Communia utriusque bonorum possessionis.*
3 *Difficilius quem admitti ad bonorum possessionem contra tabulas, quam ab intestato.*

PRætor non tamen in causa successionis ab intestato liberis emancipatis succurrit, data iis bonorum possessione unde liberi : verum etiam testamento facto pollicetur præteritis bonorum possessionem contra tabulas : quæ bonorum possessio cum præcedenti illa tribus in rebus hoc loco comparatur.

Neque ut oportet exhæredatis] Non enim quævis exhæredatio summovet liberos à bonorum possessione contra tabulas ; sed quæ rite facta est : quæ vitiose, pro præteritione habetur, *l.* 8. §. 2. *de bon. poss. cont. tab.* §. 3. *sup. de exhared. lib.* Incautè D. Tuldenus *inf. tit. de bon. poss. c.* 5. pro *non rectè* aut *vitiosè*, dixit, *inique*. Nam qui dicunt *inique* se exhæredatos, certum est, iis nullum remedium supereſse, præter querelam inofficiosi testamenti. Eodem autem modo, quod jure civili testamento facto liberi sui hæredes instituendi sunt, aut exhæredandi, filij scilicet nominatim, filiæ & nepotes saltem inter cæteros, voluit prætor instituí aut exhæredari etiam emancipatos, eoque neglecto decernit eis bonorum possessionem contra tabulas testamenti, §. *emancipatos, sup. de exhar. lib.*

Eos, qui in potestate] Sive naturales sive adoptivos, *l.* 1. *in pr. cont. tab.* Licet enim bonorum possessio contra tabulas potissimum comparata sit emancipatorum gratia, quippe qui exhæredati aliud remedium non habebant : eadem tamen & in potestate constitutis sive suis hæredibus proposita, si neque instituti neque exhæredati sunt, *d. l.* 1. *in pr.* quamvis horum præteritione testamentum vitietur, nulliusque momenti jure civili sit, *l.* 1. *de injust. rupt. test.* ut proinde ex abundanti hoc illis beneficium tribuatur, *fac. l.* 2. *C. eod. tit.*

Vocat ad eandem possess.] Sequuntur nunc comparationes utriusque remedij à similibus. Prima similitudo in eo est, quod ut bonorum possessio unde liberi & suis & emancipatis pariter propo-

sita est, ita & hæc bonorum possessio contra tabulas, *d. l. 1. in pr. junct. §. 6. cont. tab.* Secunda, quod sicut illa ab intestato non datur liberis, qui tempore mortis patris naturalis in aliena familia sunt, ita nec hæc ei detur contra illius tabulas: & eandem scilicet ob causam, quia alium patrem habent, cui sui hæredes sunt jure civili, *l. pen. non procul à pr. C. de adopt.* Tertia, quod quemadmodum illa ab intestato non datur emancipatis à patre adoptivo, ita nec hæc contra tabulas testamenti patris adoptivi; quia non sunt amplius ex liberis, jure adoptionis per emancipationem soluto, *d. l. 1. §. 6. l. 3. §. 2. bon. poss. cont. tab.*

Ita longè minus contra tab.] Ἀναπόδοξον à minori ad majus & difficilius. Qui non admittitur ad bonorum possessionem ab intestato, is non debet admitti ad bonorum possessionem contra testamentum: illud enim minus est; hoc majus, propter favorem testamenti, cujus rescissio difficulter, & non nisi gravi ex causa permittitur. Unde Iustinianus, cum iis, qui adoptati sunt ab extraneo, reservet jus succedendi ab intestato: tamen testamento facto præteritos aut exhæredatos à successione in totum repellit, *d. l. pen. C. de adopt. & sed ea. 14. inf. hoc tit.*

TEXTUS.

13. *Admonendi tamen sumus, eos, qui in aliena familia sunt, qui ve post mortem naturalis parentis ab adoptivo patre emancipati fuerint, intestato parente naturali mortuo, licet ea parte edicti, qua liberi ad bonorum possessionem vocantur, non admittantur, alia tamen parte vocari, scilicet, qua cognati defuncti vocantur. Ex qua ita admittuntur, si neque sui hæredes liberi, neque emancipati obstent, neque agnatus quidem ullus interveniat. Ante enim prætor liberos vocat tam suos hæredes, quam emancipatos, deinde legitimos hæredes, tertio proximos cognatos.*

NOTÆ.

13. LA PARTE EDICTI, QUA LIBERI] Neque ex capite altero *unde legitimi.* Illud, quia alium patrem jure civili habent: hoc, quia desierunt esse adgnati.

QUA COGNATI] Etenim naturale jus cognationis fortius est, quam ut per actum civilem adoptionis perimi possit, *l. 1. §. 4. unde cogn. §. ult. sup. de leg. agn. tut.*

NEQUE ADGNATUS ULLUS] Nam prætor totum adgnatorum ordinem cognatis antepositit, *l. 1. quis ord. in bon. poss. inf. de success. cogn. inpr.* Hodie autem liberi, de quibus hîc agitur, non cognatis tantum, sed agnatis etiam omnibus præferuntur, sublato sc. adgnationis & cognationis discrimine. *Nov. 118. c. 3. & 4.*

COMMENTARIVS.

1 *Cur ab adrogatione emancipati post mortem patris naturalis admittantur ut cognati, non admittantur ut liberi.*
2 *Hodie vix esse hujus quæstionis usum.*

DEclarat hic Imperator, quomodo accipiendum, quod dictum est, liberos, qui emancipati à patre naturali se in adoptionem dederunt; & adhuc, cum is moritur, in adoptiva familia sunt, aut post mortem demum patris ab ea emancipati fuerunt, ad bonorum ejus possessionem non admitti: nempe non admitti neque ex capite edicti, quo vocantur liberi, quod ante quoque obiter monuimus, neque ex capite altero, quo vocantur agnati: sed admitti tamen, tertio scilicet loco in ordine cognatorum, inque eo cæteris cognatis jure proximitatis præponi. Cujus rei ratio hæc est; quia etsi jus & nomen liberorum per adoptionem amittunt, agnati quoque esse desinunt; cognationis tamen jura in familia patris naturalis semper retinent, utpote fortiora, quam ut per actum civilem adoptionis perimi possint, *l. 1. §. 4. unde cogn. §. ult. sup. de leg. agn. tut.* Cur vero minus liberorum numero, quam cognatorum à prætore habentur, cum utroque nomen æque naturale sit? Quia absurdum prætori visum est, suorum hæredum loco esse patri naturali eos, qui alium patrem habent, cui sunt sui hæredes jure civili. Nam sciendum est, emancipatos à prætore vocari non simpliciter ut liberos, sed ut suos hæredes, quorum numero eos habet, *tit. seq. in pr.* proinde nomen liberorum propemodum civile esse, non utique vocis sono, sed intellectu juris prætorij. Hodie vix ullus esse videtur hujus §. usus. Nam cum Iustinianus discrimen agnationis & cognationis sustulerit, & cognatos æque ac agnatos ad successionem ab intestato vocaverit secundum gradus cujusque prærogativam; *Nov. 118. cap. 3. & 4.* consequens est, liberos, de quibus hic agitur, non cognatis tantum, sed agnatis etiam omnibus, præferri.

Post mortem naturalis parentis] Minime mirum: nam emancipatio hæc potius augere debebat, quam minuere jus illud, quod ut cognati in bonis patris naturalis habebant, cum adhuc essent in familia adoptiva. Sane nisi bonorum pos-

sessio.

ſeſſio patris naturalis deferretur liberis tunc, cum adhuc ſunt in familia aliena, non deferretur emancipatis poſt illius mortem: uti diſſeruimus *ſup.* §. 10.

Nec agnatus ullus] Nam prætor totum agnatorum ordinem cognatis antepoſuit: & ideo licet remotiores ſint agnati, cognatis tamen proximioribus præferuntur. Quod ultro videtur prætor dediſſe juri civili, quo agnati ſoli vocantur, cognatis inſuper habitis.

Ante enim prætor liberos, &c.] Hi ſunt tres illi gradus ſucceſſionem ab inteſtato, aut potius ordines ſuccedendi, quos prætorem feciſſe legimus. Primus ordo eſt liberorum ſive ſui hæredes ſint, ſive emancipati. Secundus legitimorum: nam ſtatim poſt liberos ad bonorum poſſeſſionem admittit adgnatos. Tertius cognatorum; quos jure civili in totum excluſos vocat, deficientibus adgnatis, *l. 1. §. 1. unde lib. l. 1. in pr. quis ord. in bon poſſ.*

TEXTUS.

14. *Sed ea omnia antiquitati placuerunt: aliquam autem emendationem à noſtra conſtitutione acceperunt, quam ſuper iis perſonis expoſuimus, quæ à patribus ſuis naturalibus in adoptionem aliis dantur. Invenimus etenim nonnullos caſus, in quibus filii & naturalium ſucceſſionem propter adoptionem amittebant, & adoptione facile per emancipationem ſoluta, ad neutrius patris ſucceſſionem vocabantur. Hoc, ſolito more, corrigentes, conſtitutionem ſcripſimus, per quam definimus, quando parens naturalis filium ſuum adoptandum alii dederit, integra omnia jura ita ſervari, atque ſi in patris naturalis poteſtate permanſiſſet, nec penitus adoptio fuiſſet ſubſecuta: niſi in hoc tantummodo caſu, ut poſſit ab inteſtato ad patris adoptivi venire ſucceſſionem. Teſtamento autem ab eo facto, neque jure civili, neque prætorio, ex hæreditate ejus aliquid perſequi poteſt, neque contra tabulas bonorum poſſeſſione agnita, neque inofficioſi querela inſtituta; cum nec neceſſitas patri adoptivo imponatur, vel hæredem eum inſtituere, vel exhæredem facere, utpote nullo vinculo naturali copulatum: neque ſi ex Sabiniano Senatuſconſulto ex tribus maribus fuerit adoptatus. Nam & in ejuſmodi caſu neque quarta ei ſervatur, neque ulla actio ad ejus perſecutionem ei competit. Noſtra autem conſtitutione exceptus eſt is, quem parens naturalis adoptandum ſuſceperit. Utroque enim jure tam naturali quam legitimo in hanc perſonam concurrente, priſtina jura tali adoptioni ſervamus: quemandmodum ſi pater familias ſeſe dederit adrogandum; quæ ſpecialiter & ſingulatim ex prafata conſtitutionis tenore poſſunt colligi.*

NOTÆ.

14. NOSTRA CONSTITUTIONE] *l. pen. C. de adopt.* cujus frequens in his libris mentio, §. 2. *ſup. de adopt.* §. 8. *quib. mod. jus pat. pot.* §. 5. *ſup. de exh. lib.* §. 1. *ſup. quib. mod. teſt. inf.*

AB INTESTATO AD PATRIS ADOPTIVI, &c.] Et tanquam ſuus hæres. At liberis hujus patris adoptivi frater non ſit, nec eis ſuccedit: quia jura legitima in familia ejus non conſequitur, *d. l. pen.* §. 1. Nec obloquitur ſibi Juſt. cum ait, emancipatione talis filij jura adoptiva diſſolvi, *d. l. pen.* §. 2. Nam hoc non de jure familiæ aut patriæ poteſtatis intelligi debet: ſed de jure ſuccedendi ab inteſtato, quod ſolum apud patrem adoptivum habebat.

TESTAMENTO AUTEM FACTO] Hinc appareret minus eſſe, habere jus ſuccedendi ab inteſtato, quam aut teſtamentum nullum dicendi, aut evertendi per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, aut querelam inofficioſi.

EX TRIBUS MARIBUS] Ita quoque legitur in *d. l. pen.* §. 3. *C. de adopt.* & apud Th. Qui lectionem immutant, corrumpunt, non corriguut locum, add. Cujac. in *l. ult. C. de decur.*

COMMENTARIVS.

1 *Quæ mutatio quam ob cauſam circa ſucceſſionem adoptivorum facta à Juſtiniano.*
2 *Notatur Rachovii oſcitatio.*
3 *Collectiones Triboniani minime neceſſariæ.*
4 *Sabiniano Senatuſconſulto quid cautum.*
5 *Diſputationem de ſucceſſione adoptivorum hodie inutilem eſſe.*

HOc §. refertur & inculcatur jus novum, quod à Juſtiniano circa liberos adoptivos introductum eſt, *l. pen. C. de adopt.* & de quo actum

sup. de adopt. §. 2. Summa huc redit. Jus vetus ita fuit, ut non tamen qui adrogabatur, in potestatem & familiam patris adoptivi transirent; verum etiam qui filiamfam. à patre naturale in adoptionem alii dabantur, sine ulla distinctione jus liberorum & suorum hæredum in familia naturali amitterent, novumque nanciscerentur in familia adoptiva. In adrogatione nihil mutatum, in adoptione nonnihil, propter incommodum, quod ex veteri jure nasci poterat. Igitur in casu filii à patre naturali in adoptionem dati ita Justiniano placuit, ut si datus sit personæ extraneæ (qualis omnis qui est extra lineam parentum) non transiret in potestatem & familiam hujus patris adoptivi, sed jus parentis naturalis salvum maneret, retineretque filius in illius familia nomen & jus sui hæredis: & porro quod huic consequens erat, ut impune à patre adoptivo testamento facto præteriri aut exhæredari, posset. Hoc uno tamen ei concesso, ut ab intestato huic patri succedat. Si vero datus sit personæ non extraneæ, sed avo materno puta, aut nepos post emancipationem patris conceptus & editus avo etiam paterno, jus vetus integrum reliquit sine ulla innovatione.

Quia invenimus nonnullos casus] Usus videtur pluralivo pro singulari. Nam unus duntaxat casus reperitur, quo in adoptionem extraneo dati & patris naturalis & adoptivi hæreditate excidere poterant, vid. si post mortem patris naturalis ex adoptione essent emancipati: cujus etiam solius mentio in *d. l. pen.*

Ut possit ab intestato] Et quidem jure sui hæredis: hoc enim jus diserte hactenus ei tribuitur *d. l. pen.* §. 1. Atque ita occurrit hic casus singularis, quo is qui in potestate non est, & tantum non extraneus, sui hæredis jus habeat, voceturque ad hæreditatem una cum defuncti liberis naturalibus & legitimis. Cæterum voluit Justinianus hanc adoptionem tantum prodesse adoptato ad solam successionem extranei patris adoptivi, non etiam ad consequenda iura legitima in eius familia *d. l. pen.* §. 1. Quamobrem vix scio quid sibi velit Bachovius, qui pro limitatione hic addendum scribit ex *Nov.* 118. *c.* 3. concurrere hunc extraneum adoptatum tantum cum liberis ab uno latere conjunctis; quia cum utrinque conjuncti excludant consanguineos & uterinos, multo magis adoptatum excludere debeant, &c. Non puto, Bachovium tam profundè somniasse, ut, quamvis sic loquatur, existimaverit, liberorum quosdam esse ex uno latere conjunctos, quosdam ex utroque, & hos illis, ac proinde & adoptatis in successione parentis ex *d. Nov.* præferri: sed ut apparet ex *d. c.* 3. quod allegat, cogitasse de successione collateralium, & admonere voluisse, in ea successione adoptivos defuncti fratres ex *d. Nov. c.* 3. non plus juris habere posse, quam conjunctos ex uno parente tantum, quibus præferuntur conjuncti utrinque. Credibile quoque est, eum intellexisse liberos adrogatos: nam hi, de quibus hic agimus, liberis extranei adoptatoris fratres non sunt, nec eis succedunt prorsus. Utut sit aut alienum est, quod Bachovius monet, aut fallitur.

Neque jure civili, neque jure prætorio] Olim liberi adoptivi omnes, quia transibant in familiam patris adoptivi, quamdiu in eadem conditione manebant, non minus quam justis nuptiis quæsiti, hæredes instituti aut exhæredari debebant: præteriti & jure civili testamentum nullum dicere poterant, & jure prætorio contra tabulas bonorum possessionem petere: exhæredatis patebat querela inofficiosi testamenti, §. 4. *sup. de exhær. lib. l.* 1. *in pr. cont. tab.* §. 2. *sub. de inoff. test.* quod Justiniani lege mutatum in adoptatis ab extraneo, velut consequens ei quod voluit, eos non transire in adoptivi patris potestatem. Ergo ex d. constitutione impune hi præteriri vel exhæredari possunt, nulloque remedio, sive civili sive prætorio, adversus testamentum adjuvantur, *d. l. pen. C. de adopt.* Non obloquitur sibi Justinianus, cum ait, emancipatione talis filii jura adoptiva dissolvi, *l. pen.* §. 2. hoc enim non de jure familiæ aut patriæ potestatis intelligi debet, sed de jure succedendi ab intestato, quod solum apud patrem adoptivum habebat.

Cum nec necessitas imponatur patri adoptivo.] Non satis bona collectio; Non est necesse hunc hæredem instituere vel exhæredem facere: ergo nullo remedio contra testamentum uti potest. Nam nec mater nec avus maternus liberos, nec liberi parentes necesse habent hæredes instituere aut exhæredare, qui tamen præteriti aut exhæredati testamentum per querelam inofficiosi impugnant. Sic nec illa consecutio necessaria est. Non est mihi naturali vinculo copulatus; ergo non est necesse eum hæredem instituere, &c. quasi solo vinculo civili nemo adstringatur ad aliquem hæredem instituendum, &c. quæ tamen vis adhuc hodie est adrogationis, ut in *fin. hujus* §.

Ex Sabiniano Senatusconsulto ex tribus maribus] Quo Senatusconsulto quantum ex hoc loco conjicere est, cautum fuit, ut qui unum è tribus alterius liberis maribus adoptasset, quartam partem ei bonorum suorum relinquere cogeretur, sicut ex constitutione Antonini Pij quarta relinquenda est adrogato impuberi. Ex eodem Senatusconsulto manasse videtur, quod Justinianus commemorat in *l. ult. C. de decur. lib.* 10. ut qui tres mares haberet, si unum ex iis, qui decurio esset,

esset, in senatum maximum allegendum curaret, ei curiæ liberationem pareret: quod referendum inter privilegia πολυωνδίας. Meminit, quoque hujus Senatusconsulti Iustinianus in *d. l. pen.* §. 3. *C. de adopt.* Nihil agunt, qui hunc locum vel aliter explicant, ut Connan. 2. *comm.* 15. vel aliter legunt, & pro *tribus maribus*, ut etiam legitur apud Theophil. substituunt *tribus mancipationibus*, ut *Alciat. 4. pareg. 3. tribus mancipationibus*, ut *Ræv. ard. c. 6. de auct. prud. add. Cujac. in d. l. ult. C. de decur. Gothofr. ad. d. l pen.* §. 3. *C. de adopt.*

Pristina jura tali adoptioni servamus] Propterea quod hoc casu concurrente naturali vinculo cum civili, cessat metus superioris incommodi, ne scilicet adoptatus ab utriusque patris successione aliquando excludatur; qui sensus est *d. l. pen.* Ius vetus adoptionis plane nunc exolevit: neque enim adoptari aut liberorum aut agnatorum aut cognatorum jure hodie censentur, sed tantum pro alumnis sunt: ut proinde tota disputatio de successione liberorum adoptivorum hodie sit inutilis: videsis quæ *sup. tit. de adopt.*

TEXTUS.

15. *Item vetustas ex masculis progenitos plus diligens, solos nepotes vel neptes qui quæve ex virili sexu descendunt, ad suorum vocabat successionem, & jure agnatorum eos anteponebat: nepotes autem, qui ex filiabus nati sunt, & pronepotes, qui ex neptibus, cognatorum loco connumerans, post agnatorum lineam eos vocabat, tam in avi vel proavi materni, quam in aviæ vel proaviæ, sive paternæ sive maternæ successionem. Divi autem Principes non passi sunt talem contra naturam injuriam sine competenti emendatione relinquere: sed cum nepotis & pronepotis nomen commune sit utriusque, tam qui ex masculis, quàm qui ex fœminis descendunt, ideo eundem gradum & ordinem successionis eis donaverunt. Sed ut amplius aliquid sit eis, qui non solum naturæ, sed etiam veteris juris suffragiis muniuntur, portionem nepotem vel neptum, vel deinceps, (de quibus supra diximus) paulo minuendam esse existimaverunt; ut minus tertia parte acciperent, quam mater eorum vel avia, fuerat acceptura, vel pater eorum vel avus paternus sive maternus, quando fœmina mortua sit, cujus de hæreditate agitur: iisque licet soli sint, adeuntibus, agnatos minimè vocabant. Et quemadmodum lex duodecim tabularum, filio mortuo, nepotes vel neptes, pronepotes vel proneptes, in locum patris sui ad successionem avi sui vocat: ita & principalis dispositio in locum matris suæ vel aviæ eos cum jam designata partis tertiæ deminutione vocat. Sed nos, cum adhuc dubitatio maneret inter agnatos & memoratos nepotes, quartam partem substantiæ defuncti agnatis sibi vindicantibus ex cujusdam constitutionis auctoritate, memoratam quidem constitutionem à nostro Codice segregavimus; neque inseri eam ex Theodosiano Codice in eo concessimus. Nostra autem constitutione promulgata, toti juri ejus derogatum est: & sanximus talibus nepotibus ex filia, vel pronepotibus ex nepte: vel deinceps superstitibus, adgnatos nullam partem mortui successionis sibi vindicare: ne hi qui ex transversa linea veniunt, potiores his habeantur, qui recto jure descendunt. Quam constitutionem nostram obtinere secundum sui vigorem & tempora & nunc sancimus: ita tamen ut quemadmodum inter filios & nepotes ex filio antiquitas statuit, non in capita, sed in stirpes dividi hæreditatem, similiter nos inter filios & nepotes ex filia distributionem fieri jubemus, vel inter omnes nepotes & neptes, & inter pronepotes vel proneptes, & alias deinceps personas; ut utraque progenies matris vel patris, aviæ vel avi portionem sine ulla deminutione consequatur: ut si fortè unus vel duo ex una parte, ex altera tres aut quatuor extent; unus aut duo dimidiam, alteri tres aut quatuor alteram dimidiam hæreditatis habeant.*

NOTÆ.

15. ITEM VETUSTAS] Intelligit tum legem 12. tabb. tum jus prætorium: nam & prætor nepotes, &c. ex sexu muliebri demum vocabat in cognatorum ordine, post lineam adgnatorum.

DIVI AUTEM PRINCIPES] Valentinianus, Theodosius & Arcadius *l. 4. C. Th. de leg. hær. l. 9. C. de suis & leg. lib.* ubi tamen illa constitutio refertur parte sui mutilata.

CONTRA NATURAM INJURIAM] Sic alibi naturæ accusatores appellat, qui differentiam inducunt inter masculos & fœminas, *l. 4. C. de lib. præt.* quanquam non videtur contra naturam esse, prospicere, ut ne familiæ splendor aut dignitas minuatur aut pereat: & lege quoque Mosaïca masculi eorumque progenies fœminis prælati, *Num* 27, 8. *vid. Philon. de vit. Mos. 3.*

VETERIS JURIS SUFFRAGIIS] Tum legis 12. tabb. tum edicti prætorii, tum denique SC. Orficiani. Minus enim scripsit, quam sensit, ut arguunt sequentia.

QUAM MATER EORUM] Ex. ca. Titius decessit relicto filio, & ex filia præmortua nepote: hic filius, quia juvatur prærogativa legis 12. aut si ema ncipatus est, suffragatione juris prætorij, bessem hæreditatis ex d. constitutione feret, nepos trientem reliquum, id est, tertia parte minus, quam mater latura fuisset.

VEL AVIA] Hic ponendum thema, quo quæritur, de hæreditate proavi materni inter filium & pronepotem natum ex nepte prognata ex filio aut filia.

VEL PATER EORUM] Adde *vel mater.* v. c. Titia decessit relicto filio aut filia, & nepote nepteve ex filio filiave demortuis. Hic quia filio aut filiæ suffragatur S. C. Orficianum *inf. tit. 4. pr.* & §. 1. nepos neptisve ex d. constitutione non aliter admittuntur, quam cum deminutione tertiæ patris.

VEL AVUS PATERNUS, SIVE MATERNUS] Supple, *vel avia paterna sive materna.* Casus enim est, quo quæritur de successione fœminæ inter liberos primi gradus & pronepotes pronepresve, qui tertio gradu sunt. Pone cum filio aut filia superstitibus concurrere ponepotes pronepteve natos nataeve ex nepote nepteve nato natave ex altero filio filiave demortuis.

QUARTAM PARTEM SUBSTANTIÆ] Hanc quartam adgnati sibi vindicabant, nepotibus ex filia solis existentibus, non quando concurrebant cum munitis suffragio juris veteris: memorari Principes quandam Falcidiam vocant.

EX CUJUSDAM CONSTITUT.] reg. *ex ejusdem constitut.* quæ est *d. l. 4. C. Th. de leg. hær.*

NEQUE INSERI EAM] Scil. integram. Inferta enim est, sed detracta clausula, qua adgnati in quadrantem vocabantur, *leg. 9. C. de suis & leg. lib.*

NOSTRA CONSTITUTIONE] Hæc est *l. ult. C. d. t.* ubi quarta illa adgnatorum tollitur.

SED IN STIRPES] Ut in locum parentum veniant, succedantque ad instar nepotum & pronepotum ex virili sexu.

SINE ULLA DEMINUTIONE] Quartæ scilic. adgnatorum, quando non concurrunt liberi primi gradus aut nepotes ex sexu virili: nam tertiæ deductionem tributam iis, qui etiam juris veteris suffragatione nituntur, intactam reliquit, *l. ult. C. de suis & leg. lib.* ad quam hic se refert. Iure novissimo par liberorum omnium in successione ab intestato conditio. *Nov. 118. c. 1.*

COMMENTARIVS.

1 *Qui descendentium lege 12. tabb. & à prætore ad successionum intestati vocentur.*
2 *Iuris veteris derogatio qua ratione, & an sufficienti nitatur.*
3 *Planius & plenius, quam vulgo, explicatur quatenus per l. 4. C. Theodos. de legit. hared. veteri iuri derogatum.*
4 *Quid insuper detractum, quid adjectum constitutione Iustiniani l. ult. C. de suis & leg. lib.*
5 *Cantiuncula & Mynsingeri error.*

HÆc pars est hujus tituli postrema, in qua primum repetuntur ex vetusto jure differentiæ circa successionem descendentium ex masculis & fœminis: deinde ostenditur, quantum his differentiis detractum & de antiquo jure derogatum sit constitutione recentiorum Principum, & postremo Iustiniani. Locus est obscurus & ænigmaticus, à paucis intellectus, & ab his, qui eum intellexisse videntur, ita explicatus, ut tamen aliquid amplius desideres, & plus lucis. Plenius ergo & planius, si potero, rem totam explicabo.

Item vetustas] Intelligit tum legem duodecim tabularum, tum jus prætorium. Falluntur enim, qui putant, legem duodecim tabularum ad hæreditatem ab intestato vocasse tam natos ex filiabus, quam ex filiis, totumque illud discrimen, quod hîc refertur, adscribunt mediæ jurisprudentiæ, inter quos Mynsi. Cantiunc. & Giphanius. Etenim palam est, lege duodecim tabb. ex descendentibus eos solos ad hæreditatem vocari, qui sunt sui hæredes, atque his deficientibus ex transversa linea solos agnatos: eos vero qui tantum cognati essent, jus successionis ab intestato nullum ex ea lege habuisse. Nimirum Decemviri, ut dignitati & propagationi familiarum consulerent, ad eos solum successionem pertinere voluerunt, qui essent ejusdem gentis & familiæ. Quare cum nepotes ex filia non sunt sui hæredes avo materno, sed patri; in cujus sint potestate; & fœmina non suam aut patris, sed alienam, in quam nubit, familiam propagat: *l. 195. §. ult. de verb.*

verb. sing. non poterant hi nepotes ad successionem avi materni ullo modo venire, excludebanturque non tantum à filiis & filiabus defuncti, ab iisve, qui ex filiis essent progeniti; verum etiam ab agnatis ejus. Denique prætor emancipatos duntaxat inter suos vocabat, ut masculorum quoque progeniem; hosce autem nepotes & cæteros ex sexu muliebri demum post lineam agnatorum, in tertio scilicet ordine, qui cognatorum est.

Quam aviæ vel proaviæ sive paternæ sive maternæ] In aviæ aut proaviæ paternæ successione nihil plus juris nepotes aut pronepotes ex lege 12. tabb. habent, quam habent in successione avi proavive, aviæ proaviæve matermorum: non enim magis aviæ aut proaviæ paternæ sui hæredes aut agnati sunt, quàm avo aut proavo materno, &c. cum nec filius matris sit, ob eamque causam nec ipse matri ex lege succedat; nec à prætore in primo ordine vocetur. Filij tamen aut filiæ mentionem non facit: quia his matris legitima hæreditas pridem delata fuerat Senatusconsulto Orficiano, non aviæ nepotibus, *inf. tit. 4.* & ideo rectè ait. nepotes pronepotesque abaviæ & proaviæ ad successionem à prætore admissos fuisse demum in linea cognatorum, quia nec post illud Senatusconsultum jus liberorum in ea successione habebant.

Divi autem Principes non passi sunt, &c.] Sequitur jam derogatio juris antiqui, quæ auctores habet Valentinianum, Theodosium & Arcadium, *l. 4. C. Theod de legit. her.* quam parte aliqua mutilatam in codicem suum retulit Iustinianus *l. 9. C. de suis & leg. lib.* Iustitia derogationis duplici ratione commendatur. 1. quia inæqualitas illa juris inter descendentes ex masculis & fœminis injuriosa in ipsam naturam; quomodo alibi naturæ accusatores appellat, qui differentiam inducunt inter masculos & fœminas, *l. 4. C. de lib. præt.* 2. quia nomen neporum & pronepotum omnibus commune, & tam iis, qui ex fœminis, quam qui ex maribus progeniti sunt, conveniens. Quarum tamen rationum, si liberè dicendum est, altera vera non videtur, altera minimè sufficiens. Nam quæ injuria est in naturam, si is, qui jus percipiendarum hæreditarum in sua familia habet, ut suus, aut agnatus, non admittatur eodem jure in familia aliena, ne duabus in familiis simul regnum teneat? Deinde si contra naturam non est, hoc prospicere, ut ne familiæ splendor ac dignitas minuatur aut pereat; sed consentaneum etiam juri gentium legibusque plurimarum bene ordinatarum civitatum, dare operam ut sartæ rectæ familiæ conserventur; non potest à ratione naturali alienum videri, si masculi potius atque ex masculis descendentes, propagatores & columnæ familiarum, quam fœminæ, in quibus familiæ intereunt, ad hæreditatem vocentur: quod & ipsum diligenter cautum reperitur legibus Mosaïcis. *Num. 27. 8. Vid. Philon. de vit. Mos. 3.* Hinc jam sponte intelligitur, quam ficulneum argumentum sit alterum, quod à communione petitur nominis, ad inducendam juris æqualitatem inter eos, quos tam insignis consideratio disjungit. Sed videamus quid placitum Græcis Principibus.

Eundem ordinem & gradum successionis] Donaverunt Imperatores eundem gradum successionis nepotibus & pronepotibus, de quibus hic sermo est, quem habent illi, qui succedunt ex lege duodecim tabularum, & qui vocantur à prætore: hoc est; voluerunt ex fœminis prognatos non minus jus liberorum & successionis ab intestato habere, quam protestati ex masculis ut sui hæredes habent ex leg. 12. tabb. & liberi emancipati ex edicto prætoris unde liberi, ut cum his in successione concurrant. Addo, ut sequentia minore negotio percipiantur, ut concurrant etiam cum liberis primi gradus, patruis scilicet & avunculis suis, in successione aviæ, quos jam temporibus Marci agnati in successione matris præposuerat Senatusconsultum Orficianum. Cæterum portio horum neporum aliquantum memoratorum Principum constitutione minuta fuit, ut mox audiemus.

Veteris juris suffragiis muniantur] Ius vetus hic accipere debemus tum legem duodecim tabularum, quæ ex liberis suos duntaxat hæredes ad hæreditatem vocabat; tum edictum prætoris, quo ad bonorum possessionem ab intestato invitantur liberi emancipati: & denique Senatusconsultum Orficianum, quo, ut diximus, matris legitima hæreditas defertur filiis & filiabus. Latius enim tractatio hujus §. se extendit, quam spondet principium, plusque sensit, quam scripsit Iustinianus, uti statim videbimus.

Ut minus tertia parte] Quamvis prædicti Principes nepotes neptesque ex sexu fœmineo descendentes cum his, à quibus jure veteri in totum excludebantur, ad successionem ab intestato admiserint; noluerunt tamen, illos cum his æqualiter hæreditatem partiri, sed aliquanto plus habere eos, qui etiam juris veteris suffragatione nituntur, & nimirum illos triente minus, quam hos, consequi, *d. l. 9. C. de suis & legit.* quod datum reverentiæ juris veteris fuit.

Quam mater eorum vel avia] Casus pertinens ad successionem adscendentium marium; cum defunctus descendentibus unis pater, avusque aut proavus paternus, aliis unus proavusque maternus est: de fœminarum adscendentium successione mox subjicitur. Cum igitur de successione avi materni quæritur inter filium superstitem & ex filia de

mortua

mortua nepotes, hic filius, quia juvatur prærogativa legis duodecim tab. aut si emancipatus est, suffragio juris prætorii, bessem hæreditatis ex d. constitutione ferat, nepotes trientem reliquum, id est, hi tertia parte minus ferunt, quam mater superstes latura fuisset: illa enim hæreditatem paternam æqualiter cum fratre suo divisisset: jam si de semisse, quem mater habitura fuerat, tertiam partem detrahas, triens tantum nepotibus relinquitur; alter semis auctus accessione detracti sextantis bessem efficit. Similiter quando quæritur de hæreditate proavi materni jure filium & pronepotem natum ex nepte prognata ex filio aut filius favore juris veteris altero tanto amplius habebit, quam hi pronepotes, qui pro semisse, in quem avia eorum vocata fuisset, trientem tantum accipiunt, id est, tertia parte minus. Nihil autem in successione proavi materni interest, nati sint pronepotes ex nepte, an ex nepote ex filia: nam quod in stirpem attinet, aviam scilicet filiam proavi, omnes ex sexu muliebri veniunt. Illud quoque non refert, utrum pari gradu, an impari sint descendentes ex sexu virili cum posteris ex sexu sequiore, remotiores, an propiores. Nam etsi ex filio tantum nepos sit aut pronepos ex nepote ex filio nato, sive suus sive emancipatus, & ex adverso nepos ex filia: illi nihilominus propter suffragationem juris veteris bessem totius hæreditatis auferent, hic non amplius triente.

Pater eorum, vel avus paternus sive maternus, quando fœmina mortua] Hic apparet, plus sensisse Justinianum, quam hactenus scripsit. Nihil enim huc usque traditum est, quo id quod hic proponitur, referri posse videtur. Nam initio locutus est tantum de descendentibus ex masculis, quos solos dixit à veteribus ut liberos ad hæreditatem vocatos fuisse, insuper habitis iis, qui ex fœmineo sexu descenderent. Deinde ait, hos cum illis admissos fuisse à Divis Principibus, cum deminutione tamen tertiæ partis, propter suffragationem juris veteris, qua juvantur qui ex viris progeniti sunt. Quamobrem quod hic scribit, ænigma videri poterat, nisi ante monuissem, id quod de juris veteris prærogativa dixit, ex mente ejus referendum esse etiam ad eos, quibus suffragatur Senatusconsultum Orficianum; quod collatum cum constitutione dd. Principum, sane vetus etiam est. Hoc Senatusconsulto vocantur liberi ad hæreditatem matris, & vocantur pleno jure absque partis ullius detractione, exclusis in totum defunctæ agnatis. At vocantur liberi duntaxat primi gradus, filij sc. & filiæ: nepotes & deinceps ad successionem aviæ non vocantur, *tit. 4. inf. in pr. & §. 1.* sed hi demum cum istis admissi sunt eadem illa constitutione, cuius iam sæpè facta mentio: admissi vero cum deminutione item tertiæ partis, propterea quod filii & filiæ juris quoque veteris suffragio muniti erant, id est, Senatusconsulto Orficiano.

Pater eorum] Supple, vel mater. Casus enim est, in quo agitur de hæreditate fœminæ defunctæ dividenda inter liberos primi & secundi gradus. Pone igitur, hinc esse filium filiamve, illinc nepotem neptemve ex filio filiave demortuis, Senatusconsf. Orficianum hæreditatem ex asse attribuit soli filio, aut filiæ, nepoti neptive nihil. Ex nova vero constitutione etiam nepos & neptis ad aviæ successionem vocantur, & simul cum filio filiave; ita tamen, ut pati debeant tertiam sibi detrahi de parte, quam integram pater eorum vel mater superstites habituri fuissent in materna hæreditate ex Senatusconsulto.

Vel avus paternus sive maternus] Casus quo quæritur de successione fœminæ defunctæ inter liberos primi gradus & pronepotes pronepteſve, qui tertio gradu sunt: supplendum igitur, *vel avia paterna sive materna:* nam hæ quoque superstites matri successissent ex Senatusconsulto. Ponamus ergo, cum filio aut filia superstitibus concurrere pronepotes pronepteſve natos natasve ex nepote nepteve nato natave ex altero filio aut filia demortuis. Hi pronepotes pronepteſve in totum à successione proaviæ repelluntur Senatusconsulto. A Principibus autem una cum filio aut filia admittuntur: cæterum cum deminutione illa, quam diximus, partis aviæ: quod datum honori Senatus, ut sc. tertij *minus consequantur*, quam habituri fuissent avi aviæve, qui si viverent, ex æquo cum fratre aut sorore maternam hæreditatem partirentur. Sed quid dicendum in proposito, si hinc nepos tantum sit, aut neptis, illinc pronepos aut proneptis, nulli autem liberi primi gradus? Rectè nimirum censet Hotomannus, nihil amplius hic laturos nepotes, quam pronepotes: sed æqualiter omnes, illos ad aviæ, hos ad proaviæ hæreditatem ex principali dispositione admittendos esse: quia cum nepotes in successione aviæ non magis jus liberorum ante constitutionem habuerint, quam pronepotes in successione proaviæ, sive legem antiquam consideres, sive edictum prætoris, sive denique Senatusconsultum Orficianum, non possunt illi majorem sibi portionem vindicare, partemve aliquam detrahere pronepotibus ob juris ullius antiquioris suffragium, quo nomine tantum detractio illa à Principibus permissa est.

Licet soli sint, adeuntibus, agnatos minimè vocabant] Hoc non sic accipiendum est, quasi agnati hoc casu in totum fuerint exclusi, quod demum à Justiniano constitutum, ut ipse postea commemorat; sed non admissi soli & in solidum, ut jure antiquo. Liquet enim ex constitutione, ut ea integra

gra extat in Codice *Theod. l. 4. de legit hær.* agnatos non penitus excludi, neque priore illo casu, cum avo aut proavo mortuo soli reperiuntur ex liberis nepotes aut pronepotes ex sexu muliebri descendentes, neque hoc posteriore, cum mortua avia aut proavia soli reperiuntur liberi secundi aut inferioris gradus: sed agnatos cum his nepotibus & deinceps admitti in quadrantem hæreditatis. Hoc enim est; quod in d. constitutione legimus, agnatos in casibus propositis in quandam Falcidiam, nepotes in dodrantem succedere. Cæterum hæc pars d. constitutioni detracta est à Triboniano inserente eam Codici Iustinianeo; *l. 9. C. de suis & legit.* propter *l. ult. C. eod.* qua quarta illa adempta agnati in totum repelluntur, ut postea iterum dicetur.

Et quemadmodum lex duodecim tabularum, &c. ita principalis dispositio, &c.] Dicendum erat, quemadmodum lex 12. tabb. filio mortuo nepotes & pronepotes vocat ad hæreditatem avi aut proavi paterni, & vocat in locum patris sui aut avi paterni, ut una cum superstitibus defuncti filiis aut filiabus succedant: ita ex dispositione principali mortua filia nepotes & pronepotes ex ea vocari ad successionem avi vel proavi materni, & vocari in locum matris suæ aut aviæ maternæ, ut simul succedant cum defuncti liberis superstitibus, sive suis hæredibus, quos solos decemviri, sive emancipatis, quos præterea admittit prætor: & quemadmodum Senatusconsultum *Orfitianum filios tantum* & filias vocat ad successionem matris, ita dispositionem Principum vocare etiam nepotes & pronepotes ad successionem aviæ aut proaviæ sive paternæ sive maternæ, & simul etiam cum liberis primi gradus: sed & in hoc & in superiore concursu detractionem tertiæ partis, quam diximus, pati.

Cum adhuc dubitatio maneret inter adgnatos, &c.] Sequitur juris antiqui altera adrogatio, & augmentum juris, quod descendentibus ex sexu muliebri accessit constitutione Iustiniani *l. ult. C. de suis & legit. lib.* Ait, *cum adhuc dubitatio &c.* non quod jus dubium fuit; quippe cautum expresse *l. 4. C. Theod. d. legit. hær.* Sed hoc vult dicere, cum adhuc agnati ex ejusdem constitutionis auctoritate (sic legendum, non *cujusdam* quæ est *d. l. 4.* nepotibus ex fœminis solis existentibus (nam cum concurrebant cum liberis, qui etiam jure veteri vocabantur, agnatis nullum jus erat) quartam hæreditatis partem sibi vindicare poterant, se hoc jus in totum constitutione sua abrogasse, quæ est *d. l. ult. C. de suis & legit. lib.* atque ob eam causam noluisse constitutionem prædictam suo Codici inseri, id est, noluisse inseri integram: nam utique detracta illa clausula, qua agnati in quadrantem vocabantur, inserta est. Confer. *d. l. 4 C. Theod. de legit. hær.* cum *l. 9. C. Iustin. de suis & legit. lib.* Quartam igitur agnatorum tantum tantum sustulit, deductionem tertiæ reliquit.

Ne hic, qui ex transversa linea veniunt, patiantur] Rectius dixisset, ne qui ex transversa linea veniunt, una cum iis, qui recta ex nobis descendunt, ad successionem admittantur, vel in partem aliquam duntaxat. Quanquam in eo nihil absurdi est, si collateralium aliqui ob jus agnationis præferantur in successione iis descendentibus, qui non sunt de familia defuncti.

Non in capita, sed in stirpes] Postquam nepotibus ex filia & pronepotibus natis ex nepte neposteve ex filia hoc jus datum est, ut in locum veniant parentum, succedantque ad instar nepotum & pronepotum ex virili sexu; non sine ratione, ut eodem modo hæreditatem dividant, sive soli sint, sed plures ex diversa stirpe ad hæreditatem avi vel proavi materni vocentur, sive cum filiis aliisve descendentibus ex virili sexu concurrant, cum deminutione tertiæ partis.

Ut utraque progenies matris vel patris, &c.] Non tantum igitur cum de successione masculi agitur, avi aut proavi materni, nepotes & pronepotes etiam soli existentes agnatos excludent; quamvis hactenus nihil dictum: sed etiam cum fœmina mortua proponitur, avia vel proavia sive paternæ sive maternæ: & in hac item successione nepotes aut pronepotes eodem modo hæreditatem dividunt, salvo liberis primi gradus si cum his concurrant, jus deducendæ tertiæ partis.

Sine ulla deminutione] Hæc ita scripta sunt, ut non sine causa existimare quis possit, etiam liberis primi gradus & nepotibus ex sexu virili denegari tertiæ deductionem, quod etiam Cantiuncula & Mynsing. pro certo tradunt. Cæterum nihil minus cogitasse Iustinianum, patet tum ex sæpè memorata constitutione Principum, quam ita in Codicem suum retulit, ut nihil amplius ei detraxerit, quam particulam, qua in quadrantem vocantur agnati cum posteris ex sexu fœmineo, non concurrentibus cum illis liberis, qui etiam jure veteri veniunt, relicta illa parte; qua istis tertiæ deductio tribuitur, intacta: tum ex ipsius constitutione Iustiniani, ad quam hic se refert, scilicet *l. ult. C. de suis & legit. lib.* quæ quidem correctoria illius Principum, sed quartam duntaxat tollit agnatorum. Iure novissimo par liberorum omnium in successione ab intestato conditio est, *Nov. 118. cap. 1.* de quo accuratius *inf. post tit. §.*

TITULUS II.

De legitima adgnatorum succeſſione.

Continuatio, & argumentum tituli.

QUicunque de primo ordine ſuccedentium ab inteſtato, in quo ſunt deſcendentes ſive liberi, ex lege duodecim tabularum ſoli ſui hæredes, §. 1. *tit. pr.* ex jure prætorio etiam emancipati, §. 9. *eod.* ex conſtitutionibus nepotes quoque & pronepotes ex ſexu fœmineo, de quibus in §. *ult. eod.* Sequitur ordo ſecundus, qui agnatorum fuit: inſiſtit enim Imperator veſtigiis legis duodecim, qua nemo ex adſcendentibus ad hæreditatem vocatur: non pater ad hæreditatem filii; quia ſi filius in poteſtate fuerat, nec habere poterat hæredem, cum patri omnia acquireret, & bona caſtrenſia, quæ poſtea filio conceſſa, eo inteſtato mortuo occupabat pater jure peculii, *l.* 2. *de caſtr. pecul.* ſin emancipatus, pater huic, & ille patri ratione familiæ extraneus erat. Sed nec prætor patrem qua patrem vocabat ante ordinem cognatorum, *l.* 10. *de ſuis & legit.* Aio, qua patrem: nam jure patroni vocabatur etiam ad hæreditatem legitimam. *d. l.* 10. Non mater, quia & ipſa filio eadem ratione extranea; & ideo à prætore quoque inter cognatos demum admiſſa fuit. De Senatuſconſ. Tertylliano videbimus *tit. ſeq.* Hoc titulo primum deſcriptionem habemus agnatorum tum naturalium tum adoptivorum: mox docetur qui ex his & quomodo ſuccedant, & tum mares, tum fœminæ: hinc quo ordine vocentur; & poſtremo qua ratione parens vocetur ad legitimam hæreditatem filii emancipati.

TEXTUS.

Si nemo ſuus hæres, vel eorum, quos inter ſuos hæredes prætor vel conſtitutiones vocant, exiſtat, qui ſucceſſionem quoque modo amplectatur, tunc ex lege duodecim tabularum ad agnatum proximum pertinet hæreditas.

NOTÆ.

QUOS PRÆTOR VEL CONSTITUTIONES] Scil. liberos emancipatos, & nepotes ex ſexu fœmineo, quorum illos prætor, hos conſtitutiones vocant *§. 9. & ult. tit. præc.*

NOTÆ.

EXiſtat] Nec ſperetur fore, ut exiſtat. Nam quamdiu vel ſpes eſt futurum, ut ſuus hæres defuncto exiſtat, tandiu agnatis locus non eſt, puta ſi defuncti uxor prægnans ſit, quæ ſuum hæredem paritura ſperatur: aut defuncti filius apud hoſtes ſit, qui de captivitate reverti poteſt, *l. pen. §. 1. unde legit. fac. l. 2. in pr. de ſuis & legit. Ulp. tit. 26. §. 2.*

Tunc ex lege duodecim tab. ad agnatum proximum] Dictum hoc paulo craſſius. Nam lex 12. tabularum ex liberis eos ſolos ad hæreditatem vocat, qui ſunt verè ſui hæredes, hoc eſt, liberos defuncti legitimos, qui tempore mortis in poteſtate ejus erant, & proximum ab eo gradum in familia obtinebant; atque his non extantibus, ſtatim loco proximo agnatos: ſed poſtquam & alii tum à prætore tum conſtitutionibus admiſſi ſunt & præpoſiti agnatis, lex doudecim non niſi iſtis quoque deficientibus vim ſuam exercuit, agnatiſque detulit hæreditatem.

Adgnatum proximum] In primo ordine ſufficit, verbi cauſa, ſuum eſſe, nec gradus quæritur: in ſecundo agnatum eſſe non ſufficit: ſed proximitatis ſive graduum ratio habetur ex verbis legis duodecim, *§. 5. inf. hoc tit. l. 2. § 4. de ſuis & legit.* in duodecim *adgnatus* proximus facultatem habeto.

TEXTUS.

2. *Sunt autem adgnati (ut primo quoque libro tradidimus) cognati per virilis ſexus perſonas cognatione conjuncti, quaſi à patre connati. Itaque ex eodem patre nati fratres, adgnati ſibi ſunt: qui & conſanguinei vocantur: nec requiritur, an etiam eandem matrem habuerint. Item patruus fratris filio, & invicem is illi adgnatus eſt. Eodem numero ſunt fratres patrueles, id eſt, qui ex duobus fratribus procreati ſunt, qui etiam conſobrini vocantur. Qua ratione etiam ad plures gradus adgnationis pervenire poterimus. Ij etiam qui poſt mortem patris naſcuntur, jura conſanguinitatis nanciſcuntur. Non tamen omnibus ſimul adgnatis dat lex hæreditatem: ſed iis, qui nunc proximiore gradu ſunt, cum certum eſſe cœperit, aliquem inteſtatum deceſſiſſe.*

NOTÆ

NOTÆ.

1. LIBRO PRIMO] *sup. tit. de legit. agn. tut. in pr.*

PER VIRILIS SEXUS PERSON. CONJUNCTI] Supple, *nec capite minuti*, §. *ult. sup. d. tit.* & generali quidem nomine adgnatorum continentur etiam sui, *l. ult.* §. 3. *de grad. & affin. l.* 12. *de suis & legit.* In specie autem iis attribuitur, qui ex latere per virilem sexum conjuncti : & specialissimè iis, qui sequuntur consanguineos, id est, fratres ὁμογάστριος *l.* 1. *pr. de suis & leg.*

A PATRE CONSANGUINEI] *l.* 1. §. 9. *& seqq. l.* 2. *pr. de suis & legit.* Græci ὁμαίμους vocant. Hinc Virg. 6. Æneid. soporem appellat *lethi consanguineum*, quem Hom. ξ Iliad. κασίγνητον θανάτοιο.

QUI POST MORTEM PATRIS] *l. ult. unde legit. l.* 1. §. *pen. de suis & legit.*

CUM CERTUM, &c. ALIQUEM INTESTATUM] Igitur, qui proximus est tempore mortis, si nullum testamentum est factum : si factum, qui tunc, cum certum esse cœpit, neminem ex eo hæredem existere posse, §. 6. *inf. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Modestini locus in leg.* 5. *unde legit. expositus.*
2 *Quot modis nomen agnatorum usurpetur.*
3 *Qui nostris consanguinei : & unde sic appellentur.*
4 *Prærogativa consanguinitatis sublata.*

COgnati *per virilis sexus personas*] Eodem modo describit adgnatos *lib.* 1. *tit. de leg. agn. tut. & Ic. l. ultim.* 2. §. 2. *de grad. & affin.* nempe inter cognatos & agnatos hoc interest, quod inter genus & speciem, ut ait Paul, *d. l. ult.* §. 4. *de grad. & affin.* genus cognati, agnati species cognatorum. Cæterum nomen cognationis non tantum generale est, sed etiam speciale, & proprium eorum, qui vel per fœminei sexus personas conjunguntur, *d. l. ult.* §. 2. vel capitis deminutione jus adgnationis amiserunt : quippe ad quos speciali & proprio designandos discernendosque ab agnatis necesse fuit nomen generale atque utriusque commune coarctare & quasi proprium facere ejus speciei, quæ aliud nomen proprium non invenit : quod in aliis quoque nominibus sæpè usuvenit, ut notavimus *sup. de adopt.* §. 1. eaque significatio frequentissima & in
1 hoc argumento ferè perpetua est. Alio autem sensu dixit Modestinus, in agnatis & cognatos contineri, in cognatis non utique & adgnatos *l.* 5. *unde legit.* nimirum considerans, essentiam generis & speciei. Generis enim essentia tota inest in singulis speciebus : tota vero speciei essentia non est in genere : siquidem, ut Porphyrius *cap.* 4. *scribit*, Διαφορὰ ἐστιν, ἡ οὐσιωδῶς τὸ εἶδος τῷ γένει, & ibid Γένος δυνάμει μέν, πᾶσας ἔχει τὰς ὑφ' αὐτὸ διαφορὰς, ἐνεργείᾳ δ' οὐδεμίας. Adgnatorum
2 quoque nomen modo generalius, modo specialius usurpatur. Generali significatione continentur etiam sui, *d. l. ultim.* §. 3. *de grad. & affin.* unde filius dicitur patri esse adgnatus proximus, *leg.* 12. *de suis & legit.* Specialiter vero adgnati appellantur, qui ex latere sunt per virilem sexum conjuncti, ut in præsenti tit. Sed & ex his quidam nacti sunt nomen speciale, vocatique consanguinei, ut fratres & sorores eodem patre geniti : unde altera vocis restrictio, agnatique specialissimè appellati, qui fratres sequuntur, *l.* 2. *in pr.* & §. 1. *de suis & legit. l.* 4. *unde cogn. l.* 6. §. 1. *ad Tertyll.* quam distinctionem media peperit jurisprudentia.

Qui & consanguinei vocantur] Fratres ὁμοπάτριοι, id est, ex eodem patre nati, consanguinei nostris dicuntur, Gajus *lib.* 2. *tit.* 8. §. 3. *l.* 3. *C. de legis, tut. l.* 1. *l.* 6. *C. de legit. hared.* Hinc Virgilius 6. *Æneid.* soporem appellat *lethi consanguineum*, quem Homerus ξ *Iliad* Κασίγνητον θανάτοιο. Græci ὁμαίμους vocant, teste Theophilo. Dicuntur & σύναιμοι, Sophocles *in Aiac.* τὸν σύναιμον ξύναιμον ἀπωλόμην, *fratrem furiosi vocantes.* Ita consanguineum interpretaberis *l.* 1. §. *post suos* 9. *l.* 2. *in pr. de suis & legit. l.* 1. §. *pen. l.* 6. §. 1. *l.* 7. *ad Tertyll. leg.* 1. *C. ad Orfic. l.* 3. *C. de legit. hared.* Cassius consanguineos definit, qui sanguine inter se connexi sunt, *d. l.* 1. §. *pen. de suis & leg.* quæ definitio nimis lata videtur : nam & cæteri agnati atque adeo cognati omnes sanguine inter se conjuncti sunt. Quinetiam per jus sanguinis sola naturalis cognatio sæpè significatur : ut in *l.* 2. *un le cogn. l.* 12. *de manum. vind. l.* 23. *de adopt. l.* 8. *de reg. jur.* Necesse igitur est propria quadam ratione fratres eodem patre progenitos isto nomine, alioqui communi, appellatos esse : fortassis quia hi eundem sanguinis auctorem immediatè habent ; & quod sanguinis origo magis ex patre æstimanda sit, quam ex matre : quippe cum etiam Peripatetici, si Galeno & recentioribus quibusdam credimus, totum hoc ex patre æstimaverint. Jura igitur consanguinitatis a patre, ut ait Jurisconsultus *l.* 4. *unde cogn.* oriuntur : quia de causa etiam non refert, eodem patre nati communem matrem habeant, an diversas, *l.* 1. *C. de legit. hær.* Hodie vero fratres jure solius consanguinitatis prærogativam non habent : sed qui ex utroque parente conjuncti sunt, præferuntur iis, qui conjuncti sunt ex uno duntaxat : nec qui ex eodem solum patre conjunguntur plus juris habent, quam qui eadem tantum matre nati.

Nov. 118. cap 3. auth. itaque C. comm. de succeſſ. ubi conſanguinei appellantur in ſpecie, qui tantum eundem patrem habent: opponuntur enim tam fratribus germanis, quam uterinis. Canoniſtæ verbo conſanguinitatis uſi ſunt ad ſignificandam omnis generis cognationem, v. *de conſang. & affin.*

Fratres patrueles, qui etiam conſobrini] Agnatorum numero ſunt & duorum fratrum filij, qui fratres patrueles appellantur, & ἀνεψιοὶ conſobrini: propriè enim, ut quidam putant, conſobrini ſunt duarum ſororum liberi, ita dicti quaſi conſororini, *vid. inf. tit. 6. §. 4.* ubi hoc fuſius explicabitur. Sed & deinceps cæteri virili ſexu ab eodem orti in infinitum invicem agnati ſunt, *l. 3 §. 1. de ſuis & legit.* Quemadmodum autem gradus numerentur, docebit nos idem *tit. 6. inf.*

Qui poſt mortem patris] Etiam qui poſt mortem patris naſcuntur, jura conſanguinitatis & agnationis habent, *l. ult. unde legit. l. 1. §. pen. de ſuis & legit.* Cæterum quod ad jus ſuccedendi attinet, neceſſe eſt, ut moriente eo, de cujus ſucceſſione quæritur, in rerum natura fuerint, aut ſaltem vivo eo concepti, *l. 6. cum 2. ſeqq. de ſuis & legit. vid. ſup. tit. 1. §. 8.*

Qui proximiore gradu ſunt, &c.] Legitimas hæreditas tantum proximo defertur, *l. 2. §. 4. de ſuis & legit.* & diſerta ſunt verba ipſa legis 12. tabb. *Agnatus proximus familiam habeto.* Æſtimatur autem proximus ex tempore delatæ hæreditatis: quapropter ſi nullum factum eſt teſtamentum, proximus intelligitur, qui tunc fuit, cum paterfam. moreretur: ſi factum eſt teſtamentum, qui tunc, cum certum eſſe cœpit, ex eo teſtamento hæredem exiſtere non poſſe. Sed hæc iterum & fuſius §. 5. & *ſeq.*

TEXTUS.

2. *Per adoptionem quoque adgnationis jus conſiſtit. Veluti inter filios naturales & eos quos pater eorum adoptavit. Nec dubium eſt, quin ij impropriè conſanguinei appellentur. Item ſi quis ex cæteris adgnatis tuis, veluti frater aut patruus, aut denique is, qui longiore gradu eſt, adoptaverit aliquem, adgnatus inter tuos eſſe non dubitatur.*

NOTÆ.

2. ADGNATUS INTER TUOS HÆREDES] Leg. *adgnatos inter tuos*, & delenda vox *hæredes*. Hotom. Pac.

NOTÆ.

ADnatorum nomen civile eſt, *l. ult. §. 4 d. grad. & affin.* uti & ſuorum hæredum. Proinde quemadmodum nihil intereſt, quoad jus ſuitatis, utrum naturales ſint liberi, an adoptivi *§. 2. prac. tit.* ita quoque quod ad jus adgnationis attinet, nihil refert, utrum nativitate conjuncti ſint, an adoptione. Nam & qui adoptatur, iiſdem fit agnatus, quibus pater ipſius agnatus fuit, legitimamque eorum hæreditatem conſequitur, vel ipſi illius, *l. 2. §. 2. de ſuis & legit. l. 23. de adopt. Vlp. in collat. Ruſin. tit. 16. Conſanguineos & adoptio facit & adrogatio.*

Impropriè conſanguinei] Rectè: nam ex definitione Caſſij conſanguinei propriè ſunt, qui ſanguine inter ſe ſunt connexi, *l. 1. §. pen. de ſuis & legit.* hoc eſt, ut nos interpretati ſumus, qui eundem patrem ſanguinis auctorem habent: adoptati vero etſi communem cum liberis naturalibus patrem habeant: ſanguinis tamen paterni nexu cum iſtis copulati non ſunt. Malè autem ad hoc probandum adducitur ab Hotomanno & Pacio *d. l. 23. de adopt.* quo in loco manifeſtum eſt jus ſanguinis accipi non pro conſanguinitate, ſed pro mera cognatione naturali. Cæterum etſi adoptati propriè conſanguinei non ſunt, jus tamen conſanguinitatis, & propter hoc legitimæ ſucceſſionis, cum aliis, qui ſunt in familia, habent; *l. 1. § ult. de ſuis & leg. l. 44. de adopt.* atque hujus effectus intuitu etiam fratres adoptivi conſanguinei vocantur, *l. 2. §. ſed & ſi 19. l. 7. ad Tertyll.* Poſt conſtitutionem Juſtiniani *l. pen. C. de adopt.* ſoli ex adoptivis jus conſanguinitatis & agnationis in familia adoptiva nanciſcuntur, qui adoptati ſunt à perſona non extranea.

Agnatus inter tuos eſſe non dubitatur] Hotomannus *agnatos* legit in caſu accuſandi; quod parum refert. In vulgatis codicibus eſt *inter ſuos hæredes*: ſed illa lectio manifeſtè vitioſa eſt, & vox *hæredes* omnino delenda: quam etiam ab antiquis omnibus codicibus abeſſe reſtatur Hotomannus. Cum eodem pro *ſuos* repoſui *tuos*: quia contextus id flagitat.

TEXTUS.

3. *Cæterum inter maſculos quidem agnationis jure hæreditas, etiamſi longiſſimo gradu ſint, ultro citroque capitur. Quod ad fœminas vero attinet, ita placebat, ut ipſæ conſanguinitatis jure tantum capiant hæreditatem, ſi ſorores ſint; ulterius non capiant. Maſculi autem ad earum hæreditates*

(etiamſi

(etiamsi longissimo gradu sint) admittantur. Qua de causa fratris tui, aut patrui tui filiæ, vel amitæ tuæ hæreditas ad te pertinebat: tua vero ad illas non pertinebat. Quod ideo ita constitutum erat, quia commodius videbatur, ita jura constitui, ut plerumque hæreditates ad masculos confluerent. Sed quia sane iniquum erat, in universum eas quasi extraneas repelli, prætor eas ad bonorum possessionem admitti ea parte, qua proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur: ex qua parte ita scilicet admittuntur, si neque adgnatus ullus, neque proximior cognatus interveniat. Et hæc quidem lex duodecim tabularum nullo modo introduxit: sed simplicitatem legibus amicam amplexa, simili modo omnes adgnatos, sive masculos sive fœminas, cujuscumque gradus, ad similitudinem suorum invicem ad successionem vocabat. Media autem jurisprudentia, qua erat quidem lege duodecim tabularum junior. Imperiali autem dispositione anterior, subtilitate quadam excogitata præfatam differentiam inducebat, & penitus eas à successione adgnatorum repellebat, omni alia successione incognita, donec prætores paulatim asperitatem juris civilis corrigentes, sive quod deerat, implentes, humano proposito alium ordinem suis edictis addiderunt; & cognationis linea proximitatis nomine introducta, per bonorum possessionem eas adjuvabant, & pollicebantur his bonorum possessionem, qua Unde cognati appellatur. Nos vero legem duodecim tabularum sequentes, & ejus vestigia hac in parte conservantes, laudamus quidem prætores suæ humanitatis, non tamen eos in plenum huic causæ mederi invenimus. Quare etenim uno eodemque gradu naturali concurrente, & agnationis titulis tam in masculis, quam in fœminis æqua lance constitutis, masculis quidem dabatur ad successionem venire omnium adgnatorum: ex adgnatis autem mulieribus nulli penitus, nisi soli sorori, ad adnatorum successionem patebat aditus? Ideo nos in plenum omnia reducentes, & ad jus duodecim tabularum eandem dispositionem exæquantes, nostra constitutione sancimus, omnes legitimas personas, id est, per virilem sexum descendentes (sive masculini generis sive fœminini sint) simili modo ad jura successionis legitimæ ab intestato vocari, secundum sui gradus prærogativam: nec ideo excludendas, quia consanguinitatis jura, sicut germanæ, non habent.

NOTÆ.

3. UT IPSÆ CONSANGUINITATIS JURE] Ulp. *tit.* 26. Paul. 4. *sent.* 8. & ideo adgnati definiuntur virilis sexus personæ, *l.* 2. §. 1. *de suis & legit.*

QUIA COMMODIUS VIDEBATUR] Propterea quod familiæ, quæ in fœminis intereunt, per mares conservantur & propagantur.

QUA PROXIMITATIS NOMINE] Quo verbo propriè designantur cognati, ut qui non alio jure, quam proximitatis veniunt, *l.* 3. & 4. *unde cogn.*

SIMPLICITATEM LEGIBUS AMICAM] *Sup.* §. 7. *de fideic. her.* dixit sibi in legibus magis simplicitatem, quam difficultatem placere.

MEDIA JURISPRUDENTIA] Th. οἱ μέσοι τῶν νομοδιδασκάλων σοφοί. Quibus verbis prudentum interpretationem significat. Cujacius, Hotom. Pac. intelligi putant legem Voconiam. Sed rectius Th. quod ostendo in *Comment.*

SIVE QUOD DEERAT IMPLENTES] Th. διορθοῦντες, ἢ τὸ ἐλλεῖπον ἀναπληροῦντες, *aut potius quod deerat, implentes.* Quod prætori familiare, *l.* 7. *de just. & jure.*

QUARE ENIM, &c.] Tota vetus jurisprudentia responderet, optimos quosque legislatores id operam dedisse, ut ad meliorem sexum, id est, ad masculos ferè hæreditates confluerent, ut solos generis ac nominis conservatores propagatoresque.

COMMENTARIUS.

1 *Quando consanguinitas ab agnatione distingui & quam ob causam cœpta.*

2 *Fœmina agnata non consanguinea pro ordine vocentur à prætore.*

3 *Quid per mediam jurisprudentiam intelligat Iustinianus, Vbi quædam non vulgaria.*

4 *Veteris Iurisprudentia contra accusationem Iustiniani defensio.*

LOcus verbosus. Narratur mutatio juris facta circa legitimam successionem fœminarum

agnatarum, & revocatur jus vetustius. Lege duodecim tabb. fœminæ agnatæ juxta ac masculi, cujuscumque gradus essent, ad legitimam agnatorum hæreditatem vocabantur: quod jus, cum mediæ ætatis consultorum interpretatione id coangustatum esset, restrictumque ad consanguineas, id est, sorores ὁμογενεῖς, exclusis remotioribus, quæ tantum à prætore postea admissæ sunt nomine proximitatis in ordine cognatorum, Justinianus hic restituit. Hæc summa est.

Etiamsi longissimo gradu] Id est, ut plerique interpretati sunt, etiamsi decimo sint gradu, quo terminari putant legitimam agnatorum successionem rectene, an secus, videbimus infrà §. *ult. de succeff. cognat.*

1 *Vt ipsa consanguinitatis jure*] Hoc est, fraternitatis. Nam ex quo hoc jus introductum est, consanguinitas cœpta est distingui ab agnatione, & consanguinei ab agnatis ulterioribus: & quia post consanguineas muliebris sexus personæ, licet agnatæ essent, non admittebantur, agnatos definierunt esse virilis sexus personas, *l.2. § 1. de suis & legit.* duoque quasi ordines ex uno facti: *l.1. §.9. d.l.2. in pr.d. tit.l.4. unde cogn.* cum antea lex 12. tabb. omnes per virilem sexum cognatos uno agnatorum nomine appellasset, & proximis ex his sine ulla sexus aut consanguinitatis discretione detulisset hæreditatem.

Quia commodius videbatur] Prudentibus visum fuit, utilius esse ac rationi magis consentaneum, ut hæreditates ad masculos potius, quam ad fœminas pervenirent: non tantum quia masculi reipub. magis prosunt, dum aut bella gerunt, aut sacra faciunt, aut muneribus publicis funguntur, quam rationem hic affert Theophilus; aut ne mulieres ditescerent, ac propter hoc elatæ æquarent se viris: verum etiam & potissimum, quia familiæ, quæ in fœminis intereunt, per mares conservantur & propagantur. Ac talis etiam scopus decemviris propositus fuit, dum solis agnatis hæreditatem detulerunt, exclusis cognatis omnibus non ejusdem familiæ.

Proximitatis nomine] Quia cognati non alio jure, quam proximitatis veniunt, & hoc ex edicto prætoris, verbum proximitatis factum est proprium juris prætorii, eoque cognati propriè designantur, non agnati, *l.3. l.4. unde cognati.* In suis hæredibus nulla omnino servatur gradus prærogativa. In ordine vero agnatorum etsi proximitas etiam spectatur, dum agnati inter se conferuntur, ea tamen non spectatur, quando conferuntur cum cognatis: quippe quibus omnibus solo jure agnationis præferuntur, etiamsi ipsi longe sint remotiores.

2 *Si neque adgnatus ullus, neque proximior cognatus*] Fœminas adgnatas secundo gradu remotiores, quæ jure civili in totum à successione ab intestato repellebantur, postquam iis jus agnationis in ea causa ademptum erat disputatione fori, prætor, ne in universum exclusæ manerent, in linea, quam tertiam ipse fecit, admisit, id est, nomine proximitatis vocavit ad bonorum possessionem unde cognati. Et vero nulla causa fuit, cur has minus in eo ordine admitteret, quam qui tantum cognati sunt. Ait, *neque adgnatus ullus.* Non ait *proximior*, ut mox, cum de cognato loquitur: quia universus agnatorum ordo cognatis simpliciter præponebatur, sine consideratione gradus. Ait, *neque proximior cognatus.* Nam in successione cognatorum, uti quisque proximior est, ita alterum excludit: nec prætor quicquam in deferenda hac bonorum possessione considerat præter solam proximitatem.

Media Jurisprudentia] Cujacius & Hotomannus, quos Pacius & Tusingius sequuntur, existimant, Imperatorem ita loqui, cum intelligat νομοθεσίαν seu leges quæ latæ sunt post duodecim tabulas, & videlicet legem Voconiam. Sed à vero longè abest hæc eorum opinio. Nam lex Voconia jam priscis temporibus in desuetudinem abierat, ut apertè testatur *Gell. lib.20. c.1.* Jus autem, quod hic media Jurisprudentia introduxisse dicitur, ætate Pauli & Ulpiani adhuc erat in viridi observantia. *Paul.4. sent.8. Vlp. tit. de legit. har. §. fœminas.* Ac diu etiam post obtinuit, adeoque duravit usque ad tempora Justiniani, qui demum post consulatum Lampadij & Orestis id sustulit, *l.pen. C. de legit.har.* Præterea, ut alibi ostendimus ex Cic. Ascon. Dion. Augustino: lex Voconia sanxerat, ne quis virginem neve mulierem hæredem faceret, ac nec unicam filiam. Quod si ita est, nullo modo referri ad legem Voconiam potest, quod hic adscribitur mediæ Jurisprudentiæ. Nam si Voconius ne filias quidem ad hæreditatem patris admisit, procul dubio magis removit sorores à successione fratrum: & si nec ex testamento fœminas hæredes esse voluit, multo minus ab intestato; quippe plus semper tributum voluntati testatoris, facit §.12. *sup. tit.1. l.pen. §.1. C. de adopt.* Fefellit haud dubie Cujacium idem, quod Hotomannum, nimirum locus Pauli 4. *sent.8.* ubi sic scribit: *Fœminæ ad hæreditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur, idque jure civili vel Voconia rogatione videtur effectum. Cæterum lex duodecim tabularum nulla discretione sexus adgnatos admittit.* Etenim ex hoc loco non magis colligere possis, rogatione Voconia effectum, ne fœminæ ultra consanguineas ad legitimam successionem admitterentur, quam jure civili, hoc est, disputatione Jurisconsultorum; quæ juris pars, uti constat, communi nomine appellatur jus civile, *leg.2. §.5. de orig. jur.*

3

Disjun

Disiuncta enim cum sit Pauli oratio, non minus hoc, quam illo posito, veritas erit constabit. Ac proin si verbis Justiniani servientes mediam iurisprudentiam cum Theophilo interpretemur, ἐς μὲν ἡ δυοδεκάδελτος σοφία, non magis nobis Paulus adversabitur, quam alios iuvabit; qui Voconium plebiscitum intelligunt: videturque tantum Iurisconsultus usus esse hac disiunctione, ut sibi caveret, cum id quod de legitima consanguinearum successione, & reliquarum agnatarum exclusione scribebat, alterutro quidem iure effectum sciret; utro autem effectum esset, in praesentia non occurreret, nec vacaret inquirere. Nos vero sine cunctatione iuri civili adscribemus, quod tribunitiae rogationi nullo modo tribui posse clare ostendimus; idque ex ipsius etiam sententia Pauli. Quippe cum in omnibus desiunctionibus à differente significetur, unum saltem verum esse. Et omnino sic sentio, iam diu antequam Voconius legem rogaret, quod factum esse inter secundum & tertium bellum Punicum, testatur Augustinus 3. *de civ. Dei* c. 21. prudentum auctoritate atque interpretatione legitimas foeminarum successiones coërcitas fuisse intra gradum consanguinearum. Postea autem lege Voconia foeminas omnes penitus remotas fuisse & ab omni successione. Caeterum cum haec lex, ut nimis rigida paulatim iterum in desuetudinem abiisset, revocatum denuo fuisse ius pristinum, non quod duodecim tabulae, sed quod prudentum introduxerat interpretatio. Quae interpretatio mediae nomine iurisprudentiae hic significatur.

Imperiali dispositioni anteriori] D. Vvesembecius putat, mediam iurisprudentiam viguisse usque ad occupatam à Caesaribus rempub. Sed malo cum Bachovio eam porrigere usque ad tempora translati in Orientem imperij: tunc enim primum pleraque mutata sunt una cum forma reipub. & vetera instituta exolescere coeperunt. Priores vero Principes majorum institutis constanter inhaeserunt, nec nisi parcissimè legibus stante adhuc repub. latis, aut veterum consuetudini, derogarunt. Quin etiam major dignitas iuri civili, hoc est, disputationi fori, accessit, ex quo Augustus constituit, ut consulti ex Principis auctoritate de iure responsitarent, legesque interpretarentur, *l. 2. circa fin. de orig. jur.* Quamobrem quod Iustinianus hic ait de imperiali dispositione, id ad Imperatores refero Constantinopolitanos.

Laudamus praetores sua humanitatis] ἐπαινετικῶς. more Graecorum; intelligitur enim *ergo* vel *causa*. Theophilus in paraphrasi reddidit, ἐπαινῶ μὲν τὴν φιλανθρωπίαν τῶν πραιτώρων. Laudat quidè praetores propter humanitatem. Graecis haec locutio familiaris est. Luc. 16. 8. ἐπῄνεσεν ὁ κύριος τὸν οἰκονόμον τὴν ἀδικίαν. Eadem reticentia est apud nostros, cum aiunt, *noxae dedere, satis legatorum desiderare, l. 3. §. 2. ut in poss. leg. satis dotis fieri, 22. §. in eo 5. sol. matrim.* Id est, nomine noxae, nomine legatorum, dotis. Cic. 5. *in Verr. aliquid lucri vel accessionis dare*, i.e. nomine, vice accessionis. Celsi *lib. 1. laudatur Hippocrates artis & facundiae.*

Quare etenim, &c.] Tota vetus iurisprudentia responderet, aequissimum esse, ut plus maribus tribuatur, quam foeminis, propter onera, quae domi militiaeque soli mares sustinent, dum operantur, bella gerunt, munia omnia reipub. obeunt. In bene constitutis civitatibus praecipuam semper familiarum & gentium rationem habitam fuisse, quarum dignitas cum sine opibus & pecunia retineri non possit, optimos quosque legislatores id operam dedisse, ut ad masculos fere hereditates confluerent, ut solos generis ac nominis conservatores propagatoresque. Sext. Caecilius Iurisconsultus etiam legem Voconiam revocandam censeret. Diceret, nihil sibi ea lege videri vtilius: quippe qua impotenti sexui praecluса sit via omnis perveniendi ad divitias; ne ditatus insolenter sese efferat & insultet ipsis viris. Ideoque merito Marcum Catonem, illum familiae Porciae principem & cognomento Sapientem, se illius legis iactare suasorem, &c. Sed noster legislator more suo pro muliebri sexu, cui impense semper favet, declamitat, *l. pen. C. de legit. har. l. 4. C. de lib. prat.*

Nostra constitutione] Extat in *d. l. pen. C. de legit. har.* ubi similiter, ut hoc loco, legem duodecim tabularum prolixe commendat, vtut quae bene humano generi prospexerit. Caeterum ubi visum est, eam iterum incusat, veluti in *pr. seq. tit.* ubi eam hoc nomine reprehendit, quod nimis angustis terminis iura successionis concluserit. Tandem longissime ab ea recessit, sublata omni agnatorum praerogativa.

Secundum sui gradus praerogativam] Ita ut ex constitutione Iustiniani foeminae omnes agnatae gradu proximiores agnatis masculis remotioribus praeferantur. In quo plenius ipsis consuluit, quam praetor, qui agnatas remotiores consanguineis ne in ordine quidem agnatorum admisit, sed demum post omnes agnatos vocavit, ordine tertio inter cognatos & post cognatos proximiores. Vt autem hic utrumque sexum in suo ordine exaequavit Iustinianus, ita *d. Nou. 118.* iura agnationis & cognationis.

TEXTUS.

4. *Hoc etiam addendum nostrae constitutioni existimavimus, ut transferatur unus*

sanctum

tantummodo gradus à jure cognationis in legitimam successionem, ut non solum fratris filius & filia (secundum quod iam definivimus) ad successionem patrui sui vocentur: sed etiam germanæ consanguineæ, vel sororis uterinæ filius & filia soli, & non deinceps persona, una cum his ad iura avunculi sui perveniant: & mortuo eo, qui patruus quidem est sui fratris filiis, avunculus autem sororis suæ soboli, simili modo ab utroque latere succedant, tanquam si omnes ex masculis descendentes legitimo iure veniant, scilicet ubi frater & soror superstites non sunt. His etenim personis præcedentibus & successionem admittentibus cæteri gradus remanent penitus semoti, videlicet hæreditate non in stirpes, sed in capita dividenda.

NOTÆ.

4. GERMANÆ CONSANGUINEÆ] Germanum hic, & in calce præc. §. appellat etiam eam, quæ ex eodem tantum patre nata est. Theoph. ἀδελφῆς ὁμοπατρείου.

VEL UTERINÆ FILIUS] Ipsi fratres & sorores uterini iam ante editam *d. l. pen.* translati fuere in ordinem legitimorum, *l. ult. C. ad SC. Tertyll.* quod reperitum postea *l. ult. §. 2. Cod. de leg. hared.*

AVUNCULUS SORORIS SUÆ SOBOLI] *Nov.* 118. fratrum & sororum filij patruis & avunculis defuncti præferuntur.

SUPERSTITES NON SUNT] *d. Nov.* 118. *c.* 3. una cum fratribus & sororibus defuncti admittuntur & germanorum fratrum sororumque filij jure repræsentationis: & ut illi, sic etiam hi fratribus ex uno tantum latere defuncto conjunctis præferuntur.

SED IN CAPITA] Ut puta duos fratres habui, quorum unus unum filium reliquit, alter duos; hæreditas mea in tres partes dividetur, quarum singuli singulas ferent, *l.* 2. §. 2. *de suis & leg.* Vlp. *tit* 26. §. 3. Nec id abolitum *d. Nov.* 118. *c.* 3. §. 1. Vtique in Oriente observatum constat. Harm. *lib.* 5. *tit.* 8. §. 21.

COMMENTARIVS.

1 *Fratres germani.*

2 *Fratres uterini, eorumque & ex iis natorum in ordinem legitimorum translatio, novissimique iuris crebra inculcatio.*

IN calce superioris tit. descendentes ex fœminis transtulit in ordinem suorum: proxime præcedenti §. fœminis agnatis ultra secundum gradum iura successionis legitimæ restituit. Hic etiam cognatos aliquos ex tertio ordine accersitos transponit in ordinem agnatorum, sororum scilicet filios & filias, itemque avunculos defuncti, quos pariter cum agnatis ejusdem gradus vult succedere. Non quiescet, donec discrimen omne sexus, agnationis, cognationisque confuderit.

Addendum nostræ constitutioni] Duo sunt constitutionis supradictæ, & scilicet *l. pen. C. de leg. hær.* capita, quorum in priore fœminis agnatis, quotcunque gradu sint, ius legitimæ successionis datur, in altero sororum filiis & avunculis defuncti.

Vnus tantummodo gradus] Tertius scil. In ulterioribus enim cognationis gradibus adhuc retinet ordinem antiquum, ut post agnatos demum cognati tertio gradu remotiores veniant. Cæterum *Nov.* 118. cognatis omnibus æqualia iura cum agnatis concessit.

Germanæ consanguineæ, vel sororis uterinæ filius] 1 Ἀδελφῆς ὁμοπατρείου ἤγουν ὁμομητρείου ὁιὸς, sororis consãguineæ vel uterinę filius. Theoph. sic in extremo §. præcedentis germanam appellat etiam quæ ex eodem tantum patre nata est. Vulgo tamen creditur, fratres germanos proprie dici, qui eundem utrumque parentem habent. Terent. *in And. Si te in germani fratris dilexi loco.* Idem *in Adelph. O mi Æschine ô mi germane.* Magis id probat locus, Ciceronis 1. *de divinat. Clodius cum sorore germana nefarium stuprum fecit.* Vbi *germana* expressum videtur ad augendam gravitatem delicti cum grandius nefas admittat, qui sororis ex utroque parente coniunctæ stuprum infert, quam qui consanguineæ tantum, aut uterinæ. Nomen à germine deductum Festus scribit; *Germen*, inquit, *est, quod ex arborum surculis nascitur, unde & germani, quasi eadem stirpe geniti.* Græcis dicuntur ἀπάδελφοι ἀυξαύγενοι. Podarces ἀυξιμασγενης Proteſilai. *Iliad.* 13.

Vel sororis uterinæ] Fratres & sorores uterini qui dicantur satis notum est, nimirum qui geniti diverso patre prodierunt ex eodem utero, sive qui eandem habuerunt matrem duntaxat, ὁμομήτριοι seu ὁμομήτριοι. Sic autem hic loquitur Imperator quasi ipsa soror uterina sit in numero legitimorum. Estne igitur? Iure antiquo sane non fuit, cum non sit agnata: & constat, eo jure filium fratris præmortui sororem defuncti uterinam excluſisse, agnatosque adeo omnes, quantumvis gradu

du

du remotissimos, ordine tamen potiores fuisse solis cognatis. Sed sciendum est, ab ipso Iustiniano jam ante editam *l. pen. C. de leg. hær.* fratres & sorores uterinos translatos fuisse in ordinem legitimorum, *l. ult. C. ad sen. Tertyll.* quod repetitum postea *l. ult. § 2. C. de leg. hær.*

Soli, & non deinceps] Solos nunc filios & filias sororis, qui in tertio cognationis gradu sunt, cum agnatis ejusdem gradus ad legitimam successionem vocat, non ulteriores cognatos. *Nov.* 118. omnes pari jure, ut jam dictum est.

Avunculus autem sororis suæ soboli] Finge igitur, esse defuncto, de cujus hæreditate agitur, filiū fratris: esse & filium sororis, præterea patruum & avunculum: hic cognati filius sc. sororis & avunculus defuncti, una cum agnatis, fratris filio & defuncti patruo, ad hæreditatem jure legitimo venient. In *d. Nov.* 118. fratrum & sororum filii patruis & avunculis defuncti etiam præferuntur.

Frater & soror superstites non sunt] Hoc quoque mutarum jure novissimo, unaque cum fratribus & sororibus defuncti admissi germanorum fratrum & sororum filii & filiæ jure repræsentationis, ut in stirpes veniant; *d. Nov.* 118. *c.* 3. *Nov.* 127. *c.* 1. Eodem jure non solum fratres germani, sed etiam eorum demortuorum filii, præferuntur fratribus defuncto conjunctis ex uno latere tantum.

Successionem admittentibus] Repudiantibus enim vel deficientibus primis succedunt & admittuntur proximi graduum sequentium De quo sub *§. pen. inf. eod.*

Non in stirpes sed in capita] Ut hæreditas in tot partes distribuatur, quot sunt hæredes: ut puta; duos fratres habui, quorum unus unum filium, alter duos reliquit: hæreditas mea in tres partes dividetur, quarum singuli singulas ferent, *l. 1. §. 2. de suis & legit. Ulp. tit. 26. §. 3.* Ratio cur in capita fiat divisio, hæc est, quod omnes, ut pari gradu sunt, ita suo quoque jure atque ex sua persona veniant, non jure repræsentationis aut successionis in locum parentum: cum alioqui simul cum suis patruis & avunculis admitti deberent, ut nepotes admittuntur ad hæreditatem avi una cum filiis, & quemadmodum eos jure Novellarum admitti, & tunc in stirpes succedere jam diximus. An autem eodem jure fratrum filij, etiam cum soli sunt, in stirpes succedere debeant, quod Joannes voluit, an vero in capita, ut olim, quod Azoni placuit, videbimus *inf. sub tit. 5.*

TEXTUS.

5. *Si plures sint gradus adgnatorum, aperte lex duodecim tabularum proximum vocat. Itaque si (verbi gratia) sint defuncti frater, & alterius fratris filius, aut patruus, frater potior habetur. Et quamvis singulari numero usu lex duodecim tabularum proximum vocet: tamen dubium non est, quin si plures sint ejusdem gradus, omnes admittantur. Nam & proprie proximus ex pluribus gradibus intelligitur: & tamen non dubium est, quin, licet unus sit gradus agnatarum, pertineat ad eos hæreditas.*

NOTÆ.

5. FRATER POTIOR] Et soror quoque consanguinea, *l. 3. C. de leg. hær.* Sed ex *Nov.* 118. Fratrum filij beneficium repræsentationis habent, ut dictum *§. præc.*

SI PLURES, &c. OMNES ADMITTUNTUR] *l. 2. §. 2. de suis & legit.* sicut & ad legitimam tutelam, *§. ult. sup. de cap. dem.*

LICET UNUS SIT GRADUS] Quia & is proximus est, quem nemo antecedit, *d. l. 2. §. 4. l. 92. de verb. sig. l. 1. §. 5. unde cogn.*

COMMENTARIVS.

Ex duodecim tabb. proximum vocat] Hisce verbis; *Agnatus proximus familiam habeto*, *l. pronuntiatio* 195. *§. 1. de verb. sig. Ulp. tit. 26.* Voluit ergo lex, in ordine agnatorum servari gradus prærogativam, & solos proximos hæreditatem capere: eaque causa est, cur inter agnatos semper in capita, non in stirpes, hæreditas dividatur, *l. 2. §. 2. de suis & legit.*

Frater potior habetur] Nimirum quia frater secundo gradu est, fratris filius tertio: solum autem proximum lex vocat. Eadem ratione soror quoque defuncti consanguinea vincit, atque excludit alterius fratris defuncti filios, *l. 3. C. de leg. hær.* Cæterum, ut etiam dictum est. *§ præced.* Justinianus *Nov.* 118. concessit fratrum filiis beneficium repræsentationis.

Si plures sive ejusdem gradus, omnes admittantur] Lex duodecim numero singulari proximum vocat, non quod, si plures sint pari gradu, neminem admitti voluit, quod esset ridiculum, sed quia divinare non potuit, quot quisque agnatos relicturus esset. Quod si ergo plures sint ejusdem gradus, ex mente legis omnes æqualiter admittuntur, *l. 2. §. 2. de suis & legit.* Simili modo cum lex agnato proximo tutelam defert, si plures sint eodem gradu agnati, pariter omnibus deferre intelligitur, *l. 8 §. 2. de suis & legit. tut. §. ult. sup. de cap. dem.*

proprie proximus ex pluribus gradibus] Proximus enim dicitur relative ad differentiam remotiorum, cumque significat proprie, qui inter plures diversorum graduum proximior est, *l.1. §.5. unde cogn.* Sed docet hic Imperator, verbum hoc captandum non esse : atque ex sententia legis, etiamsi unus tantum gradus agnatorum sit, ad eos hæreditatem pertinere : quemadmodum & Ulp. *d.l.2. § 4. de suis & legit.* qui sic eo loco scribit; *Legitima hæreditas tantum proximo defertur. Nec interest, unus solus sit, an ex duobus prior, pluresve, an duo pluresve ab eodem gradu venientes, qui vel cæteros antecedant, vel soli sint : quia & is proximus est, quem nemo antecedit : & is ultimus, quem nemo sequitur ; & interdum idem primus postremusque, qui solus occurrit*, add. *l.1. §.1. unde cogn. l. proximus 92. l. proximi 155. l. in vulgari 162. de verb. sign.*

TEXTUS.

6. *Proximus autem siquidem nullo testamento facto quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo mortuus est is, cujus de hæreditate quæritur. Quod si facto testamento quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo certum esse cœperit, nullum ex testamento hæredem extiturum. Tunc enim proprie quisque intestatus decessisse intelligitur. Quod quidem aliquando longo tempore declaratur. In quo spatio temporis sæpe accidit ut proximiore mortuo, proximus esse incipiat qui moriente testatore non erat proximus*

NOTÆ.

6. QUO MORTUUS EST] Quia hoc casu tempus delatæ hæreditatis cum tempore mortis concurrit, *d.l.2. §.5. de suis & leg. l.1. §.6. unde cogn.* Cajus *apud Rufin. tit.16.*

CERTUM ESSE, NULLUM EX TESTAMENTO] *d.l.2. §.6. de suis & leg. d.l.1. §.6. & 7. unde cogn.* Cajus *apud Ruf. d.loc.* Add. quæ *sup. §.7 præc. tit.*

COMMENTARIUS.

1 *Tempus delatæ ab intestato hæreditatis non semper unum esse & idem.*

CUm quæritur quo tempore spectandum, sive an quis suus sit, sive an proximus agnatus cognatusve, dicendum quidem est, semper spectari tempus delatæ ab intestato hæreditatis. Cæterum hoc tempus non semper unum est & idem. Interest enim utrum is, de cujus bonis quæritur, nullo testamento facto decesserit, (quod tunc quoque intelligitur, cum aut non jure fecit, aut quod fecit ipso adhuc vivo eversum est) an facto jure testamento; quod demum post mortem ejus in irritum constituatur. Priore casu proximum eum accipi placet, qui tunc fuit, cum paterfam. moreretur; quia hic tempus delatæ hæreditatis cum tempore mortis concurrit : posteriore eum, qui tunc est, cum testamentum deseritur : quia mortuo patref. testamento facto, non ante, hæreditas ejus ab intestato deferri incipit, quam certum est, neminem ex eo testamento hæredem extiturum, *l.2. §.5. & 6. de suis & legit. l.1. §.6. & 7. unde cogn.* Uberius hæc exposuimus sub *§.7. superioris tit.*

Tunc enim proprie quisque intestatus] D. Contius legit; *Tunc enim etiam proprie* &c. quomodo Ulpian. *l.1. pr. de suis & legit.* eum etiam, cujus ex testamento hæreditas adita non est, ait, non improprie intestatum decessisse. Sed Justinianus tantummodo indicare voluit differentiam, quæ sit in proposito inter eum, qui testamentum non fecit, qui protinus intestatus moritur, & eum, qui fecit testamentum, qui ex eo demum tempore, quo testamentum ejus desiturum est, intestatus decessisse intelligatur.

Qui moriente testatore non erat proximus] Sit species hujusmodi. Fecit quis testamentum, cum haberet patruum & patrui filium; deliberante hærede scripto patruus decessit : mox hæres institutus repudiavit hæreditatem, patrui filius admitteretur, *l.2. §.5. de suis & legit.* quo loco quod Ulp. ait, interdum ulteriorem agnatum admitti, ulteriorem accipi constat, non qui ulterior sit, quo tempore admittitur, sive tempore destituti testamenti : sed anaphorice, qui erat ulterior cum patruelis moreretur.

TEXTUS.

7. *Placebat autem, in eo genere percipiendarum hæreditatum successionem non esse : id est, ut quamvis proximus, qui secundum ea, quæ diximus, vocatur ad hæreditatem, aut spreverit hæreditatem, aut antequam adeat, decesserit, nihilo magis legitimo jure sequentes admittantur. Quod iterum prætores imperfecto jure corrigentes, non in totum sine adminiculo relinquebant, sed ex cognatorum*

cognatorum ordine eos vocabant, utpote agnationis jure eis recluso. Sed nos nihil perfectissimo juri deesse cupientes, nostra constitutione, quam de jure patronatus humanitate suggerente protulimus, sancimus, successionem in adgnatorum hæreditatibus non esse eis denegandam: cum satis absurdum erat, quod cognatis à prætore apertum est, hoc agnatis esse recluſum; maximè cum in onere quidem tutelarum & primo gradu deficiente sequens succedit; & quod in onere obtinebat, non erat in lucro permissum.

NOTÆ.

7. SUCCESSIONEM NON ESSE] Id est, proximo repudiante vel deficiente ad insequentem gradum adgnatorum hæreditatem non transmitti. Vlp. *tit.* 26. §. 4 idem *l.* 2. *pr. de suis & leg.* Paul. 4. *sent.* 8. ubi & rationem suggerit, scilicet quia lex hæreditatem tantum defert adgnato proximo.

RECLUSO] Pro *occluso*, ut mox iterum: quod est, contra auctorum loquendi consuetudinem, Justin. tamen *lib.* 1. eodem sensu usurpavit.

QUOD IN ONERE] Argumentatio ab onere ad emolumentum, fac. *l.* 10. *de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

1 *Olim in legitimis hæreditatibus successionem non fuisse, & quamobrem.*

2 *Quomodo accipiendum, quod dicitur, successionem non esse in suis hæredibus: & num id postea mutatum.*

3 *Cur Imperatori visum, successionem in agnatorum hæreditate admitti.*

1 JUre antiquo in legitimis hæreditatibus non erat locus successioni, hoc est, proximo repudiante vel deficiente ad insequentem agnatorum gradum ex lege hæreditas non transmittebatur. *Vlp. tit.* 26. §. 4. & ideo, fratre verbi causa decedente ante quam adiret aut repudiaret hæreditatem, fratris filius admitti non poterat, *Paul.* 4. *sent.* 8. Atque hoc est, quod scribit idem *Vlp. l.* 2. *in pr. de suis & leg. Si sint consanguinei, licet non adierint hæreditatem, legitimis*, id est, agnatis remotioribus, *non deferri.* Rationem hujus juris suggerit *Paul. d. loc.* quia omnis successio proximiori defertu, hoc est, quia lex 12. tabularum hæreditas non defert agnato proximo, & tantum semel, ut unica illa delatione potestate legis consumpta, gradus insequens, cui lex non defert, legitimo jure admitti non possit. Nimirum sic primis deferebatur, ut in horum persona consisteret jus percipiendæ hæreditatis. Quod si illi hæreditatem omisissent, aut non adiissent morte præventi, sequentib. gradibus non deferebatur, sed vacabat hæreditas, eoque redibat ad fiscum, ut cætera bona vacantia. Quod jus Imperator hic abrogat data legitimis hæredibus successione exemplo cognatorum.

In eo genere] In secundo scilicet ordine hæredum, in quo vocantur agnati. Quanquam nec in suis hæredibus successio est, teste *Vlp. l.* 1. §. *sciendum* 8. *de suis & legit.* ubi scilicet agitur de gradibus ejusdem lineæ, de filio & nepote ex eo; ut postquam filio semel delata est hæreditas, nepoti ut suo hæredi aut agnato non deferatur, *l. ult. C. unde lib.* alioqui constat, nepotes in locum patris sui præmortui succedere, & una cum liberis primi gradus admitti ad hæreditatem avi. Putant autem plerique etiam, *d. l. ult.* correctam esse per hunc §. aut certe per *Nov.* 118. *c.* 1. sed contrarium teste Jasone renuerunt Ultramontani & DD. Bononienses, quorum sententia mihi videtur ex ratione juris communis verior.

Nihilomagis legitimo jure sequentes] Quid si 2
plures sint eodem gradu agnati, & quidam ex his omiserint hæreditatem, vel morte vel alia ratione impediti fuerint, quominus aditent? Reliquis, qui adierint, illorum portio accrescit: & licet decesserint, antequam accresceret, ad hæredes tamen eorum pertinet, *l.* 9. *de suis & legit.* §. *ult. inf. de sen. Orific. Vlp. tit.* 26. §. 4.

Ex cognatorum ordine eos vocabant] Edicto successorio, *l.* 1. *de succeſſ. edict.* Observabat autem prætor in eo ordine gradus prærogativam; v. c. Titius intestato decessit relicto fratris filio, itemque filio sororis, & alterius fratris nepote: repudiante hæreditatem fratris filio, nepos alterius fratris ad hæreditatem legitimam non admittitur; sed nec ut cognatus ad bonorum possessionem, quia obstat filius sororis cognatus proximior.

Adgnationis jure eis recluso] *Recluso* dixit pro occluso; ut & iterum postea, *hoc adgnatis esse recluſum*, contra auctorum loquendi consuetudinem, quibus recludere est, quod clausum erat, aperire, reserare. Virg. 8. *Æneid. Infernas reseret sedes & regna recludat.* Horat. *lib.* 3. *carm. od.* 2. *Virtus recludens immeritis mori Cœlum*, &c. Justinus tamen *lib.* 1. de pellicibus regiis loquens, dicit singula separatim *recludi* pro *occludi. In l. pen. C. de legit. hæred. recluditur* dixit Justinian. pro *excluditur* cum ait, *Germana ejus ab eadem successione recluditur.*

Constitutione nostra] Constitutionis hujus de jure patronatus meminit etiam *inf. tit.* 7. *in pr.* & multis aliis in locis: sed desideratur. Hac autem constitutione inter alia hoc cautum, ut agnato proximo hæreditatem sibi delatam repudiante, admitterentur ex eodem ordine gradus sequentes

exclusis cognatis etiam proximioribus: atque ita auctius factum est jus agnatorum. Hodie vero nullus est hujus beneficij usus, postquam cognati per omnia agnatis exæquati. *Nov.* 118. *c.* 4.

3 *Quod cognatis à prætore apertum*] Duas rationes affert Imperator, cur in agnatorum hæreditatibus locum esse velit successioni. Prima est, quæ hic redditur, quia prætor eam admisit in ordine cognatorum, *l.* 1. §. *qui semel.* 6. & §. *quibus* 10. *de succeff. edict.* & ut verum fatear, mera quædam juris subtilitas est, quod proximiore agnato deficiente alteriori admitti non possit.

Maxime cum in onera tutelarum] Ratio altera, & argumentatio ab onere ad emolumentum. Si in onere tutelæ, quam ad cognatos ideo pertinere ipsa lex 12. tabb. voluit, quia eosdem vocavit ad hæreditatem successioni locus est, & proximiore agnato, vel mortuo vel capite minuto, qui post eum est, in administratione succedit, *l.* 3 §. *pen. de leg. tut.* justum & æquum est, ut eodem modo deficiente priore, qui sequitur, emolumento potiatur hæreditatis, juxta *l.* 10. *de reg. jur.*

TEXTUS.

8. *Ad legitimam successionem nihilominus vocatur etiam parens, qui contracta fiducia filium vel filiam, nepotem vel neptem, ac deinceps, emancipat. Quod ex nostra constitutione omnino inducitur, ut emancipationes liberorum semper videantur quasi contracta fiducia fieri: quum apud veteres non aliter hoc obtinebat, nisi specialiter contracta fiducia parens manumisisset.*

NOTÆ.

8. QUI CONTRACTA FIDUCIA] Id est, qui liberos patri fiduciario mancipatos & ex pacto fiduciæ sibi remancipatos manumittit. vid. *sup.* §. 6. *quib. mod. jus pat. pot. solu.*

EX NOSTRA CONSTIT.] *l. ult. C. de emanc. lib.* ubi imaginarias antiquæ emancipationis solemnitates sustulit, salvo tamen jure patris manumissoris, ubi scil. nihilominus tanquam patronus ad legitimam hæreditatem filii vocetur. *d.* §. 6. *sup. quib. mod. jus. pat. pot.* Sed hodie parens manumissor jure patroni in commodo hæreditatis non amplius utitur. *Nov.* 118. *c.* 2.

COMMENTARIVS.

1 *Filiumfa., haredem ab intestato non habuisse usque ad constitutionem Leonis & Anthemij.*

2 *Quo loco ex ea constitutione pater vocetur, & quo ex* Nov. 118.

3 *Quo jure olim pater, ut pater, successerit filio emancipato.*

TRactatur hic de legitima successione parentis, non quatenus ut parens consideratur, sed quatenus ut manumissor patronus. Quo ordine pater filio olim successerit, non satis liquet. Illud constat, in filiosa. hujusmodi quæstioni locum esse non potuisse jure illo veteri, quod filius omnia patri acquirebat. Ac licet postea exceptum fuerit peculium castrense, & paulatim etiam quasi castrense, permissumque filiosa. in his bonis hæredem sibi testamento instituere: jus tamen verus hactenus patri conservatum fuit, ut si filius intestatus decessisset, bona ista pater jure peculii occuparet; *l.* 2. *l.* 9. *de castr. pec.* Hoc igitur casu manebat adhuc eadem conditio bonorum castrensium, quæ reliqui peculij. Atque huc usque filiusfa. hæredem ad intestato habere non potuit: sed habere posse demum cœpit posterioribus temporibus, cum liberis concessa fuit proprietas bonorum maternorum & materni generis, & de veteri illo jure patrio multa detracta sunt. Extra 2 constitutio Leonis & Anthemij *l.* 4. *C. debon. quæ lib.* qua res liberorum defunctorum primo eorum liberis deferuntur: si nulli sint liberi, fratribus & sororibus: si hi quoque desint; tertio loco parentibus: nec ergo jam amplius tanquam peculium, sed ut hæreditas. Eadem procul dubio ratio succedendi fuit & in bonis castrensibus. Nam si bona adventitia, quorum usumfructum tamen habebat, pater jure peculij occupare non poterat, omnino credibile est nec potuisse castrensia. Quod & ipsum satis aperte testatur Justinianus in *princ. tit. quib. non est perm. fac. test. lib.* 2. cum ait, si filiifam. qui castrense peculium habent, intestati decesserint, nullis liberis vel fratribus superstitibus, id ad parentes eorum jure communi pertinere: jure communi, hoc est, jure hæreditario ex posteriorum Principum constitutionibus: nam si jure peculij ad patrem pertineret, nemo patri præferri posset, nec cuiquam hæreditario jure deferri. De quo in explicatione *d. loc.* fusius disseruimus. Novella 18. parentes sine discretione sexus aut potestatis vocantur ad legitimam hæreditatem in ordine secundo, cum quibus tamen simul admittuntur fratres ex utroque latere defuncto conjuncti. Ad filium vero 3 emancipatum quod attinet, planum quidem est, patri manumissori legitimam intestati hæreditatem delatam fuisse: at quo jure quove loco successerit ut pater, non item. Habuisse patrem jus succedendi, pater, ex eo, quod

præteri

præteritus suo jure de inofficioso agere potuit, *l.1. §. ult. si à par. quis man. l.4. de inoff.* quod utique nemo potest, nisi qui jus succedendi ab intestato habet: & tamen jure civili hæredem eum esse non potuisse, argumento est, quod eo jure ad hæreditatem tantùm sui hæredes, & his non existentibus agnati vocantur: pater autem neque suus est, neque agnatus filio emancipato. Dices, à prætore admissum ad bonorum possessionem. Ex quo ergo capite? unde legitimi: an unde cognati? Si unde legitimi, debuit excludere fratres & sorores, qui ad bonorum possessionem fratris sui emancipati ex alio capite venire non potuerunt, quam unde cognati. Sed etsi unde cognati dicas: adhuc tamen pater jure proximitatis præferri debuit defuncti fratribus. Atqui contra pater à fratribus exclusus fuit, *l.2. C. ad sen. Tertyll.* Rursus si unde cognati dicas, mater una cum patre vocari debuit, & post Senatusconsultum Tertyllianum, ex quo mater ex capite unde legitimi vocata fuit, etiam patri ordine præferri, *l.1. §. ult. unde legit.* At pater in perenda bonorum possessione matri prælatus fuit etiam post illud Senatusconsultum, *l.10. de suis & legit. l.2. §. obiiciuntur 15. ad sen. Tert. §.3. inf. eod. tit.* Ego sic existimo, patrem olim admissum fuisse ex capite unde cognati, cognatisque omnibus nomine proximitatis prælatum, & jure patris etiam matri: quod jus ei expressè reservatum fuerit Senatusconsulto, dictamque *l.2. C. ad sen. Tertyll.* à Tribonianо interpolatam accommodaramque ad jura recentiora: & nominatim ad *l.4. C. de bon. qua lib. & l.11. C. comm. de succeff.*

Qui contracta fiducia, &c.] Id est, qui liberos ex pacto fiduciæ sibi emancipatos manumittit. Nam inventis ad usurpationem vetustatis in emancipatione liberorum imaginariis illis venditionibus & manumissionibus, de quibus in §. *præterea 6 sup. quib. mod. jus pat. pot. solv.* solebat plerumque pater naturalis fiduciam cum emptore imaginatio contrahere de liberis sibi remancipandis, quos ipse deinde manumittebat, eoque facto ipse pater in eos eorumque bona jura patroni consequebatur, *tit. si à par. quis man.* Ceteroquin omnis emancipato fiebat contracta fiducia, hoc est, ea lege & fide saltem interposita, ut liberos sibi traditos, emptor manumitteret: qui ob id dicebat ut fiduciarius, teste Gajo *lib.1. tit.6. §.3.*

Semper videantur quasi contracta fiducia fieri) Justinianus imaginarias illas antiquæ emancipationis solemnitates sustulit, *l.ult. C. de emanc. lib.* salvo tamen jure antiquo patris manumissoris, ut scilicet adhuc ad legitimam hæreditatem filij vocetur, cætera que jura patroni consequatur, perinde ac si contracta fiducia eum emancipasset. Parum autem subtiliter loquuti sunt Compositores, cum aiunt, emancipationem ex constitutione Justiniani semper intelligi fieri contracta fiducia. Cur enim, aut quomodo fieri videri volunt, quod penitus sublatum est? Jure Novellarum parens manumissor jure patroni, quoad commodum hæreditatis, non amplius utitur, *arg. Nov. 118. c.2.*

TITULUS III.

De Senatusconsulto Tertylliano.

Argumentum hujus & sequentis tituli.

Hoc titulo docet Imperator, quando & quomodo mater ad liberorum suorum intestatorum legitimam hæreditatem vocetur: in sequenti, quando & quomodo illi matri intestatæ succedant.

TEXTUS.

Lex duodecim tabularum ita stricto jure utebatur, & præponebat masculorum progeniem; & eos qui per fœminini sexus necessitudinem sibi junguntur, adeo expellebat, ut ne quidem inter matrem & filium filiamve ultro citroque hæreditatis capiendæ jus daret: nisi quod prætores ex proximitate cognatorum eas personas ad successionem bonorum, possessione unde cognati accommodata, vocabant.

COMMENTARIUS.

Ne quidem inter matrem & filium] Ait, lege duodecim tabularum ne inter matrem quidem & filium filiamve jus ultro citroque capiendæ hæreditatis concessum fuisse. Quod verum est. Nam lex ista duos duntaxat ordines hæredum ab intestato fecerat, suorum sc. hæredum, & agnatorum. Mater autem & liberi nec sui hæredes invicem sunt, nec agnati. Cognati quidem invicem sunt, sed cognati nulli à lege vocantur.

Nisi quod prætores ex proximitate] Pro *nisi* utendum erat conjunctione diseretiva, *caterum*, aut *sed*; ne quis putet ex præscripto legis quod prætores fecerunt. Sensus enim est, prætorem more suo rigorem legis antiquæ mitigasse, & quod poterat, matrem & liberos, qui hæredes invicem ex lege non erant, invicem sibi feciss bonorum possessores, ad mutuam successionem

eos vocando in ordine cognatorum, quem ipse filiis proximitatis & sanguinis ratione introduxit & tertium fecit.

TEXTUS.

1. *Sed hæ juris angustiæ postea emendatæ sunt. Et primus quidem divus Claudius matri ad solatium liberorum amissorum legitimam eorum detulit hæreditatem.*

NOTÆ.

1. PRIMUS CLAUDIUS MATRI] Referunt huc quod Suet. in *Claud. c.* 19. scribit eum fœminis dedisse jus quatuor liberorum: quo tamen quid significet, obscurum est.

COMMENTARIUS.

HÆ *juris angustiæ emendatæ*] Hoc est, ipsi legi 12. tabb. postea derogatum est, & quod prætor facere non poterat, jus legitimæ hæreditatis etiam matri liberis Senatusconsultis: ac dehinc cum antea demum post omnes agnatos à prætore vocarentur ad bonorum possessionem, vocari cœpti sunt ordine secundo ex capite. *Vnde legitimi*, *l.* 2. §. *ult. unde legit.*

Primus D. Claudius] De Claudio nihil apud alios reperitur, quod quidem ad rem propositam facere videatur, nisi huc referas, quod Suetonius scribit, eum fœminis dedisse jus quatuor liberorum: quod etsi quid significet, obscurum est, opinor tamen, eum intelligere jus liberis succedendi, cujus hîc fit mentio: quod quidem Claudius primus matribus dedit; cæterum non omnibus, verum iis duntaxat, quæ quater peperissent. Sane accipi non potest pro jure liberorum, quod olim à Principibus pro beneficio datum fuit orbis, ad evitandas pœnas legis Papiæ: quarum una erat, quod solidum capere non poterant: quod indicatur à Juvenale *sat.* 9.

Iura parent is habes, propter me scriberis hæres,
Legatum omne capis nec non & dulce caducum.

Adulterum inducit Poëta, qui maritum hoc sibi beneficium debere ait, quod pœnas orbitatis lege Papia constitutas jam non patiatur, sed solidi capiendi jus habea: quippe cum maritus ipse liberos ex uxore suscipere non posset, vicem ejus suppleisse, & inde liberos natos.

Ad solatium liberorum amissorum] Ut hoc quali-quali solatio luctum amissorum liberorum levaret: quomodo Pompon. *l.* 6. *de jur. dot.* patri succursum esse scribit, ut filia amissa dos ab eo profecta ei redderetur, ne & filiæ amissæ & pecuniæ damnum sentiret. Hotomannus & Tuningius putant, per amissos significari eos, qui in acie ceciderunt.

TEXTUS.

2. *Postea autem Senatusconsulto Tertylliano, quod divi Adriani temporibus factum est, plenissimè de tristi successione matri, non etiam aviæ deferenda, cautum est: ut mater ingenua trium liberorum jus habens: libertina quatuor, ad bona filiorum filiarumve admittatur intestato mortuorum, licet in potestate parentis sit: ut scilicet cum alieno juri subjecta est, jussu ejus adeat hæreditatem, cujus juri subjecta est.*

NOTÆ.

2. DE TRISTI SUCCESSIONE MATRI] Ut ad quam summus mœror turbato ordine morte filii pervenit, ad eandem quoque luctuosa hæreditas perveniret.

NON ETIAM AVIÆ] Unde petenda ratio *l.* 9. *C. de leg. hær.* ubi soror consanguinea aviæ præfertur. Justinianus ulterius progressus est. *Nov.* 118. *cap.* 2.

MATER INGENUA TRIUM LIBEROR.] Ingenua, quæ ter; libertina, quæ quater enixa esset, dummodo vivos & pleni temporis. Reliquæ ex SCto non succedebant; nisi jus liberorum à Principe impetrassent. Paul. 4. *sent.* 9 Ulp. *tit.* 26. §. *ult.* De quod jure vid. Duar. 1. *disp.* 40.

LICET IN POTESTATE PARENTIS] *l.* 6. *C. ad SC. Tertyll.* Commodum tamen omne hæreditatis hoc casu acquirebat patri: hodie vero mater proprietatem, avus usumfructum habet, per *l.* 6. *C. de bon. quæ lib.*

COMMENTARIUS.

Divi Adriani temporibus] Zonaras *lib.* 1. testatur, hoc Senatusconsultum factum esse divo Pio auctore: quod & fasti confirmant, in quibus post Barbarum & Regulum consules ponuntur Tertyllus & Sacerdos; quo tempore jam annos viginti Antoninus Pius rei Romanæ præfuerat. Ergo divum Adrianum hic accipiemus non patrem, sed filium Antoninum sc. Pium, qui jure adoptionis idem cum patre nomen sortitus est, & Adrianus quoque appellatus. Sic epistola vulgo Adriani dicta, qua pluribus unius rei fidejussoribus beneficium divisionis datum est, divo Pio tribuitur

tribuitur *l. si testamento* 49. §. 1. *in fin. de fideiuss.* Ob eandem rationem Adrianus quoque Trajani nomine sæpè appellatur. Cujac. hic.

Plenissimè de tristi successione] Plenissimè, id est, diligentissimè; accuratè enim de hac successione Senatusconsulto cautum, definitumque, qui cum matre concurrant, quos ipsa, vel qui ipsam excludant, quid matri faciendum incumbat, &c. *vid. l. 2. hoc tit. Tristi successione*: luctuosam hæreditatem appellat *l. ult. C. de inst. & substit.* scilicet quia obvenit contra votum matris, quæ velit & optet liberos suæ superesse vitæ solpites & superstites.

Non etiam aviæ] Senatusconsultum Tertyllianum matri tantùm filiorum filiarumve hæreditatem detulit, non aviæ aut ulteriores gradus adscendentibus nepotum neptumve aut deinceps descendentium. Vnde petenda ratio *l. 9. C. de legit. hær.* quæ in successione intestatæ sororem præfert aviæ; nimirum consanguineam: nam ex edicto unde cognati aviam cum uterina, ut gradu parem, simul admissam fuisse non est dubitandum. Credibile autem est, ob juris veteris reverentiam tunc ultra primum gradum processum non esse: ulterius tandem progressus est Iustinianus. *Nov. 118.*

Ingenua trium liberorum, libertinæ quatuor] Hoc quoque veterum legum venerationi datum videtur, quod Senatus non simpliciter matribus omnibus, sed quæ multos cives reipub. peperissent, prospexit: & nimirum ingenuis, quæ ter, libertinis civibus Romanis, quæ quater enixæ essent, dummodo vivos & pleni temporis. Reliquæ ex Senatusconsulto succedunt, nisi jus liberorum à Principe consecutæ sint, *Paul. 4. sent. 9. in pr. & fin. Vlp. tit. 26. §. ult.*

Intestato mortuorum] Igitur necesse est, ut liberi defuncti, quorum de successione agitur, fuerint sui juris: nam qui in potestate sunt, jure antiquo nullo casu hæredem ab intestato habere potuerunt, ne in bonis quidem castrensibus, ut demonstravimus sub §. *ult. præc. tit.* Hodie vero id secus est: nam ex *Nov. 118.* mater proprio jure succedit, & vel sola, vel cum patre & fratribus defuncti, ut jam nullus amplius hujus Senatusconsulti usus sit.

Licet in potestate parentis] Quominus mater ad hæreditatem ex Senatusconsulto admitteretur, non impediebat, quod in aliena erat potestate, *l. 6. C. hoc tit.* quamvis hoc casu nihil admodum emolumenti ad eam perveniret, sed avo magis, cui commodum omne hæreditatis acquirebatur, quam matri, consuleretur. At hodie usumfructum tantum in proposito avus consequetur, mater proprietatem habebit, per *l. cum oportet C. de bon. quæ lib.*

TEXTUS.

3. *Præferuntur autem matri liberi defuncti, qui sui sunt, quive suorum loco sunt, sive primi gradus, sive ulterioris. Sed & filiæ suæ mortuæ filius vel filia præponitur ex constitutionibus matri defunctæ, id est, aviæ suæ. Pater vero utriusque, non etiam avus & proavus, matri anteponitur, scilicet cum inter eos solos de hæreditate agitur. Frater autem consanguineus tam filij, quam filiæ excludebat matrem: soror autem consanguinea pariter cum matre admittebatur. Sed si fuerant frater & soror consanguinei, & mater liberis onerata, frater quidem matrem excludebat; communis autem erat hæreditas ex æquis partibus fratribus & sororibus.*

NOTÆ.

3. SUORUM LOCO] Suorum loco prætori sunt liberi emancipati; ex constitutionibus & præcipuè Justiniani nepotes & pronepotes ex filia, §. *ult. sup. de hær. quæ ab int.*

FILIÆ SUÆ] Id est, quæ sui juris suæque potestatis fuerit. Persius, *Vindicta postquam meus à prætore recessit.*

EX CONSTITUTIONIBUS] *l. 4. C. ad SC. Orf. l. 11. C. de suis & leg. l. 3. & pen. C. Th. de leg. hær.* quanquam illud tantum ex constitutionibus esse videtur, quod etiam nepotes neptesque defunctæ admittantur, & præferantur matri, *l. 1, C. ad Orf. §. 1. tit. prox.*

PATER VERO] Naturalis scil. nam adoptivus matri non nocet, *l. 2. §. 15. h. t.* Summovet autem matrem pater sive hæres existat, sive bonorum possessor, *d. l. 2. §. 15.*

NON AVUS ET PROAVUS] Quamvis fiduciam contraxerint, *d. l. 1. §. 15.*

INTER EOS SOLOS] Non inter patrem & matrem, ut malè Hot. UVes. Pac. (Pater enim semper matrem excludit) sed inter avum vel proavum & matrem solos. Alias avus quoque matrem, cui pater obstat, propter patrem excludet *l. 5. §. ult. eod.*

FRATER CONSANG. &c.] Tria dicit, 1. fratres defuncti consanguineos matrem exclusisse. 2. sorores consanguineas, si solæ, cum matre admissas. 3. si & sorores & fratres consanguinei, sorores cum fratribus admissas exclusa matre.

LIBER

640 ONERATA] Cujac. ad Vlp. tit. ult. ostendit legendum esse *honorata* Th. τιμᾶται ἀποθανόντι, & inf. §. 5. τιμᾶσθαι Cic. 11. *Tusc. Metellus ille honoratur quatuor filiis.*

COMMENTARIVS.

1 *Qui ex liberis filij defuncti matri præferantur.*
2 *Qui ex liberis filiæ defunctæ.*
3 *Qui adscendentium.*
4 *Qui lateralium.*

CONtinet hic §. declarationem Senatusconsulti Tertylliani: docebiturque primo quid juris sit, si cum matre defuncti existant liberi; deinde si pater aut avus paternus: tertio si fratres aut sorores.

Præferuntur matri liberi defuncti] Quando cum matre concurrunt liberi defuncti sive primi sive ulterioris gradus, liberi matrem excludunt: idque sive agatur de masculi, sive de fœminæ successione, ut mox apparebit.

Qui sui, quive suorum loco] Hic necesse est
1 casus ponatur, quo filius mortuus est: siquidem filia suos hæredes habere non potest. Ait autem Imp. matri defuncti præferri liberos, qui sui defuncto hæredes sunt, tum qui sunt suorum loco. Sui sunt etiam liberi adoptivi: cæterum hi post emancipationem matri defuncti non obstant; nec admittuntur, nisi fuerint ex liberis naturalibus, ut puta nepos adoptatus ab avo, *l. 2. §. liberi hoc tit.* Quid autem juris hodie, si adoptati ab extraneo? Non habent hi quidem ius suorum hæredum: sed tamen quia Iustinianus expressè iis servavit ius successionis ab intestato, dicendum videtur, matri præferendos esse, *l. pen. §. 1. C. de adopt.* Quid si quis decesserit relicta matre & itrem filia, quam in adoptionem dederat? & quidem in adoptionem dati neque sui hæredes sunt patri naturali, neque suorum hæredum loco. Placuit tamen cessare Senatusconsultum, & simul admitti ad bonorum possessionem unde proximi cognati matrem & filiam, *l. 2. §. sed si 9. hoc tit.* Suorum loco sunt primum liberi emancipati, quos sæpè diximus prætorem suorum numero habere, eosque tanquam suos, vel cum suis hæredibus, vel solos bonorum patris possessores, facere. Deinde suorum quoque loco sunt ex constitutionibus Principum, & præcipuè Iustiniani, nepotes & pronepotes ex filia: nam & hi inter suos & cum suis vocantur, §. *ult. sup. de her. quæ ab intest* ut matri defuncti præferri debeant, cum in suis, aut qui suorum numero sunt, gradus non quæratur, hoc est, nihil referat primi gradus sint, an ulteriorum, ut ipse Imp. hic docet.

2 *Filiæ suæ mortuæ*] Casus, ubi de filiæ intestato mortuæ successione quæritur. Ait *suæ*, id est quæ sui juris suæque potestatis fuerit: quomodo M. Tullius *lib. 3. de repub. Est*, inquit, *genus injustæ servitutis, cum ij sunt alterius, qui sui possunt esse.* Persius, *Vindicta postquam meus à prætore recessi*, & alioqui nec huic Senatusconsulto, nec successioni ab intestato omnino locus esse potest, ut notatum §. *præc.* Vtique illud palam est, liberos suos hæredes matri non esse. Apud VVesembecium vox *suæ* deest.

Filius vel filia præponitur ex constitutionibus] *L. 4. C. ad Senatuscons. Orfic. l. 11. C. de suis & legit. l. 3. & pen. C. Theod. de legit. hær.* Vt autem filius & filia matri præferrentur, nec inter eos & matrem dividererur hæreditas, constitutionibus opus fuisse ideo Hotomanus & Bachovius scribunt, quia pari jure niti videantur, mater suffragio Senatusconsulti Tertylliani, filius & filia Orficiani: & tamen in Orficiano excluduntur consanguinei, qui in Tertylliano aut præferantur aut cum matre concurrunt: unde si intestatæ mulieri consanguinei extant, & mater & filia, ad solam filiam ex Senatusconsulto Orficiano hæreditatem pertinere reseriptum est ab Alexandro *l. 1. C. ad Senatuscons. Orfic.* Planè illud ex constitutionibus est, quod etiam nepotes nepteſque admittantur & matri defunctæ præponantur, *d. l. 11. C. de suis & legit. lib.*

Pater vero utriusque, non etiam avus & proavus] Iam cum matre conferre incipit adscendentes alios, patrem, avum, proavum. Ait patrem matri anteponi, patrem sc. naturalem: nam adoptivus matri non nocet, *l. 2. §. objicitur 15. l. 3. hoc tit.* Ait. *utriusque*, id est, & filij & filiæ intestato mortuorum, de quibus distinctè antea locutus erat. Summovet autem matrem, sive manumissor. hæres pater existat, sive non manumissori bonorum possessio competat, *d. l. 2. §. objicitur l. 10. de suis & legit. Non etiam avus & proavus*, neque avus neque proavus, ait Vlpianus in Tertylliano, matri nocent, quamvis fiduciam contraxerint. *d. §. objicitur.*

Cum inter eos solos] Scilicet, aiunt Horoman. VVesemb. Pac. inter patrem & matrem: qui manifestus error est: pater enim semper, & omnimodo matrem excludit. Referendum hoc omnino est ad proximè antecedens, nempe si mortuo jam ante patre defuncti inter avum aut proavum & matrem solos de hæreditate agatur, hoc casu significat Imperator, matrem potiorem esse: est ubi simul pater supereſt, cui avus anteponatur, non item, verbi causa, nepos ab avo manumissus decessit patre & avo & matre superstitibus, hic avus manumissor, quia speciali iure tanquam patronus patri, id est, filio suo in potestate retento, præfertur, matrem quoque, cui pater obstat, propter

propter patrem excludet, *l. 5. §. ult. hoc tit.* neque enim matri prodesse debet, quod avus patris anteponitur iure patroni. At patre mortuo, si avus solus exter cum matre, avus etiam manumissor matri postponetur, *d. l. 2. §. objicitur eod.* Unde notant Jo. Fab. Porc. & alij, regulam, *Si vinco vincentem te, multo magis vinco te*, non procedere, ubi non sunt pares termini: ego dicer m, ubi non meo jure te vinco, sed propter tertium. Non absimilis casus est, qui proponitur ab *Ulp. d. l. 2 §. si sit consanguinea 18. eod.*

4 *Frater consanguineus excludebat matrem, soror autem pariter, &c.*] Hic cum matre conferuntur fratres & sorores, atque hæc tria docentur. 1. si fratres consanguinei cum matre defuncti existant, fratres esse potiores. 2. si sorores consanguineæ, siquidem solæ, cum his pariter matrem admitti. 3. si & sorores sint & fratres consanguinei, non prodesse matri, quod tunc sorores æquè ac fratres admittantur: neque enim ut matrem, ita & sorores à fratribus excludi. Porro cum fratres duntaxat & sorores hoc loco mariti objiciantur, existimandum est, cæteris à latere venientibus sive agnatis sive cognatis matrem præferri. Sed & quia consanguineorum tantum mentio fit, credibile est, fratres & sorores uterinos Senatusconsulto fuisse exclusos: cæterum Justinianus hos etiam cum matre admisit §. 5. *inf. eod. Novella* 118. totum hoc jus mutatum est, ut identidem monuimus.

Et mater liberis onerata] Probabilis est conjectura Cujacii in *not. ad Ulp. tit. ult.* pro *onerata* legendum existimantis *honorata*: ut enim verum sit, liberos matri esse oneri: tamen respectu Senatusconsulti Tertylliani, de quo hic agitur, non oneri, sed emolumento matri sunt. Conjecturam Cujacij Theophilus quoque juvat, qui vertit ἔχουσα δίκαιον παίδων & §. 6. eandem appellat δικαίῳ παίδων κεκοσμῆσθαι Cicero 1. *Tusc. Metellus ille honoratur quatuor filiis.*

TEXTUS.

4. *Sed nos constitutione, quam in Codice, nostro nomine decorato, posuimus, matri subveniendum esse existimavimus, respicientes ad naturam, & puerperium, & periculum, & sæpè mortem ex hoc casu matribus illatam. Ideoque impium esse credidimus, casum fortuitum in ejus admitti detrimentum. Si enim ingenua ter, vel libertina quater non pepererit, immerito defraudabatur successione suorum liberorum. Quid enim peccavit, si non plures, sed paucos peperit? Et dedimus jus legitimum plenum matribus, sive ingenuis, sive libertinis, etsi non ter enixæ fuerint vel quater, sed eum tantum vel eam, qui quave morte intercepti sunt, ut sic vocentur in liberorum suorum legitimam successionem.*

COMMENTARIUS.

Constitutione, quam in Codice] Ea est *l. 2. C. de jur. lib.* qua matri jus legitimæ successionis omnimodo conceditur, licet ingenua tres, libertina quatuor liberos non pepererit.

Impium esse credidimus] Non debet disputare adversus Senatusconsultum, quo jura matrum adaucta sunt: nec impium, sed plenum pietatis Amplissimi Ordinis consilium fuit; nimirum præmio aliquo matres invitare ad liberorum procreationem atque educationem, & occurrere detestabili infantium exponendorum audaciæ: fortè & flagitiis aliis fœminarum obviam ire, quæ, qui tum temporis mores erant, frequenter abortionibus operam dabant: cujus rei testis nobis sit Juvenalis *satyr. 6.*

Sed jacet aurato vix ulla puerpera lecto,
Tantum artes hujus tantum medicamina possunt,
Quæ sterilem facit, atque homines in ventre necandos
Conducit.

Quid enim peccavit] Cur non omissa omni disputatione pro imperio suo statuit, quod vult, & tribus verbis simpliciter matri jus legitimæ successionis dat? Senatus non fortunam, sed civitatis propagationem spectavit, uti & lex Papia Poppæa, quæ non modo cælibes, verum orbos etiam pœna affecit, quamvis nil peccantes; cum nemo divinare possit, uxorem, quam ducit, infœcundam fore. Æquo tamen animo hujusmodi ferenda sunt, & cedendum publicæ utilitati.

TEXTUS.

5. *Sed cum antea constitutiones jura legitimæ successionis perscrutantes, partim matrem adjuvabant, partim eam pragravabant, nec in solidum eam vocabant, sed in quibusdam casibus tertiam ei partem abstrahentes, certis legitimis dabant personis, in aliis autem contrarium faciebant: nobis visum est, recta & simplici via matrem omnibus personis legitimis anteponi, & sine ulla*

minutione filiorum suorum successionem accipere : excepta fratris & sororis persona, (sive consanguinei sint, sive sola cognationis jura habentes) ut quemadmodum eam toti alii ordini legitimo præposuimus, ita omnes fratres & sorores (sive legitimi sint, sive non) ad capiendas hæreditates simul vocemus : ita tamen ut, siquidem solæ sorores adgnatæ vel cognatæ, & mater defuncti vel defunctæ supersint, dimidiam quidem mater, alteram vero dimidiam partem omnes sorores habeant. Si vero matre superstite, & fratre vel fratribus solis, vel etiam cum sororibus, sive legitima, sive sola cognationis jura habentibus, intestatus quis vel intestata moriatur, in capita ejus distribuatur hæreditas.

NOTÆ.

5. CUM ANTEA CONSTITUTIONES] Vid. *l. 1. g l. 2. & pen. C. Th. de legit. hared.* Cujac. hic.

ANTEPONI, ET SINE ULLA DEMINUTIONE] Superiores constitutiones jus matris minuebant admissis adgnatis in partem tertiam : quas constitutiones abrogat *l. ult. C. h. t.*

SIVE CONSANGUINEI, &c.] In Tertylliano fratres consanguinei matrem excludebant illa uterinos : soror consanguinea cum matre pariter admittebatur. Justinianus cum fratribus consanguineis etiam matrem admisit, & cum matre etiam uterinos, *d. l. ult.*

UT SI QUIDEM SOLÆ SORORES, &c.] Hanc rationem succedendi & distribuendæ in proposito hæreditatis iterum mutavit. *Nov.* 118. qua fratres & sorores omnes ex uno tantum latere defuncto conjuncti tam à matre, quam à fratribus utrimque conjunctis excluduntur, mater cum his ex æquis partibus succedit.

COMMENTARIVS.

PARTIM *adjuvabant, partim prægravabant*] Ejusmodi extat constitutio Constantini *l. 1. C. Theod. de legit. her.* Adjuvat ea matrem, quia matri, etiam non habenti jus liberorum defert etiam partem bonorum filii intestati detractam agnatis, à quibus antea in totum excludebatur. Vicissim. prægravat, quia licet mater habeat jus liberorum, tamen agnatis proximis ultra consanguineos patruo scilicet ejusque filio & nepoti, non ulterioribus, pari beneficio defert tertiam portionem detractam matri, quæ ex Senatusconsulto totum sola habitura fuisset. Eodem pertinet *l. 1. d. tit.* Gravabatur etiam mater jus liberorum habens, si thorum priorem secundo mutasset amplexu, proprietate ipsi adempta rerum filii defuncti paternarum, *l. pen. d. tit.*

In aliis contrarium faciebat] Hoc est, ut illic detrahebant matri liberis honoratæ trientem, quem adspergebant agnatis : ita hic contrarium faciebant, trientémque detrahebant agnatis, quem adspergebant matri iure liberorum non honoratæ.

Matrem omnibus legitimis, & sine ulla deminutione] Matres omnes jure liberorum honestantur *l. ult. C. de iur. lib.* Ex quo secundum sententiam Senatusconsulti Tertylliani mater, sive ter peperisset sive non, agnatis omnibus secundo gradu remotioribus simpliciter præferenda fuerat, nisi obstitissent constitutiones, quibus jus matris liberis honestatæ minuebatur, agnatis, quos diximus, admissis in partem tertiam : quas constitutiones Justinianus hic abrogat, matrem omnibus agnatis sine ulla deminutione anteponens.

Excepta fratris & sororis persona, sive consanguinei, &c.] In Tertylliano fratres consanguinei matrem excludebant, mater uterinos, soror consanguinea cum matre pariter admittebatur. Justinianus etiam cum fratribus consanguineis matrem admisit, & cum matre etiam uterinos, *l. ult. C. hoc tit.*

Quemadmodum eam toti alii legitimo ordini] Cum in eum modum jura matrum beneficio Justiniani aucta sint, ut legitimis omnibus, præter fratres, in totum exclusis, etiamsi iter non peperint, solæ succedant ; ut cum consanguineis defuncti fratribus, à quibus antea excludebantur, quantumvis jus liberorum haberent, nunc admittantur, etiamsi non habeant : putavit Imperator, matres haud iniquo animo pati debere, si uno in casu vicissim jus ipsarum minueret, & fratrum sororumque hactenus augeret, ut cum ipsa admitteret & uterinos.

Ita tamen ut, siquidem solæ sorores] Quæ sequuntur, pertinent ad modum succedendi, sive rationem distribuendæ hæreditatis inter matrem defuncti ejusque fratres & sorores. Constituit autem, ut si cum matre concurrant sorores solæ, sive consanguineæ sive uterinæ, duo semisses fiant, quorum unum mater, alterum sorores capiant : sin fratres, sive soli, sive etiam cum sororibus, in capita hæreditas dividatur, torque partes fiant, quot sunt personæ succedentium, *d. ult. C. hoc tit.* Hæc iterum mutata sunt *Nov.* 118. qua fratres & sorores omnes, ex uno tantum latere defuncto conjuncti, tam à matre, quam à fratribus utrinque conjunctis, excluduntur, mater cum his ex æquis partibus succedit.

TEXTUS

TEXTUS.

6. Sed quemadmodum nos matribus prospeximus, ita eas oportet suæ soboli consulere: scituris eis, quod si tutores liberis non petierint, vel in locum remoti vel excusati intra annum petere neglexerint, ab eorum impuberum morientium successione merito repellentur.

NOTÆ.

6. SI TUTORES NON PETIERINT] Matri onus tutelæ impositum non est, sed tutores petendi, quod si petere neglexerit, repellitur à legitima filij hæreditate, *l. 2. §. 1. & 2. qui pet. tut. l. 2. §. si mater 23. & seqq. h. t.* quod etiam hodie adhuc obtinet, nisi ipsa administratione suscipiat, quod matri concessum, *Nov. 118 c. 5.*

INTRA ANNUM] Ex constitutione D. Severi confestim petere debet, *l. 2. §. 1. qui pet. tut. l. 2. §. 23 hoc tit.* id est, ubi primum prætoris copiam habuit huic rei sedentis, *d. l. 2 §. 43. h. t.* ubi Græci, *Huic rei sedentis,* τυτίῳ τῇ διοικήσει *primum accedenti.* Sed usque ad annum excusaba tur ex magna causa, *d. l. 2. §. 43* & sic accipe *l. 10. C. de leg. hær.*

IMPUBERUM MORIENTIUM] Disertè *impuberum*, ut & in *d. l. 10. C. de leg. hæc.* nam si puberes moriantur, mater ab eorum hæreditate non excluditur, *l. 3. C. hoc tit.* Nec qui filio puberi curatorem non petiit, excluditur, *d. l. 2. §. 29.* αὐτὸς γὰρ ἑαυτῷ αἴτιος. Modestin. *leg. 2. §. 5. qui pet. tut. l. 6. C. eod.*

COMMENTARIUS.

ITA eas oportet suæ soboli consulere] Matri onus tutelæ impositum non est: quia virile munus est, tutelam gerere: at petendi tutores negotium iniunctum, quod maternæ pietati maximè convenit. Quod si petere neglexerit, ut indigna à legitima hæreditate filij repellitur, *l. 2. §. 1. & 2. qui pet. tut. l. 2. §. si mater 23. & multis seqq. hoc tit.* ubi hic locus fusè explicatur.

Non petierint, vel in locum remoti] Si mater, inquit Vlpian. non petierit tutores idoneos filiis suis, vel prioribus excusatis reiectisve non confestim aliorum nomina ediderit, ius non habet vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum, *d. l. 2. §. si mater. hoc tit.* idque etiam hodie adhuc obtinebit, si mater nec tutorem petat, nec ipsa administrationem tutelæ suscipiat: quod matri concessum. *Nov. 118. cap. 5.* Sed hæc moribus obliterata. *Christin. vol. 4. decis. 63. n. 7.*

Intra annum] Quid ergo, si intra annum pupillus moriatur non petito tutore? an tum mater excusabitur à pœna? Non puto: quia requiritur, ut petat confestim, ubi primum potuit, id est, prætoris copiam habuit huic rei sedentis, *d. l. 2. §. si mater* & *§. confestim 43.* ubi Græci, *huius rei sedentis.* τυτίῳ τῇ διοικήσει *primum accedenti.* Quod vero hic dicitur, & in *l. 10. C. de legit. hær.* si intra annum non petierit, sic accipio, ut nullo modo post annale spatium excusetur; nec si magnam causam non petendi habuerit, quæ usque ad annum eam excusaret, *per d. l. 2. §. confestim.*

Impuberum morientium] Ex contrario ergo si puberes moriantur, quibus tutor penitus non est, mater ab eorum hæreditate non excludetur: quod & disertè rescriptum est in *l. 3. C. hoc tit.* & ideo in *d. l. 10. C. de legit. hær.* expressè additur hæc restrictio, si impuberes moriantur. Quippe credendum, puberem, qui testamentum facere poterat, intestato mori malentem, ultro matri iniuriam remittere, & tacite velle ad matrem legitimam hæreditatem pertinere, per *l. 8. §. 1. de iur. eod.*

TEXTUS.

7. Licet autem vulgo quæsitus sit filius filiave, potest tamen ad bona ejus mater ex Tertulliano Senatusconsulto admitti.

NOTÆ.

7. VULGO QUÆSITUS] *l. 2. §. 1. h. t.* sicut ex contrario & liberi vulgo quæsiti admittuntur ad matris legitimam hæreditatem & SC. Orficiano, *§. pen. tit. prox.*

COMMENTARIUS.

QVemadmodum mater à prætore admittitur ad liberorum etiam vulgo quæsitorum bonorum possessionem, & vicissim liberi etiam vulgo quæsiti ad bonorum possessionem matris ex capite unde proximi cognati, *l. 1. unde cognat. ita* & mater ex Senatusconsulto Tertylliano admittitur ad legitimam hæreditatem filij filiæve, tam eorum, qui vulgo quæsiti sunt, quam qui procreati ex justis nuptiis, *l. 2. §. 1. hoc tit.* Et contra etiam vulgo quæsiti ex Orficiano admittuntur ad legitimam hæreditatem matris, *l. 1. §. 1. eod. §. pen. tit. seq.* Nimirum mater semper certa est, & in his Senatusconsultis matris & filiorum

naturaliter designantur, *l. 7. de cap. minut.* cumque vulgo quæsiti patrem non habere intelligantur, à quo sunt agnationis & familiæ jura nemo est, qui matri jure consanguinitatis aut agnationis hic obiici possit, *l. 4. tit. cogn.* Atque hoc jure etiamnum utimur, add. quæ sub §. 3. *seq. tit.*

TITULUS IV.

De Senatusconsulto Orficiano.

TEXTUS.

4. Per contrarium autem liberi ad bona matrum intestatarum admittuntur ex Senatusconsulto Orficiano, quod Orficio & Rufo Consulibus effectum est, divi Marci temporibus; & data est tam filio, quam filiæ, legitima hæreditas, etiamsi alieno juri subjecti sint, & præferuntur consanguineis, & adgnatis defunctæ matris.

Notæ.

TAM FILIO, QUAM FILIÆ] Lege duodecim tab. non magis liberi matri, quam illa liberis ab intestato succedebat, *tit. præc. in pr.* Cæterum cum placitum esset, ut mater ad legitimam hæreditatem filij & filiæ vocaretur, æquum erat ut, & hi vicissim idem juris consequerentur in bonis maternis.

ALIENO IURI SUBIECTI] *l. pen. hoc t.* ut & mater filiafam. admittitur, § 2. *tit. præc.*

PRÆFERUNTUR CONSANGUINEIS [Ergo filius & filia pleniore jure ex Orficiano vocantur quam mater ex Tertylliano §. 3. *tit. præc.*

COMMENTARIVS.

LEGE duodecim tabularum nec mater liberis, nec liberi matri ab intestato succedebant: nam duo duntaxat genera lex agnoscebat, suos hæredes & agnatos, cujusmodi nec mater liberis, nec illi matri sunt, ut dictum supra est in *pr. præc. tit.* Cæterum cum placitum esset hoc dare naturali conjunctioni, ut mater vocaretur ad legitimam successionem filij & filiæ; æquum erat, ut retro tantundem etiam concederetur liberis, ut scilicet & hi vicissim jus legitimæ successionis consequerentur in bonis matris: cum ideo liberorum conditio in causa successionis etiam potior esse debeat, propter naturæ simul & parentum commune votum, *l. 7. §. 1. unde lib.* Id effectum est Senatusconsulto Orficiano viginti ferme annis postea, quam matri legitima hæreditas delata fuerat Senatusconsulto Tertylliano, ut ex Fastis colligitur. Cur matri tanto tempore ante consultum fuerit, quam liberis, causam ignorare me fateor.

Orficio Rufo Coss. D. Marci temporibus] In imperio Marci Antonini Philosophi & Commodi notantur hi Consules, Vettius, seu, ut alij, Vellius Rufus, & Corn. Scipio Orfitus, anno ab urbe condita 930. qui vigesimus est à consulatu Flavij Tertylli, à quo Senatusconsultum Tertyllianum. *Lampid. in Commod. Onuphr. in fast.* Moris erat illis temporibus, ut ex Imperatorum orationibus vel epistolis in curia recitatis, quasi in eorum sententiam Senatusconsulta fierent: unde sæpè eandem rem Senatusconsultis tribui & orationibus videmus; quemadmodum etiam in proposito Gajus *l. pen. hoc tit.* oratione D. Marci (quem appellatione sacratissimi Principis designat) cautum scribit, ut matris intestatæ hæreditas ad liberos pertineat.

Etiamsi alieno juri subjecti] *d. l. pen.* uti ex contrario quoque mater: licet in potestate patris sit, admittitur ad bona liberorum. Er ergo uti mater filiafam. & hi liberi jussu patris adibunt, *§ postea 2. tit. præc.* Matrem autem, de cujus successione quæritur, sui juris fuisse, cum moreretur, oportet: alioqui si jus illorum temporum spectamus, hæredem ab intestato habere non potuit. Plane hodie post *Nov. 118.* etiam filij & filiæfa. intestati hæredes habent in adventitiis; quorum ipsis concessa proprietas.

Ei præferuntur consanguineis] Filius & filia ex Orficiano pleniore jure vocantur ad hæreditatem matris, quam ipsa ad illorum ex Tertylliano: illi enim vocantur cum prærogativa ante omnes, non modo agnatos, quos etiam in Tertylliano mater excludit, verum etiam ante defunctæ matris fratres consanguineos, cum in Tertylliano consanguinei defuncti præferatur matri. & quamvis v. c. ex duobus filiis alter adierit, alter repudiaverit hæreditatem matris, tamen ad consanguineum aut agnatum defunctæ proximum pars repudiata non pertinet, sed accrescit alteri filio, *l. 1. §. sed si nemo 9. hoc tit.*

TEXTUS.

1. Sed cum ex hoc Senatusconsulto nepotes & neptes ad aviæ successionem legitimo jure non vocarentur, postea hoc constitutionibus Principalibus emendatum est, ut ad

similit æ

similitudinem filiorum filiarumque & nepotes & neptes vocentur.

NOTÆ.

1. NEPOTES ET NEPTES NON VOCARENTUR] Quemadmodum nec avia ex SCto. Tertylliano, §. 2. *prac. tit* Quod autem Modest. *l.* 8. *unde cogn.* respondet, nepotes ad aviæ bona admitti, ad edictum prætoris *unde cognati* pertinet.

CONSTITUTIONIBUS PRINCIP.] Ex quibus tamen tertia parte minus accipiebant, *l.* 4. *C. Th. de leg. hær. §. ult. sup. de hær. quæ ab int.* Hodie autem descendentes omnes æquale ius habent. *Nov.* 118. *c.* 1.

COMMENTARIUS.

UTrumque Senatusconsultum & Tertullianum & Orficianum reverentia quadam juris veteris in primo gradu cognationis substitit: atque ut Tertullianum soli matri filiorum & filiarum detulit hæreditatem, aviam ad hæreditatem nepotum neptumve non admisit, sic Orficianum similiter filios duntaxat & filias vocavit ad successionem matris, non etiam nepotes & nepres ad successionem aviæ. Nam quod Modestinus *l.* 8. *unde cogn.* respondet, nepotes, atque adeo etiam vulgo quæsitos, ad aviæ bona ab intestato admitti, ad edictum prætoris pertinet, quo deficientibus legitimis ad bonorum possessionem vocantur proximi cognati.

Constitutionibus Principalibus] Principes Valentinianus, Theodosius & Arcadius etiam nepotes & neptes vocarunt ad legitimam successionem aviæ, *l.* 4. *C. Theod. de legit. hær.* ut tamen tertia parte minus acciperent, quam pater eorum vel mater habituri fuissent. De quo diximus ad *§. ult. sup. de hær. quæ ab intest.* Novissimo iure in successione ab intestato descendentes omnes æquale ius habent, nec sexus, fratris aut agnationis ulla amplius prærogativa est. *Nov.* 118.

TEXTUS.

2. *Sciendum autem est, hujusmodi successiones, quæ ex Tertulliano & Orficiano Senatusconsultis deferuntur, capitis deminutione non perimi, propter illam regulam, quæ novæ hæreditates legitimæ capitis deminutione non pereunt: sed illa sola, quæ ex lege duodecim tabularum deferuntur.*

NOTÆ.

2. CAPITIS DEMINUTIONE NON PERIMI] Scil. minima, quæ salva civitate contingit: nam amissa libertate aut civitate de successione quæri non potest, *l.* 1. *§.* 8. *h. t.*

REGULAM, QUÆ NOVÆ HÆREDITATES] *l.* 7. *de cap. min. l.* 11. *de suis & legit.* Rationem reddit Paul. *d. l.* 7. quia novis legibus & hisce SCtis personæ succedentium naturali nomine, puta matris & filij designantur: secus atque lege 12 tabb. qua vocantur sui hæredes & adgnati, quæ nomina sunt civilia, & qualitates, quæ capitis deminutione pereunt, *§. ult. sup. de leg. agn. tut.*

COMMENTARIUS.

REgula juris est, novas hæreditates legitimas capitis deminutione non perimi, *l.* 7. *de cap. min. l.* 12. *de suis & legit. l.* 1. *§. capitis* 8. *hoc tit.* Novas hæreditates appellat, quæ novo iure post legem 12. tabb. deferuntur vel ex constitutionibus vel ex Senatusconsultis, *dd. ll. & l.* 3. *in fin. de hæred. pet.* Capitis autem deminutionem minimam intelligi, manifestum est, scilicet quæ contingit salva civitate: nam libertate aut civitate amissa de successione quæri non potest, *d. l.* 1. *§. capitis.* Hujus regulæ rationem hanc Paulus affert *d. l.* 7. *de cap. min*, quod novis legibus & hisce Senatusconsultis hæreditates sic deferantur, ut personæ naturaliter designentur, id est, nomine naturali, puta matris aut filij filiæve: quæ nomina ut naturalia sunt, ita post capitis deminutionem adhuc manent.

Illa sola quæ ex lege duodecim tabb.] Propterea quod lege 12. tabb. hæreditas sic defertur, ut personæ designentur civiliter, id est, civili nomine, suorum scilicet hæredum & agnatorum; quæ nomina cum civillia sint, minima quoque capitis deminutione pereunt, *§ ult. sup. de leg. agn. tut.*

TEXTUS.

3. *Novissime sciendum est, etiam illos liberos, qui vulgo quæsiti sunt, ad matris hæreditatem ex Senatusconsulto admitti.*

NOTÆ.

3. QUI VULGO QUÆSITI] Et hi matri quoque succedunt simul cum liberis legitimis, nisi mater sit illustris, & legitimam sobolem habeat: nati autem ex contubinatu (sc. licito, *μὴ ἐξὸν μιγῆναι*) pariter cum legitimis admittuntur etiam ad matris illustris successionem, *l. pen. C. h. t.* Ni-

mirum mater semper certa est, & in his SCtis personæ naturaliter designantur.

COMMENTARIUS.

1 *Ex concubina natos meliore conditione esse, quam vulgo quæsitos, & hos, quam natos ex damnato coitu.*

2 *Quid moribus hic receptum.*

Sicut mater ex Tertylliano succedit liberis etiam vulgo quæsitis, ita vicissim & vulgo quæsiti matri succedunt ex Orficiano, *l. 1. §. 2. hoc tit.* propter rationem, quam paulo ante indicavi, & sub §. *ult. præc. tit.* Succedunt autem matri non tantum, cum soli sunt, sed simul etiam cum liberis ex justo matrimonio procreatis, nisi mater illustris sit, cui spurij non aliter ex constitutione Iustiniani succedunt, quam si legitima soboles deficit, ne stirpis claritudo ista labe & memoria maternæ infamiæ dedecoretur, *l. pen. C. eod.* Sed & præteriti de inofficioso matris testamento dicere possunt, *l. si suspecta 29. §. de inof. test.* Inter 1 patrem vero & spurios ius idem mutuæ successionis non est. Porro sciendum est, liberos naturales, id est, natos ex concubina, paulo meliore conditione esse, quam spurios seu vulgo quæsitos, sive de successione matris quæratur, sive de successione patris, & utrosque meliore, quam natos ex complexu damnato incestove. Naturales seu nati ex concubinatu admittuntur una cum legitimis ad matris etiam illustris & per matrem adscendentium successionem, *d. l. pen. C. hoc tit.* Denique & patri naturali ex jure novissimo in duas uncias una cum matre dividendas succedunt, nisi ille liberos legitimos vel uxorem reliquerit, quo casu alimentis contentos esse oportet. *Nov. 89 cap. 12. unde auth. licet, Cod. de nat. lib.* quorum neutrum pertinet ad παραλλαγάς. Ex incesto aut damnato legibus coitu procreati nihil ne ex matris quidem successione capiunt; ac ne alimenta quidem petendi ius habent. *d. Nov. 89. cap. ult. Nov. 74. cap. ult. auth. ex complexu. C. de incest. nupt.* quem tamen rigorem mitigavit æquitas iuris Canonici, *cap. cum haberet, in fin. de eo qui dux. in uxor. quam adult. p. ll.* Sane nec putarem ius civile refragari, quominus magistratus, ex officio liberis hujusmodi, alias fame perituris, alimenta jubeat subministrari: nam & pater, licet incestuosus & impius, alendus est, quia pater est. *Nov. 12. cap. 2.* vid. Paræmot. *de noth. & spur. cap. 41. cum seqq. Gail. 2. obs. 115. Christin. vol. 1. decis. 198. & vol. 4. decis. 64.* Mores hac in parte nonnihil 2 à jure Romano discesserunt. D. Gudelinus *lib. 2. de jure noviss. cap. 13. in fin.* scribit, moribus plerarumque regionum liberos naturales, seu natos ex illegitima conjunctione, ne ad matris quidem, aut parentum maternorum bona admitti; & nullibi in his provinciis ad duas uncias hæreditatis paternæ: quod posterius etiam tradit *Vvamesius cent. 1. cons. 42.* & post eum *D. Fulden. comm. in tit. 1. hujus lib. cap. 11.* Apud nos naturales, nec non ex his descendentes, non tantum matri, reliquisque maternæ lineæ parentibus vel in totum vel ex parte succedunt, sed reliquis quoque per matrem coniunctis personis: quoniam respectu matris in causa successionis illegitimi idem juris, quod legitimi, habent, extra quam, si nati sint ex vetito aut nefario complexu; qui cum sobole sua ab omni successione remoti. Et vicissim materni naturalibus in partem dimidiam succedunt, videlicet matre mortua: partem autem alteram fiscus occupat tanquam vacantem. Quod si mater adhuc vivat, universa hæreditas ad fiscum devolvitur, quemadmodum & universa devoluta fuisset ad paternos, si defunctus legitime procreatus fuisset. Eorum, qui nati sunt ἐξ ἀθεμιτογαμίας, ex damnato & punibili legibus coitu, (quos vocamus *over uvonnen bastarts*) hæreditatem fiscus sine distinctione totam sibi vendicat; quasi eorum, qui destituti sint omni cognatione, & tam materna, quam paterna, propter admissum à parentibus nefas, *vid. Grot. lib. 1. manuduct. cap 28. in fi. & cap. 31.* ubi & jura quædam singularia commemorat, concessa quibusdam civitatibus.

TEXTUS.

4. Si ex pluribus, legitimis hæredibus quidam omiserint hæreditatem, vel morte, vel alia causa impediti fuerint, quominus adeant, reliquis, qui adierint, accrescit illorum portio: & licet ante decesserint ad hæredes tamen eorum pertinet.

NOTÆ.

4. SI EX PLURIBUS LEGITIMIS HÆREDIB] Ex Marciano *l. 9. de suis & leg. her.*

LICET ANTE DECESSERINT] Antequam ipsis accresceret, quod diserte expressit Marcian. *d. l. 9.* Cæterum postquam ipsi adierint.

COMMENTARIUS.

Hic locus continet doctrinam omnibus legitimis successionibus communem, nempe si plures sint ejusdem ordinis & gradus, qui simul ad successionem vocentur, & eorum aliqui defecerint,

cerint, portionem illorum cæteris, qui adierunt, accrescere. Ex quo discimus, jus accrescendi non modo locum habere inter hæredes testamentarios, verum etiam inter legitimos sive sui sint, sive alterius generis hæredes. Quod si nullus eorum, qui pari gradu & proximi sunt, adierit, sequentibus ejusdem ordinis hæreditatem deferri docemur §. *pen. sup. de leg. agn. succ.*

Reliquis, qui adierint, accrescit] *L.* 1. §. *sinemo* 9. *hoc tit. l.* 9. *de suis & legit.* unde totus hic locus descriptus est. Ratio est, quia nemo hæredem pro parte habere potest, aut diversi generis successores, puta hæredem legitimum & fiscum, *sup. de her. inst.* §. 5. *l.* 11. *de acq. hær. l.* 20. *C. de jur. del.* Illa autem ratio, quod nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, adæquata non est, sed particularis, ubi ex pluribus testamento institutis alii adeunt, alii omittunt, aut pars aliqua vacat.

Licet antedecesserint] His verbis non hoc significat Imperator, portionem hæreditatis, quæ uni ex legitimis hæredibus delata sit, mortuo eo antequam hæreditatem adeat, ad hæredes ejus pertinere, iisque portionem deficientium accrescere: certum enim est, hæreditatem non aditam non transmitti, *l. unic.* §. 5. *C. de cad. toll.* portionem autem accrescere portioni *l. si Tit. to.* 33. *in fin. de usufr.* ut proinde nihil hæredibus illius legitimi hæredis, qui non adiit, accrescere possit: sed si decesserit, antequam ipsi accresceret; quod diserte expressit Marcian. *d. l.* 9. *de suis & l.* 8 hoc est, si decesserit postea quidem, quam portionem sibi ab initio delatam adeundo vel pro hærede gerendo acquisivisset, sed antequam cohæredes deficerent, eorumque portio ipsi deferretur & accresceret. Plane ad suos hæredes, qui ipso jure sine aditione hæredes existunt, *l.* 14. *de suis, & legit.* & qui ex lege Theodosij hæreditatem non aditam transmittunt, *l. un. C. de hic qui ant. sup. tab.* pars deficientis quoquo modo pertinebit.

TITULUS V.

De Successione cognatorum.

TEXTUS.

Post suos hæredes, eosque quos inter suos hæredes prætor & constitutiones vocant, & post legitimos (quorum numero sunt adgnati, & hi, quos in locum adgnatorum tam supradicta Senatusconsulta, quam nostra erexit constitutio) proximus cognatos prætor vocat.

NOTÆ.

PRÆTOR ET CONSTITUTIONES] Vid. *sup. de leg. agn. succ. in pr. & §. ult. sup. de hær. quæ ab int.*

TAM SCTA QUAM NOSTRA CONSTITUTIO] In adgnatorum ordinem SCta transtulerunt matrem & liberos, Justinianus fratres & sorores uterinos, eorumque & sororum consanguinearum filios & filias, *l. pen.* §. 1. *C. de leg. hær. t.* §. 4. *sup. de leg. agn. succ.* Anastasius fratres & sorores emancipatos, §. *prox.*

PRÆTOR VOCAT] Ad bonorum scil. possessionem; nam cognati hæredes jure civili non fiunt. *Vide inf. comm.*

COMMENTARIUS.

EX antiqua duodecim tabularum duos tantum hæredum ab intestato ordines fecit, suorum & agnatorum. Novæ leges & Senatusconsulta non addiderunt quidem ordinem novum, sed personas quasdam, quæ nec sui hæredes nec agnati revera sunt, suorum hæredum & agnatorum numero esse voluerunt, atque in ordine suorum vel agnatorum una cum vere suis hæredibus aut agnatis ad hæreditatem intestati admitti. Inter suos hæredes novæ leges numerant, suisque per omnia exæquant liberos legitimatos, §. 2. *sup. de hær. ab intest.* Inter eosdem quoque, & simul cum iis vocant nepotes & pronepotes ex sexu fœminco, §. *ult. d. tit.* 1. In agnatorum ordinem Senatusconsulta transtulerunt matrem & liberos, Justinianus fratres & sorores uterinos, eorumque & sororum consanguinearum filios & filias, §. 4. *sup. de leg. agn. succes. l. pen.* §. 1. *C. de leg. hær.* Anastasius fratres & sorores emancipatos, §. 1. *inf. hoc tit.* Prætor verò tres succedentium ab intestato ordines fecit: primum liberorum; (non dixit *suorum* quia ex liberis vocat etiam non suos) alterum legitimorum, in quo vocantur agnati & jura agnationis habentes ex posterioribus legibus, aut ex Senatusconsultis; *l.* 2. §. *ult. & l. seq. unde legit.* tertium cognatorum, in quo admisit omnes, quos sola sanguinis ratio vocat ad hæreditatem, licet jure civili deficiant, *l.* 1. *in pr. l.* 2. *unde cogn.* item eos, qui quod prioribus ordinibus excluſi essent, ex nullo alio capite venire poterant, *l.* 5. *d. cit.* §. 1. *inf. hoc tit.* Tandem Justinianus cognatos omnes etiam hæredes legitimos fecit, adempta agnatis omni prærogativa. *Nov.* 118.

Proximos cognatos prætor vocat] In hoc ordine qui ad successionem vocantur, videlicet cognati, jure

jure civili hæredes non fiunt : sed jure prætorio bonorum possessores : ac proinde pertinent ad *tit. de bon. poss. inf.* Possunt tamen etiam hoc loco considerari, quia prætor bonorum possessores pro hæredibus habet, & vi ipsa hæredes facit. Post *Nov.* 118. cognati jure civili succedunt, ut non magis quam agnati prætoris auxilio indigeant.

TEXTUS.

1. *Qua parte naturalis cognatio spectatur. Nam adgnati capite deminuti, quique ex his progeniti sunt, ex lege duodecim tabularum inter legitimos non habentur, sed à prætore tertio ordine vocantur; exceptis solis tantummodo fratre & sorore emancipatis non etiam liberis eorum: quos lex Anastasiana cum fratribus integri juris constitutis vocat quidem ad legitimam fratris hæreditatem, sive sororis, non æquis tamen partibus sed cum aliqua deminutione, quam facile est ex ipsius constitutionis verbis intelligere. Aliis vero adgnatis inferioris gradus, licet capitis deminutionem passi non sunt, tamen anteponit eos, & procul dubio cognatis.*

Notæ.

1. Adgnati capite deminuti] Id est, minimam capitis deminutionem passi, emancipati aut adrogati; media enim aut maxima capitis deminutio jus omne successionis tollit, *l.* 1. 8. *ad SC. Tert. l.* 1. *C. de har. inst.*

Lex Anastasiana] Hæc posita non est in Codice repetitæ prælectionis, propter *l. ult. C. de leg. hær.* vestigium, *l.* 4. *C. de leg. tut.*

Cum aliqua deminutione] Ut fratres integri juris duplum acciperent, si fides Theophilo. Justinianus autem *d. l. ult.* emancipatos cum reliquis fratribus succedere voluit sine ulla deminutione, eorumque etiam filiis ac filiabus jus legitimæ successionis dedit.

COMMENTARIVS.

Porro jam declarare instituit imperator, quinam illi sint, quos prætor in ordine tertio proximitatis nomine vocat : & ad extremum successionem eorum determinat. Revocemus illos ad tres classes. Primum in eo numero ponit agnatos capite minutos, id est, minimam capitis deminutionem passos : nam media & maxima capitis deminutione interveniente jus omne successionis tollitur, *l.* 1. *C. de hær. inst.* Igitur ut capite deminuti, hoc est, emancipati aut adrogati amittebant jus agnationis & legitimæ hæreditatis, quæ lege 12. tabb. deferebatur, ita nec prætor his dabat bonorum possessionem jure hæredum legitimorum, *l.* 5. *unde cogn. l.* 1. *unde legit.* Cæterum quia jura naturalis cognationis & sanguinis minima capitis deminutione non pereunt, sed post eam salva adhuc & integra manent, §. *ult. sup. de leg. agn. tut. l.* 8. *de reg. jur.* prætor qui tertia edicti parte, qua scilicet proximos cognatos vocat, tantum naturalem sanguinis conjunctionem spectavit, eadem parte recte etiam admisit capite minutos, scilicet post suos & legitimos, *l.* 1. *unde legit. d. l.* 5. *unde cogn.* Ut ecce, frater emancipatus ad fratris sui hæreditatem jure civili propter capitis deminutionem non vocabatur, neque solus, neque cum fratribus integri capitis : unde nec jure honorario venire poterat ad bonorum possessionem ex edicto unde legitimi : sed tertio demum loco admittebatur jure cognationis naturalis, quod capitis deminutione non perimitur.

Exceptis fratre & sorore emancipatis, &c. quos lex Anastasiana] Hæc lex Anastasij desideratur. Incerta sine dubio fuit priori Codici, quoniam hic legenda nobis commendatur : sed in Codice repetitæ prælectionis posita non est propter *l. ult. C. de leg. hared.* ut opinor, qua plenius fratribus & sororibus emancipatis consulitur, & eorum quoque filiis ac filiabus jus legitimæ successionis datur. Anastasius enim solos fratres & sorores emancipatos vocaverat, & cum patris aliqua deminutione, nimirum ut fratres integri juris altero tanto amplius consequerentur, si fides Theophilo. Justinianus vero emancipatos cum reliquis fratribus succedere voluit æquo jure & sine ulla deminutione *d. l. ult.* §. 1. & 3. Itaque hic etiam §. *per d. l. ult.* correctus est : quippe quam post Institutiones jam compositas & editas promulgatam esse apparet ex eo, quod Imp. in ipsa lege mentionem Institutionum facit. Vestigium legis Anastasianæ extat in *l.* 4 *C. de leg. tut.*

Aliis verò adgnatis, &c. anteponit eos, & procul dubio cognatis.] Hoc expeditius procedit post *Nov.* 118. Pertinent etiam ad hanc classem, qui in adoptionem dati sunt à patre, aut qui cum sui juris essent, se adrogari fiverunt : nam & isti jus agnationis ita amittunt, ut cognationis jus in familia naturali erga omnes retineant ; ac propter ea etiam tertio hoc capite à prætore vocantur, *l.* 1. §. 4. *unde cogn.*

TEXTUS.

2. *Eos etiam qui per fœminini sexus personas ex transverso cognatione junguntur, tertio gradu proximitatis nomine prætor ad successionem vocat.*

NOTÆ.

2. EX TRANSVERSO] Additum, quia qui sunt in linea recta, in secundo ordine à prætore vocantur, utpote jus legitimorum hæredum habentes ex SCtis aut constitutionibus.

PROXIMITATIS NOMINE] Hoc nomine proprie cognatio significatur: adgnati enim, & qui legitimum jus habent, licet gradu remotiores, ordine potiores sunt omnibus cognatis, *l.3. l.4. unde cogn. l.8. de suis & leg. §. pen. & ult. inf. h.t.*

COMMENTARIUS.

HÆc secunda classis est eorum, qui à prætore vocantur gradu seu ordine tertio, nimirum qui per muliebrem sexum ex transversa cognationis linea conjuncti sunt, quique agnationis jus, quippe quod à patre oritur, nunquam habuerunt, *l.2. & l.4. unde cogn.* Ait autem differre *ex transverso*: quia qui sunt in linea recta, eos secundo capite prætor vocat: quoniam his jus legitimorum hæredum competit ex Senatusconsultis & constitutionibus, de quibus actum est superius.

Proximitatis nomine] Id est, cognatos, *l.3. d. l.4. unde cogn. l.8. de suis & leg. §. pen. & ult. inf. eod.* In cognatione enim sola proximitas spectatur: agnati vero licet gradu remotiores, ordine tamen potiores sunt omnibus cognatis qui jus legitimum non habent. Sed hodie potiores non sunt, ut sæpe dictum est.

TEXTUS.

3. *Liberi quoque, qui in adoptiva familia sunt: ad naturalium parentum hæreditatem hoc eodem gradu vocantur.*

COMMENTARIUS.

LIberi in adoptionem dati jus cognationis in familia naturali retinent, *l. 1. § 4. unde cognati.* Pertinent autem hi ad primam classem, eorum sc. qui jus agnationis per capitis deminutionem amiserunt, ut notavimus in fine §. 1. *hoc tit.* Quod si ab adoptivo patre emancipati fuerint, vivo adhuc patre naturali, recipiunt gradum liberorum, *l.4. unde lib.* & perinde admittuntur ad bona patris naturalis, ac si ab ipso emancipati essent, nec unquam fuisset in familia adoptiva, ut scil. jam ex prima parte edicti veniant, qua prætor liberos vocat, §. *at hi.* 10. *junct.* §. *admonendi, sup. de har. qua ab intest. inf.*

TEXTUS.

4. *Vulgo quæsitos nullos habere adnatos, manifestum est: quum adgnatio à patre sit, cognatio à matre; hi autem nullum patrem habere intelligantur. Eadem ratione ne inter se quidem possunt videri consanguinei esse: quia consanguinitatis jus species est adgnationis. Tantum ergo cognati sunt sibi, sicut & matri cognati sunt. Itaque omnibus istis ex ea parte competit bonorum possessio, qua proximitatis nomine cognati vocantur.*

NOTÆ.

4. NULLOS HABERE ADGNATOS] Quia adgnationis jus à patre oritur, quem nullum habent vulgo concepti, *d. l.4. unde cogn. l.23. de stat. hom.* Sed nec concubina nati jus adgnationis in familia patris habent, *l.24. d. tit.* Imo ne cognationis quidem in causa successionis ab intestato, extra casum auth. licet. *C. de nat. lib.*

TANTUM ERGO COGNATI, &c.] *l. 2. unde cogn.* dum tamen ex eo complexu orti non sint, qui jure accusari & puniri queat. *Nov. 74. cap. ult. Nov. 89. c. ult.*

SICUT ET MATRI COGNATI] Leg. ut vet. eod. *ex matre magnati.* Th. ἐκ μητρὸς.

COMMENTARIUS.

1 *Non magis natos ex concubina, quam vulgo quæsitos jus agnationis habere.*

2 *Naturales & spurios ex eadem matre editos; & inter se & cum aliis per matrem conjunctis jus cognatorum habere; ex patris tantum latere junctos non item.*

3 *Natos ex damnato legibus coïtu omnis successionis esse expertes.*

IN tertia classe eorum, qui nomine proximitatis vocantur, sunt vulgo quæsiti; qui & ipsi in-

ter se, & cum aliis per matrem à latere conjunctis jus cognationis habent. Aio, à latere: quoniam inter matrem ipsam & liberos, licet vulgo quæsiti sint, etiam legitimæ hæreditatis capiendæ ultro citroque jus est ex Senatusconsultis & constitutionibus. Post *Nov.* 118. idem jus successionis inter se habent, quod parentes & liberi legitimi.

Nullos habere adgnatos] Ad spurium nullius hæreditas, & ad nullum hæreditas spurij jure agnationis pertinere potest: quoniam agnationis jus à patre oritur, quem nullum habere intelliguntur, qui vulgo concepti sunt; *l. 4. unde cogn. junct. l. cum*
1 *legitima* 19. *l. vulgo* 23. *de stat. hom.* Sed nec natorum ex concubina hæreditas ad ullum jure agnationis pertinet: quia etsi patrem demonstrare possunt, jura tamen agnationis in familia patris non habent; quippe quæ nemo ex naturalibus liberis consequitur, nisi qui ex legitimo matrimonio natus est: cæteri omnes matrem sequuntur, *d. l. 19. l. lex* 24. *de stat. hom. Forster. tract. de her. quæ ab int. circa fin. lib.* 1.

Ne inter se quidem possunt videri consanguinei] Argumentum à remotione generis ad remotionem speciei. Si vulgo quæsiti non sunt inter se agnati, nec erunt inter se consanguinei: quoniam consanguinitas est species agnationis. Etenim agnati omnes sunt, qui per virilem sexum conjunguntur: consanguinei soli fratres & sorores eodem patre nati. Quare si jure agnationis hæreditas ad vulgo quæsitos pertinere non potest, nec poterit jure consanguinitatis, *l. 4. unde cogn.* Ex hoc autem loco apparet, consanguineitatem non esse ordinem per se, sed gradum, in ordine agnatorum. Qua de re abunde supra *de leg. agn. succ.*

Cognati sunt sibi, sicut & matri.] *L. 4. §. 2. de grad. & affin. l. 2. unde cogn.* An igitur liberi extra nuptias concepti, sive vulgo, sive ex concubina, matri tantum & maternis cognati sunt, non etiam patri & paternis? Sunt sane: & naturalis hæc cognatio obstat, quominus pater filiam, frater sororem vulgo quæsitam uxores ducere possint, *l. 14. §. 2. l. & nihil* 54. *de rit. nupt.* Cæterum in causa successionis ratione patris jus cognationis nec inter se, nec cum patre, aut conjunctis per patrem habent; quantumvis nati sint ex concubina: quanquam hos Justinianus patri succedere voluit in duas uncias, si nulli liberi legitimi nec uxor supersit, *auth. licet, C. de natur. lib.* quod tamen in his regionibus non observari, monuimus
2 sub *§. pen. superioris tit.* Sic ergo habeto: Fratres naturales & spurij ex diversis matribus, quamvis geniti eodem patre, nec sibi invicem, nec legitimis genitorum liberis, aliisve per patrem conjunctis, succedunt. Contra vero etiam fratres illegitimi, sive ex concubina sive vulgo nati, ex eadem tamen matre, licet diversis patribus, geniti, invicem sibi jure cognationis succedunt, & item per matrem à latere conjunctis; & hi vicissim illis, *d. l. 1. unde cognat. & hoc text.* dum tamen ex eo complexu orti non sint, qui jure accusari & puniri queat. Nam ex damnato & secundum leges, ut loquuntur, punibili coitu nati omnis successionis sive paternæ sive maternæ, tam ex testamento, quam ab intestato penitus sunt incapaces; nec ullum vel cognationis jus cum patre matreve (quod est extra controversiam) nec inter se ipsi, aut cum aliis per patrem matremve à latere conjunctis habent. Quippe cujusmodi sobolem nec liberorum nomine censendam, nec eam, ex qua nati appellatione matris, Justinianus constituit: proinde nec fraternitatis inter illos necessitudo esse videtur, quæ faciat successioni locum. Per *c. ult. Novell.* 74. & *c. ult. Nov.* 89. Glossa comm. approbata in *l. ult. C. de natural. lib. Cagnol. in l. pen. C. ad Senatusconsf. Orfic. Palæot. de noth. & spur. cap.* 43. *Forster. tit. de success. eor. qui ex damnat. coit. conclus.* 5. *Anton. Fab. Cod. suo, lib. 6. tit.* 33. *decis.* 3. 7 & 8. *Fachin. 6. cont.* 10. *Diss. Christin. vol.* 1. *decis.* 198. & *ibi citati.* De jure patrio dixi sub *§. penult. præc. tit.*

TEXTUS.

5. Hoc loco & illud necessario admonendi sumus, adgnationis quidem jure admitti aliquem ad hæreditatem, etsi decimo gradu sit, sive de lege duodecim tabularum quæramus, sive de edicto, quo prætor legitimis hæredibus daturum se bonorum possessionem pollicetur. Proximitatis vero nomine iis solis prætor promittit bonorum possessionem, qui usque ad sextum gradum cognationis sunt, & ex septimo à sobrino sobrinaque nato natave.

NOTÆ.

5. ETSI DECIMO GRADU] Nam adgnatorum successionem verius est nullo fine terminatam fuisse. Per *§. 3. sup. de leg. agn. succ. §. ult. inf. servo. cogn. l. 2. §. 1. de suis & leg.*

COMMENTARIVS.

1 *Cur latius agnatorum successionem diffundi placuerit, quam cognatorum.*

2 *In obscuro esse, cur sexto potius, quam quo alio gradu.*

gradu successio cognatorum determinata, explosa ratione Mynsingeri & aliorum.

3 *Supradictum discrimen sublatum esse.* Nov. 118.

4 *Agnatorum successio an certo gradu terminetur, & an novo jure item cognatorum. Et quid hic usus servet.*

HOc §. determinatur successio eorum qui ex tertio capite unde cognati veniunt, & simul insinuatur differentia, quæ hac in parte sit inter agnatos & cognatos.

1 *Agnationis jure etsi decimo gradu*] Nominis & familiæ propagandæ studium fecit, ut successio, quæ agnationis jure nititur, latius diffunderetur, quam quæ naturali duntaxat cognatione. Nec à prætore in infinitum producenda fuit successio jure civili incognita. Ait, *etsi decimo*. Hoc dicitur ὡς ἐπὶ τὸ πολὺ sexti, quo terminatur successio cognatorum: nam agnatorum successionem verius est nullo fine terminatam fuisse, ut mox audiemus.

Edicto quo prætor legitimis] Nam quibus jus civile legitimam defert hæreditatem, iisdem, etsi hæredes non extiterint, prætor, ut custos & minister juris civilis, etiam jure legitimi hæredis defert bonorum possessionem; quamvis sexto gradu sint remotiores.

Usque ad sextum cognationis gradum] Inclusive, ut loquuntur *l.* 1. §. 3. *l. pen. unde cogn.* Quid prætorem moverit, ut potius sexto gradu, quam quinto aut alio hanc successionem determinaret,
2 difficile est dicere. Paulus 4. *sent.* 11. *in fin.* hanc rationem affert, quod in sexto gradu deficiunt nomina cognationis, quibus personæ proprie denotentur. Mynsingerus, Hotomannus & Uvesembecius aliam afferunt, quia scilicet naturalis cognatio propter vitæ humanæ brevitatem ultra sextum gradum non producatur. Sed hæc ratio, quod pace tantorum virorum dictum sit, perspicue inepta & falsa est. Tractatur enim hic non de successione adscendentium aut descendentium, sed eorum, qui ex latere veniunt, quos ultra sextum aut septimum gradum qui reperiri posse negat, eum necesse est sanæ mentis non esse. Et vero si natura ultra eum gradum neminem patiatur vivere, nec patietur ultra vivere agnatos. Cur ergo hos, licet longe remotiores sint, & jus civile & prætor admitti voluit; Equidem fateor, Paulum quoque de loco eandem illam rationem expressisse, & Modestinum quoque in *l.* 4. *in pr. de grad. & affin.* Verum illi, ut credibile est, in hæc αἰνολογίᾳ respexerunt maxime ad successionem superiorum & inferiorum, id est, eorum, qui sunt in linea recta, & transversa inæquali. Nam in transversa æquali, puta si ex duobus fratribus continua serie sobolem propagatam ponamus, vel vicesimo gradu inter se distantes reperias. De eo nemo dubitat, si Hotomannum exceperis, quin hodie, sublato per *Nov.* 118 agnationis & cognationis discrimine, intelligi debeat sublatum quoque esse discrimen termini successionis; quod pene etiam expressum est in calce *cap.* 3. *d. Nov.* 118. *Gloss. Ioan. Fab. Ang. Vvesemb. hic. Foster. dict. tract.* 3. *cap.* 9. Unum supererat non satis expedi- 4
tum, utrum quemadmodum sextus gradus terminus successioni cognatorum hic positus est, ita etiam decimus præfixus intelligi debeat successioni agnatorum; an vero hæc certo gradu non terminetur. Unde dependent decisio quæstionis, utrum ex novo jure cognati pariter & agnati tantum ad decimum usque gradum succedant, an vero etiam ultra eum. Ut dicamus, decimum gradum terminum successioni agnatorum hic constitutum, multa suadent. Primum enim cur decimi gradus mentionem Imperator facit, si etiam ultra decimum agnati admittantur? Deinde cum utrumque dicat, agnatos succedere etiam qui in decimo gradu sunt, & cognatos usque ad sextum, ratio pati non videtur, ut dicamus, uno numero successionem terminari, altero non item. Postremo nisi finis aliquis successioni agnatorum statuantur, vix unquam prdini tertio, aut quarto, in quo sunt vir & uxor, locus futurus est. Hoc igitur posito, decimo gradu terminatam fuisse successionem agnatorum, dicendum est, æquato cum agnatis jure cognatorum *dict. Nov.* 118. utrosque jam ad decimum gradum admittendos esse, non ultra. Quod & vulgo receptum est, testibus *Ioan. Fab. Ang. Porc. Mynsing. Schneid. Vvesemb.* & apud nos servari tradit *Grot. lib.* 2. *introduct. cap.* 30. Sed in contrarium movet, quod supra Justinianus tradidit, jure agnationis hæreditatem ultro citroque capi, etiamsi longissimo gradu sunt, §. 3. *in pr. de leg. agn. success.* quod & mox ibidem repetit, & iterum §. *ultim. inst. de serv. cognat.* item quod *Vlpian. leg.* 2. §. 1. *de suis & leg.* definit, agnatos esse cognatos virilis sexus, ab eodem ortos in infinitum: in qua definitione effectum & jus succedendi Jurisconsultum considerasse perspicuum est: ideo enim virilis sexus tantum meminit, ut significet, masculos solos, non etiam fœminas agnatas, consanguineis remotiores, jus legitimæ successionis habere, §. 3. *sup. de leg. agn. success.* Et denique quod lex duodecim tabularum simpliciter & sine ulla determinatione gradus, si suus hæredes non exrent, proximum agnatum familiam habere jubet. Nec difficilis responsio ad ea, quæ pro communi sententia proferuntur. Nihil enim prohibet, quominus dicamus, simpli ratione tantum gratia, hic decimi gradus mentionem fieri. Non enim eodem modo de agnat & cognatis

imp. loquitur. De agnatis non loquitur determinative: sed ait, eos succedere etsi decimo gradu sint, utens rotundo & certo numero pro incerto. De cognatis contra determinative: ait enim eos succedere usque ad sextum gradum. Porro facile evenire potuit, ut defunctus vel nullos agnatos relinqueret propter emancipationes, vel ut agnati in suo ordine non succederent. puta si proximus defeciſſet, §. *placebat 7. ſup. de leg. agn. ſucc.* His jam consequens est, post *d. Nov.* 118. etiam cognatos ultra decimum gradum succedere debere uti etiam in *fin. cap.* 3. *d. Nov.* omnes deinceps à latere cognati simpliciter & sine ulla determinatione vocantur. Quæ sententia Baroni quoque & Bachovio probatur, item Gudelino *lib. 2. de jur. nov. cap.* 15. & *Valent. Forſtero d. tract. lib. 3. cap* 10. *in fin.* sed is in eo fallitur; quod ita etiam moribus receptum putat: contrarium enim testantur pragmatici illi omni exceptione majores, quos ante citavimus; & apud nos constat, deficientibus cognati decimi gradus bona defuncti ad fiscum devolvi. *Grot. 2. man. d. 30.*

Sobrino ſobrinaque nata nato ve] Bonorum possessio, ait Ulpian. qua ex hac edicti parte datur, cognatorum sex gradus complectitur, & ex septimo duas personas, sobrino & sobrina natum & natam, *l. 1. §. 3. unde cognit.* Propter has autem duas personas, quæ ex septimo veniunt, Paulus videtur septem gradus constituisse, *lib. 4. sent. 11. in fin.*

RATIO SUCCEDENDI *ab inteſtato ex jure noviſſimo.*

De successione liberorum.

1 *Jure novell. liberos omnes, non habita ratione familiæ ſexus gradus, cæteris omnibus in ſucceſſione parentum præferri: & quæ inde conſectaria.*
2 *Duæ cauſæ, in quibus alia perſona cum liberis admittitur.*
3 *Quis ſuccedendi in hoc ordine modus.*
4 *De liberis legitimatis, illegitimis, & adoptivis, remiſſive.*

1 SUccedentium ab inteſtato tres ordines Justinianus noviſſime fecit. *Nov.* 118. Primus est descendentium sive liberorum defuncti. Hos voluit cæteris omnibus præferri, soloſque admitti ad hæreditatem parentum inteſtato mortuorum, & ita admitti omnes, ut neque sexus, neque familiæ, neque gradus ulla prærogativa esset: sed sive masculi sint, sive fœminæ, sive ex masculis, sive ex fœminis descendant; & sive suæ sint poteſtatis, sive sub poteſtate; primi sive inferiorum graduum, adscendentibus omnibus & lateralibus præponerentur, *d. Nov.* 118. *cap.* 1. Ex quo primum intelligimus, liberos emancipatos in hac succeſſione suis sic exæquari, ut illi jam non amplius indigeant auxilio prætoris. Etsi nihilominus ad acquirendam hæreditatem eamve ad quoscumque hæredes transmittendam, necessaria iis sit aditio, uti & iis, qui ex fœminis descendunt, ut bene doctiſſimus Vigl. in §. *ſed hæc, ſup. de exhær. lib.* Deinde sic admitti, ut etiam patri, in cujus poteſtate defunctus fuerat, præferantur in iis bonis, quæ patri ex constitutionibus non acquiruntur, quod etiam expreſſe *d. cap.* 1. cautum est. De pluribus autem gradibus liberorum sic statuit, vivos quidem liberos primi gradus obstare nepotibus ex se natis in successione avi: illis autem mortuis, nepotes in locum eorum succedere & admitti ad successionem avi, sive soli sint, sive cum filiis defuncti, iisdemque thiis suis concurrant; ut jam olim juris fuit in nepotibus suis hæredibus, §. *cum filius 6. ſup. de hær. quæ ab int.* Quid si filius emancipatus sit, nepos in poteſtate retentus? Dicendum est, filium solum excluso nepote admitti, ut nunc amplius locus non sit edicto *de conjungendis cum emanc. lib. arg. d. c.* 1. quod & D. Gudelinus *lib. 2. de jur. nov. c.* 13. *poſt D. Vueſemb. in par.* ad illud edictum, recte observavit: utut id negent *Cuiac. ad hanc Nov. & Hotom. ad calcem tit. de hær. quæ ab int.* Duo tantum sunt casus, quibus parens superstes cum liberis ad certam partem jure singulari admittitur; pater in usumfructum virilis partis bonorum, (quæ ex hæreditate materna ad filios emancipatos pervenerunt, *l. 3. C. de bon. matern.*) conjux inops in bona conjugis locupletis pro quarta aut virili ususfructus eorum. *Nov.* 53. *cap. ult. Nov.* 117. *cap.* 5. *auth. præterea, unde vir & ux.* de quo pluscula D. Tuld. comm. *de hær. quæ ab int. c.* 14. Cæterum neutrum horum jure patrio obtinet. Modus succedendi in hoc ordine talis est. Nepotes sive soli sint, diversarum tamen stirpium, sive cum thiis suis concurrant, succedunt in stirpes; quoniam jure repræsentationis semper veniunt, ut scilicet in parentis demortui locum succedant, non habita ratione, cujus sexus parens fuerit, aut an liberos in poteſtate habuerit, nec ne, *d. cap.* 1. quod repræsentandi jus etiam in pronepotibus, & deinceps cæteris locum habet, concurrentibus cum iis, qui sunt gradu proximiores. Per §. *ult. ſup. de hær. quæ ab inteſt.* Liberi vero omnes, qui ejusdem sunt stirpis & gradus, in capita succedunt, id est, viritim, ut æqualiter hæreditas inter eos dividatur, *d. c.* 1. *facit §. 6. & d. §. ult. de hær. quæ ab inteſt.* Sciendum autem est, Justinianum toto *d. cap.* 1. *Nov.* 118.

loqui

loqui de solis liberis natis ex justo matrimonio; quibus tamen etiam exæquati sunt in hac causa liberi legitimati, §. 2. *sup. d. tit.* ubi diximus. *Nov.* 74. & 89. De illegitimorum successione alibi tractavimus, §. *pen. sup. de Senatusconf. Orfic.* In successione adoptivorum sequendum, quod constitutum est *l. pen. C. de adopt.* de quo non uno loco diximus sub *tit. de hæred. quæ ab intest.* Sæpe etiam alibi monuimus, apud nos adoptionem in usu non esse, certè non tribuere jus liberorum, aut cognationis omnino, ut sub *rubr. de adopt.* & sub. *tit. de exhær. lib.*

De successione parentum.

1 *In hoc ordine quis succedendi modus; & an referat, unde bona obvenerint.*
2 *Qui pariter cum adscendentibus admittantur, & in quam partem.*

SEcundus ordo adscendentium est, sive parentum. Hi liberis defuncti non extantibus ad legitimam liberorum suorum hæreditatem vocantur hoc modo. Si nec fratres defunctus reliquerit, succedunt soli, & soli inter eos, qui sunt gradu proximi, *d. Nov.* 118. *cap.* 2. Et siquidem ex eadem sunt linea, succedunt in capita: quippe in hoc ordine locum non habet repræsentatio, *d. c.* 2. *auth. defuncto. C. ad sen. Tertyll.* sin ex diversa, tanquam in stirpes: ut semissem unum paterni, alterum materni, licet impares numero, consequantur, *d. c.* 2. Nec attenditur, unde bona, aut major bonorum pars defuncto obvenerit, à paterna linea, an à materna, per *d. c.* 2. *vers. si autem, Gudelin. lib.* 2. *de jure noviss. c.* 14. *Fab. Cod. suo, lib.* 6. *tit.* 33. *defin.* 2. Quod si cum adscendentibus inveniantur simul fratres ex utroque parente defuncto conjuncti, non soli parentes ad hæreditatem admittuntur, sed una cum horum proximis fratres & sorores superstites: quæ successio in capita est, & hoc singulare habet, quod nec usus-fructus portionis fratribus delatæ parentibus, quorum in potestate sunt, acquiratur, *d. c.* 2. *vers. si vero.* Postea cum parentibus & fratribus germanis admissi etiam eorum fratrum demortuorum filii in stirpes, data his portione, quam pater eorum superstes accepturus fuisset, *Nov.* 127. *cap.* 1. *auth. cessante C. de leg. hær.* Nepotes ex fratre non idem juris habent; neque fratres consanguinei tantum cum patre, aut uterini cum matre admittuntur, per *d. cap.* 2. *authent. defunct. C. ad Senatusconsult. Tertyll. ubi DD.* Sed nec fratrum germanorum filii soli cum parentibus ex *d. Nov.* 127. succedunt; verum ita demum, si fratres concurrant. De parentibus illegitimis statuendum ex successione liberorum illegitimorum: de adoptivis ex jure veteri & *leg. penult. Cod. de adopt.*

De successione lateralium.

1 *Qui primi in hoc ordine: & qua ratione vocentur.*
2 *Utrum fratrum filii, quando soli sunt, in capita, an in stirpes, succedant.*
3 *Qui secundo loco veniant & utrum fratres consanguinei & uterini concurrentes ex æquo in bona omnia defuncti fratris, an illi in paterna, hi in materna, succedant.*
4 *Qui qua ratione postremo loco vocentur.*

TErtius ordo collaterales habet, qui omnes ex *d. Nov.* 118. *cap.* 3. veniunt remoto discrimine sexus, agnationis cognationisve. Hos inter primum locum obtinent fratres sororesque germani seu ex utroque latere conjuncti; cum quibus tamen admittuntur & fratrum eorum defunctorum filii jure repræsentationis, ut tantum ferant, quantum pater eorum habiturus fuisset: & quamvis soli sint, præferuntur tamen defuncti thiis, atque adeo fratribus ex uno tantum latere defuncto conjunctis, quemadmodum pater eorum, si vixisset, iisdem defuncti fratribus, & tam consanguineis, quam uterinis præferendus fuisset *d. c.* 3. *auth. itaque C. comm. de success.* Omnia contra rationem juris veteris, quo jure fratres, qui tantum consanguinei sunt, idem jus habent, quod germani; & ad patruos æquè, ut ad fratrum filios legitima hæreditas pertinet, nec non ad avunculos æquè, atque ad filios sororum honoraria, *l.* 1 §. *pen. unde cogn. vid. sup. d. legit. agn. succ. & de success. cogn.* Illud non satis expeditum est, num fratrum filii, quando soli existunt, in stirpes, an vero in capita ex jure novissimo succedere debeant. Accursius censuit, etiam tunc in stirpes succedere. Azo contra in capita. Uterque magnos habet propugnatores, quos vid. apud *Fester.* 8. *de success. ab int. c.* 3. *Fachin.* 6. *cont.* 3. Mihi semper probabilior visa est Azonis sententia, propterea quod juri veteri & constitutionibus quoque posterioribus consentanea est §. *hoc etiam sup. de leg. agn. success. l.* 2. §. 2. *de suis & legit. l. pen. & ult.* § 3. *C. de legit. hær.* nec ostendi potest, Justinianum quicquam, quod quidem ad hanc causam attinet, innovasse. Nam quod Accursius eumque secuti aiunt, constitutione Justiniani filios fratrum, jure repræsentationis vocari, atque ex eo sic argumentantur; Qui jure repræsentationis succedunt, illi non aliter succedere possunt, quam in stirpes, cum non amplius possint accipere, quam is, cujus locum repræsentant, acceptus fuisset, §. *cum filius* 6. *sup. de hær. quæ*

ab.int. At filii fratrum succedunt jure repræsentationis, *d. c.*3. *Nov.*118. Ergo. Ad hoc respondeo, falsam esse illius argumentationis assumptionem, si in sensu diviso, de quo quæritur, accipiatur, hoc est, quando fratrum filii soli succedunt. Nam Justinianus in *d. c.*3. eo tantum casu jus repræsentationis filiis fratrum concedit, quando concurrunt cum patruis aut avunculis suis: quippe cum hoc casu ex sua persona succedere non possint; quoniam uno gradu remotiores sunt fratribus defuncti, quibus ne injuria fieri videatur, jus repræsentationis introducendum fuit, ut in patris locum succederent, atque ex persona ejus vocarentur: quod necessarium non est, cum soli reperiuntur, ut propria ex persona succedere possint. Non obstat exemplum nepotum, quos constat in stirpes semper succedere, sive succedant cum patruis, sive soli, quasi post constitutionem Justiniani eadem plane esset ratio filiorum fratrum, quæ jure veteri nepotum fuit, ut nimirum parentum suorum locum in succedendo perpetuo occupent. Nam hæ duæ species certo jure distinctæ sunt. In linea recta descendentium nunquam proximitas spectatur, *d.* §. *cum filius & §. ult. de hær. quæ ab int.* in linea collaterali perpetuo & sola, *sup. de leg. agn. succ. in pr. & in pr. de succ. cogn. l.*3. *C. de legit. hæred.* unde unum tantum casum, eum quem diximus, excepit Justinianus. Atqui aiunt, fratris filii excludunt defuncti patruum, qui eodem gradu est, *d. c.*3. hoc vero certum esse argumentum, eos non jure proximitatis, sed repræsentationis, succedere. Respondeo, excludunt & fratrem ex uno tantum latere defuncto conjunctum, qui uno gradu est proximior; nec tamen inde sequitur, quod putavit Fachin. *d. loc.* eos hoc casu succedere jure repræsentationis; non magis quam si dicam: filius & filia defuncti patrem & matrem excludunt, qui eodem gradu sunt, ergo succedunt jure repræsentationis. Sed & frater ex utroque latere conjunctus præfertur fratri ex altero latere conjuncto duntaxat, qui tamen eodem gradu est, non tamen jure repræsentationis. Quo igitur? Non alio, quam proximitatis; quia tertium non datur. Concludo igitur, fieri posse, ut aliqui pari gradu constituti jure proximitatis soli succedant, exclusis iis, qui eodem gradu aut etiam proximiore sunt, si illorum jus sit potius, ut ex constitutione Justiniani est jus filiorum fratrum, tanquam descendentium, quam patruorum aut avunculorum, qui instar sunt adscendentium: & jus plenorum sive germanorum fratrum, & horum item filiorum, propter duplex sanguinis vinculum, quam consanguineorum tantum aut uterinorum. *Nov.*84 *c.*1. §. 1. Nec dicat quis, hoc jure posito magnam liberis fratrum inferri injuriam, si forte unus plures, alter pauciores reliquerit. Nam ubi fortuiti casus par in utramque partem ratio est, neuter lædi videtur, *l. si pater.* 12. *C. de inoff. test.* Azonis sententia constitutione Caroli Quinti in comitiis Spirensibus confirmata est, anno 1529. probataque & Gallicanis Parlamentis. *Papon. lib.* 21. *tit.* 1. *arrest.* 11. & 12. *Maynard. lib.*6. *decis.*92. *num.*3. *Costal. in l.*1. §. *ult. m. si pars har. pet.* & plerisque aliis supremæ jurisdictionis curiis. *Tessaur. decis.* 164. *Ant. Fab. Cod. suo, tit. de legit. har. defin.*1. *Christin. vol.*1. *decis.*194. Atque ita quidem ego olim pro Azone. Cæterum postea dum singula *d. cap.* 3. *Nov.*118. enucleatius examino, vereri cœpi, ne non satis ex mente & sententia Justiniani. Sane verbis *d. cap.*3. Azonis opinio minus convenire mihi visa, nisi cum Fachin. *d. loc.* eam sic limitemus, ut eo duntaxat casu procedat quo fratrum filii ex propria persona veniunt: non autem quando vocantur ad exclusionem aliorum, qui alias aut cum iis concurrerent, aut eos ipsos excluderent: de quo nos opulentius *lib.*2. *select. quæst. cap.*30. Post fratres germanos eorumque demortuorum filios admittuntur fratres consanguinei & uterini, & cum his eorum demortuorum filii in stirpes, *d. Nov.*118 *c.*3. *auth. post fratres C. de leg. hær.* Atque hos ex æquo succedere in omnia fratris defuncti bona, sive ea paterna sint, sive materna, sive quæsita aliunde, magna causa est cur existimem; licet DD. comm. contra sentiant, & consanguineis paterna, uterinis materna assignent, aliunde quæsita demum æqualiter censeant distribuenda: uti & *Fostet. lit.*8. *cap.* 8. *Gomez. ad leg. Tauri.*8. *num.*8. *Gudelin. lib.*2. *de jur. nov c.*15. Nam primum bona cujusque undecumque profecta unum & simplex patrimonium ejus constituunt, atque ex vera ratione juris successio fit in bona universa, æqualique jure succedentes æqualiter defunctum repræsentant: qua eadem ratione plerique defendunt, parentes liberis suis, remota quæstione unde bona obvenerint, succedere. *Fostet. lib.* 7. *cap.*4. *num.*6. *& seqq. Fachin.*6. *cont.* 4. *Covarr. epit. de success. ab intest. num.*3. Deinde Justinianus primo utrinque conjunctos simpliciter præfert conjunctis ex uno latere, ac mox post illos etiam hos indistinctè vocat. Quod si causa & origo bonorum spectaretur, vide quæ huic rei sint consequentia. Unum est, ut consanguinei cum germanis admittantur ad bona paterna, uterini cum iisdem ad bona materna. Secundum, ut admittantur, & multo magis, cum eadem distinctione bonorum, consanguinei & uterini cum fratrum germanorum filiis. Etenim in bonis, quæ v. c. à communi patre provenerunt, nihil operari potest aut debet concurrens in altero fratrum defuncti à matre cognatio, aut efficere, ut is ob eam causam præferri debeat conjuncto

tantum

tantum per patrem, si, unde bona obvenerint, non jus succedentium, consideremus: quemadmodum in feudis constat consanguineos à germanis non excludi. *Alvarez in tit. de success. frat. §. in his vero lib. 2. Feud. tit. 11. Cuvt. tract. de feud. part. 3. n. 56.* Denique si defunctus nulla bona materna habeat, sed paterna duntaxat, uterinum hac ratione fratrem consanguineus in totum submovebit. Quæ quidem omnia & cum verbis & cum mente Justiniani in *d. c. 3. Nov. 118.* pugnare videntur, consanguineos & uterinos simpliciter & pari jure ad successionem intestati fratris vocantis. Communis opinio fundatur in *l. d. emancipatis 13. §. 2. C. de legit. hær. & Nov. 84. c. 1. §. 2.* Sed verissimum est, minimèque obscurum, quod etiam D. Gothofr. ad *d. l. 13.* notat, textus istos per hanc Novellam nostram abrogatos esse: quippe in quibus pater fratribus omnibus postponitur; nec tamen alio casu, quam cum patre adhuc vivit, & usumfructum consequitur, ex eadem matre nati in bonis, quæ à matre profecta sunt, consanguineis præferuntur. Postremo veniunt cæteri collaterales, & tam ex uno latere, quam ex utroque cognatione juncti. Quo autem quisque proximior est, ita alterum excludit. Si plures sint ejusdem gradus, in capita familiam dividunt, *d. Nov. c. 3. in fin.* Unde duo colligimus, quæ diligenter notanda sunt. Unum est, quod qualitas duplicis conjunctionis sive plenioris sanguinis non consideratur ultra fratres eorumque filios: alterum, quod jus repræsentationis in hoc ordine fratrum filii terminant. De successione lateralium illegitimorum plene diximus sub *§. pen. de success. cognat.* De lateralibus adoptivis ad *§. 2. de legit. agn. success.*

Forma succedendi ab intestato apud Hollandos & Vvestfrisios.

1. *Quibus in oppidis & agris Scabinico olim jure, & in quibus Æsdomico circa successionem ab intestato usi.*
2. *Successio Scabinica qualis, & quo fundamento nitatur.*
3. *Iuris Æsdomici ratio, & qualis ex eo jure successio.*
4. *Ius uniforme introductum constitutione polit. an. 1580. sed ab eo recessum an. 1599. ut jam iterum duplex apud nos sit succedendi ratio.*
5. *Communia utrinque juris in successione descendentium & adscendentium.*
6. *Vno ex parentibus defuncti liberos non relinquentis mortuo, quid juris apud meridionales ubi viget constitutio politica.*
7. *Qua circa successionem collateralium juxta d. constitutionem in universum tenenda.*
8. *Notatur insignis differentia inter jus Rom. & hoc nostrum, circa jus repræsentationis in linea transversa.*
9. *Quid si nec fratres nec fratrum filii aut nepotes extent: & quid si aliquid d. constitutione omissum, ex quo jure de eo statuendum.*
10. *Forma succedendi apud Septentrionales & Vvestfrisios ex placito de success. ab intest. edito anno 1599. si defunctus nec liberos reliquerit, & alterum tantum parentem superstitem habeat.*
11. *Decisio controversiæ cujusdam orta ex verbis finalib. art. 3. d. plac.*
12. *Quomodo successio collateralium juxta d. placit. procedat.*
13. *Quando avus & avia, fratrum pronepotes & deinceps, & quam in partem singuli vocentur.*
14. *Quando & quomodo patrui, avunculi, & his deficientibus cæteri.*
15. *Quomodo divisio fiat, si cum fratrum filiis nepotes ex fratre concurrant.*
16. *Discrimen bonorum in nulla harum successionum attendi.*
17. *Quod d. placito definitum non est, ad cujus juris normam id exigendum.*
18. *Quando & quando in bonis prædicta constitutiones non obtinet.*

IN his regionibus duplex ratio succedendi ab intestato, eaque toto inter se cœlo distans, usurpata quondam fuit; una ex jure Zelandico, quod nostri *Scabinicum* appellant; altera ex veteri jure Frisiorum, quod *Æsdomicum* sive *Asingicum* dicimus. Illo utebantur urbes & agri Hollandiæ meridionalis, quæ scilicet Rheno & Mosa fluminibus concluditur, cujusque caput est Dordracum: hoc in urbibus & agris trans Rhenum & Yssalam ad Aquilonem positis usitatum erat, videlicet in Noordhollandia, Kennemarlandia, Vvestfrisia, atque in tota etiam Rhynlandia, licet magna hujus territorij pars cis Rhenum sita sit ad Africum. Cæretum Hagacomitatenses, Roterodamenses, quamvis ad plagam Yssalæ septentrionalem positi, Scabinico jure sunt. Juris Scabinici seu successionis Zelandicæ hoc fundamentum fuit, *'t Boedt moet gaen van vader 't gekomen is.* Hoc est, bona eo redire debent, unde profecta sunt: quod tamen sic accipitur, ut liberi semper in locum parentum veniant una mana, ut scilicet non plus omnes accipiant simul, quam parens eorum habiturus esset. Hoc principio posito, graduum aut proximitatis ratio non magnopere habenda fuit, sed potius spectandum, unde bona ad defunctum per successionem pervenerint aut pervenire potuerint. Hinc est, quod

quod si liberi non extarent, prima in successione causa, utriusque simul parentis erat; nimirum quia bona defuncti ab iis profecta censebantur, non quod primo essent gradu. Indidem est, quod altero parente mortuo, nec superstes, nec fratres, nec ulli alij per eum defuncto iuncti ad hæreditatem partemve ullam hæreditatis admittebantur, sed cognati parentis præmortui, etiamsi remotioris essent gradus. Hinc item est, quod utroque parente mortuo fratres germani in concursu cum consanguineis & uterinis, aut horum alterutris, duplici divisione utebantur. Ne plura commemorem, verum juris Scabinici schema nobis exhibet constitutio politica edita anno 1580: excepto quod infinitam collateralium repræsentationem ad fratrum nepotes & patruorum atque avunculorum filios restringit. Ius Æsdomicum contrario fundamento nititur, hoc nimirum, *'t Maeste bloedt beurd het goedt*: id est, proximus sanguine, proximus successione: ita tamen ut hoc jure nihilominus descendentium causa potior esset, quam adscendentium, atque adscendentium, quam lateralium. Cum ergo in unoquoque ordine solam hic proximitatem & gradum spectari placeret, hinc eveniebat, ut ne in liberorum quidem ordine repræsentationi locus esset; sed filij excluderent nepotes, hi pronepotes, &c. ut nulla germanitatis, consanguinitatis aut uterinitatis haberetur ratio: ut patrui & avunculi, amitæ & materteræ cum fratrum & sororum filiis in capita succederent, denique collaterales omnes, uti quisque gradu esset proximus. Plura qui hic nosse desiderat, adeat *C. Neost. ad. de pact. antenupt. obs. 2. D. Gror. lib. 2. manuduct. ad Iurispr. Batav. c. 28. Ioh. Arn. Corvin. in erot. subi. tit. lib. 3 inst.* Ex duobus his tam dissimilibus ac difformibus succedendi modis tandem jus simplex atque informe conflatum est, quod sine distinctione in locis omnibus hujus provinciæ servaretur. Id effectum AA. Ordinum constitutione politica anno 1580. Cæterum cum ea constitutio propemodum in omnibus partibus sequeretur ius Scabinicum, illi autem, qui juri Æsdonico assueti erant, exceptis paucis, mediis Rhenum inter & Yssalam, adduci se non paterentur, ut à re maiorum, præsertim quatenus parentibus favebat, tam longè, quantum d. constitutio, recederent, concessum postea est his querentibus ius speciale, ex Æsdonico & Scabinico mixtum ac temperatum, quod factum anno 1599. constitutione sive placito de success. ab intestato: in cujus placiti principio urbes & agri enumerantur, quibus perentibus hoc ius indultum est. Ex quo tempore iterum diversitate in causa successionis ab intestato uti cœpimus; alio in oppidis & agris Hollandiæ meridionalis; alio in Noorthollandia & Vvestfrisia illic eo, quod in communi sancitum est anno 1580. hic illo temperato, quod specialiter constitutum anno 1599. præterquam in pagis quibusdam & vicis, iis nimirum, quos nominatim hæc constitutio excipit.

Utroque jure in successione ab intestato prima causa est liberorum, in qua successione gradus non quæritur, sed cum liberis primi gradus succedunt & liberi gradus secundi aut inferiorum jure repræsentationis seu in stirpes, ut tantam portionem accipiant, quantam parens eorum latutus fuisset, *art. 20. const. polit. art. 1. placit. de success. ab intest.* in quo nihil dissonum à jure Romano; uti neque in eo, quod liberi, qui aliquid à parentibus acceperunt extra causam simplicis donationis, veluti ad subsidium matrimonij, ad mercaturam, aliamve negotiationem exercendam promovendamve, id fratribus consortibus in divisione hæreditatis conferre debent, *art. 29. de const. pol. l. pen* § 1. *C. de collat.* Igitur quod descendentes attinet, uno communi jure per totam Hollandiam & Vvestfrisiam utimur, scripto Romanorum per omnia consentaneo. Illud quoque in commune statutum & receptum est, ut deficientibus liberis defuncti, si uterque parens primi gradus, sive pater & mater adhuc vivant, hi soli ad universam liberorum suorum successionem veniant, & fratres, quantumvis germanos, eorumque filios excludant, quos simul admittit Iustinianus; *art. 21. d. const. & art. 2. placit.* Altero vero parente mortuo jus variat. In omni autem successione, si fortè brevitatis causa masculorum tantum mentionem faciemus, memento, me eorum appellatione etiam fœminas cognatas complecti. In Hollandia meridionali, ubi antea mero jure Scabinico seu Zelandico utebantur, recepta est in omnibus partibus d. constitutio politica an. 1580. qua constitutione quantum attinet casum propositum cautum est, ut altero è parentibus defuncti, de cujus successione agitur, mortuo, parens superstes à successione excluderetur, neu quis alius descendentium, rupto morte unius è conjugibus thoro, ad liberorum suorum successionem venire possit, *art. 12. & 26. de const. polit.* Vti si in cognatione paterna vel materna aut utraque reperirentur avus & avia ambo adhuc superstites, hi defuncti thiis ex eodem latere, eorumque liberis præferantur, *art. 26. d. const.*

De successione collateralium juxta *d. const. pol.* hæc ante omnia & in universum renenda sunt. Primum uno ex primi gradus parentibus defuncti qui liberos non reliquit, mortuo, sicut parens superstes, aliisque per hunc parentem adscendentes, à successione removentur, ita nec ullos laterales per eundem parentem superstitem defuncto coniunctos ad successionem ejus vel in totum vel

ex

ex parte venire posse. Secundò mortuo utroque parente, hæreditatem tunc dividi in duas æquales partes, quarum alteram paterni, alteram materni ferant; nec considerari, utrum à parte patris, an à parte matris maior pars bonorum obvenerit. Tertio uno duntaxat parentum mortuo, totam hæreditatem ad eos solos pervenire, qui ei, de cujus successione agitur, per illum parentem mortuum coniuncti sunt. Quarto hinc esse, quod mortuo patre & matre fratres & sorores consanguinei, cæterique collaterales ex uno tantum latere defuncto coniuncti, admittantur solum dimidiata seu semiplena manu, ita ut ex utroque latere coniuncti primo semissem totorum bonorũ sibi vendicent: deinde alter semis inter eosdem & ex uno latere coniunctos dividatur: qui iidem contra uno ex parentibus mortuo plena manu veniunt, si defuncto coniuncti sint per parentem demortuum. 8 Hæc ita comprehensa sunt declaratione super ordinat. de succeſſ. edita anno 1554. Postremo & illud sciẽdum quanquam hoc nunc per totam Hollandiam observatur, ius repræsentationis (quod est vetus ius Scabinicum) porrigi tantum in linea transversali ad fratrum & sororum nepotes, & patruorum atque avunculorum filios inclusivè. Vbi notanda insignis inter jus Romanum & hoc nostrum differentia. Nam jure Romano in linea collaterali soli jus repræsentationis habent frâtrum filij, nostro etiam fratrum nepotes, & patruorum atque avunculorum filij. Fratrumque præmortuorum filij & nepotes etiam tunc cum soli sunt, non in capita, sed in stirpes jure repræsentationis succedunt. Inter cæteros autem laterales ius Æsdomicum servari, quo jure qui gradu proximior est, ulteriorem excludit, paresque gradu in capita succedunt, *art.* 18. *d. const. pol.* Quod autem apud Roterodamenses duobus gradibus ulterius, quam dictum est, jus repræsentationis extenditur, ex speciali concessione est. Igitur vel utroque parente vel altero deficiente, fratribus & sororibus, & iure repræsentationis filiis eorum ac nepotibus defertur hæreditas; ut tamen in familia erciscunda, quod ad fratres & deinceps ex uno latere coniunctos attinet, servetur illud discrimen, cujus modo mentio facta, *art.* 22. *& seq.* 9 *d. constit. pol.* Si nec fratres nec fratrum filij aut nepotes extent, rum hæreditas, uti dictum est, in duas partes secatur, quarum unam laterales paterni accipiunt; alteram materni: *art.* 17. *d. constit.* Quod si contingat, adhuc avum & aviam simul, sive paternos sive maternos, in vivis esse, hi soli in eo latere, in quo reperiuntur, hæredes erunt. Sed avo atque avia aut alterutro eorum mortuo, succedunt patrui & avunculi, & jure repræsentationis sive in stirpes etiam eorum filij. In cæteris & remotioribus gradibus ius Æsdomicum servari placet, hoc excepto, quod fratrum pronepotes & deinceps, quamvis quinto aut ulteriore gradu sine, tamen in successione præferantur avo aviæ, & qui supra hos sunt adscendentibus: item patruis, avunculis, eorumque liberis. Cæterum in capita, non in stirpes hæreditatem partiuntur, ut iam dictum est. Si quid inciderit, quod non satis expressè per *d. constit. pol.* decisum videri possit, de eo non ex jure Romano, quod nominatim d. constitutio abrogat *art.* 19. sed secundum præcedentia theoremata, & porro ex jure Scabinico in locis, in quibus hoc usurpatum fuit, statuendum erit.

Apud Hollandos autem septentrionales & 12
Vvestfrisios, qui ante simplici jure Æsdomico utebantur hæc porro forma succedendi ex placito de succeſſ. ab intest. anni 1599. servatur. Mortuo uno ex primi gradus parentibus ejus, de cujus successione quæritur, & qui nec liberos reliquit, parens superstes una cum fratribus defuncti, & fratrum filiis ac nepotibus, per repræsentationem ad intestati successionem admittuntur. *art.* 3. *de plac. de succeſſ. ab int.* Cumque jure Romano parentes cum fratribus defuncti vocentur in capita, *d. Nov.* 118. *c.* 2. hic parens superstes in semissem hæreditatis venit, alter semis inter cæteros dividitur. Cæterum hic etiam cum parente superstite admittuntur fratres ex uno latere, modo per parentem præmortuum, defuncto coniuncti, eorumque filij & nepotes; cum jure Romanorum soli concurrant fratres germani eorumque filij, non etiam nepotes, ut supra demonstratum. Quod 13
si defunctus nullos fratres per parentem prædefunctum coniunctos habeat, tunc ad solum parentem superstitem tota successio pertinet, etiamsi prædictorum fratrum liberi supersint, aut etiam fratres defuncto coniuncti per parentem superstitem duntaxat. Quod deficientibus fratribus germanis nihilominus cum parente superstite admitti dicimus fratres ex uno parente coniunctos dum ex præmortuo, id quidem verbis finalibus *d. art.* 3. *placit. de succ. ab int.* parum convenire videtur: sed tamen lite super ea re exorta inter patrem superstitem & fratrem defuncti ex præmortua matre, Curia provincialis secundum fratrem pronuntiavit; & appellatione quoque deinde interposita, sententia Curiæ à supremo Senatu approbata est. *D. Coren. obs. rer. à sup. Sen. iud.* 29. Cæteri jadscendentes demum post fratres eorumque filios & nepotes, uti quisque proximior est, vocantur, idque in capita. *art.* 7. *d. plac. de succ. ab intest.* Enimvero si defunctus non alios fratres aut fratrum filios nepotesve reliquerit, quã ex uno tantum latere conjunctos, & ex altero latere avum aut aviam, aut his etiam remotiores adscendentes superstites habeat, hoc casu placet

prædictos fratres, eorumque filios & nepotes jure repræsentationis succedere in unum semissem tantum: alter semis proximo memoratorum adscendentium attribuitur, si plures sint ejusdem gradus, viritim distribuendus, *art. 6. d. placit.*

12 Collateralium autem successio sic secundum *d. plac.* procedit. Si neque liberi nec primi gradus parentes extent, fratres frartumque filij & nepotes (qui hic etiam cum altero parente superstite succedunt eo, quo supra diximus, modo) ad universa defuncti bona veniunt, videlicet frartum filij & nepotes jure repræsentationis. *art. 4. de succ. ab intest.* Fratres germani eorumque filij & nepotes in concursu cum consanguineis & uterinis, gemina divisione, hinc consanguineis, illinc uterinis eorumque filiis & nepotibus, partem auferunt, *d. art. 4.* Quod si vel consanguinei tantum, vel tantum uterini, eorumve filij aut nepotes, cum germanis eorumve filiis aut nepotibus cõcurrant, tum duo semisses fiunt, quorum alter inter fratres vel consanguineos vel uterinos, eorumve filios, vel nepotes, & fratres germanos eorumve item filios aut nepotes, dividitur, alterum soli sibi habent germani eorumque liberi quos diximus, utpote qui ex hoc latere nullos alios cohæredes habent, *d. art. 4.* Si fratres germani eorumque liberi primi & secundi gradus deficiant; extent autem fratres consanguinei & simul uterini, aut item utrinque horum filij aut nepotes; hoc casu bona in duas æquales partes dividuntur; quarum una distribuitur consanguineis, & filiis eorum ac nepotibus in stirpes; altera uterinis eorumque item filiis ac nepotibus simili modo in stirpes. Quod si fratres, fratrum filij, aut filiorum filij, qui supersunt, omnes ex uno duntaxat latere defuncto conjuncti sint, tum hi fratres, sive consanguinei sive uterini, eorumque filij & nepotes, per repræsentationem in universa defuncti bona succedunt: nisi fortè avus aviave, aut supra hos alij adscendentes (defuncto per alterum latus iuncti) supersint: quo casu placet memoratos fratres, sive consanguineos sive uterinos, eorumque filios & nepotes, jure repræsentationis admitti in semissem hæreditatis duntaxat: in alterum semissem prædictos avum & aviam alioſve adscendentes pro virilibus portionibus venire, *art. 6. d. placit.*

13 Post fratres omnes eorumque filios ac nepotes ad universam successionem defuncti vocantur avus, avia & cæteri adscendentes jure proximitatis atque in capita: quod etiam locum habet, etsi ab una parte avus & avia, ab altera alter tantum supersit: etque ita porro in remotioribus adscendentibus pari gradu defuncto conjunctis, *d. placit. art. 7.*

Adscendentibus quoque cunctis deficientibus, tum proximi descendentes ex fratrum liberis secundi gradus, pronepotes fratrum scilicet & deinceps, qui quinto gradu aut ulteriore sunt, ad omnia bona defuncti veniunt, exclusis cunctis cæteris collateralibus. Succedunt autem non in stirpes, sed in capita; nec quæritur, utrum progeniti sint ex defuncti fratribus germanis, an consanguineis uterinisve, *art. 8. ad plac.* Ac tametsi qualitas duplicis coniunctionis jure Romano ultra fratres eorumque liberos primi gradus non attenditur, hoc nostro tamen jure finitur demum in fratrum liberis gradus secundi. Post hos vocantur patrui & avunculi in capita, eorumque liberi primi gradus ex repræsentatione, succeduntque in omnia defuncti bona, sine inquisitione, utrum patrui aut avunculi per utrumque parentem patri defuncti iuncti sint, an per alterum duntaxat, *art. 9. d. plac.* Si nec patrui nec avunculi extabunt, soli sanguine proximi ad hæreditatem in capita veniunt, nullo item discrimine habito, utrum cognatio procedat à fratribus utrinque, an ex uno latere duntaxat coniunctis. Et convenienter patrui magni & avunculi magni cum consobrinis æqualiter succedunt, *art. 10.* In successione collateralium repræsentationi locus non est, quando omnes, qui ad successionem vocantur, eodem aut pari gradu cognationis defunctum contingunt, *art. 11. d. plac.* Cæterum si defunctus non alios propiores cognatos reliquerit, quam fratrũ filios, & cum his item nepotem nepotesve alterius fratris filio etiam hujus præmortuo, hoc casu frartum filij succedunt in capita, nepotes fratris in stirpes seu jure repræsentationis, *art. 12.* Porro nulla in successione in locis commemoratis, ubi viget *d. plac. de succ. ab int.* attenditur, unde aut à qua parte bona profecta sint, neque utrũ sint hæreditaria, an ex quæstu, aut aliunde obvenerint, *art. d. plac. 13.* Postremo si quid incidens videri possit, *d. constit. de succ. ab intest.* non satis evidenter definitum, id non ad normam juris Æsdomici Scabinicive, aut constitutionis politicæ, (quippe quæ, quod ad successiones ab intestato in prædictis locis attinet, sublata est) sed ad rationem juris scripti Romanorum dirigendum erit, uti nominatim cautum *art. 14. d. constit. de succ. ab int.* Illud etiam sciendum est, prædictas constitutiones DD. Ordinum non alias locum habere, quam si testamentis, pactis antenuptialibus, aliisve modis, expressis *art. 19. & 29. constit. polit.* aliter cautum non probetur. Successionibus quoque feudalibus nihil istis constitutionibus derogatum est: proinde in feudis antiqua & propria natura succedendi etiam nunc sequenda erit, de qua tractatum scripsit D. Neosladius piæ memoriæ, supremæ apud nos Curiæ quondam Senator. *add. D. Hug. Grot. introduct. ad Iurispr. Batav. lib. 2. cap. 41.*

14 15 16 17 18

TITVL.

TITULUS VI.

De gradibus cognationum.

TEXTUS.

Hoc loco necessarium est exponere, quemadmodum gradus cognationis numerentur. Quare in primis admonendi sumus, cognationem aliam supra numerari, aliam infra, aliam ex transverso, quæ etiam à latere dicitur. Superior cognatio est parentum: inferior liberorum: ex transverso fratrum sororumve, & eorum, qui quæve ex his generantur: & convenienter patrui, amitæ, avunculi, matertera. Et superior quidem & inferior cognatio à primo gradu incipit: at ea, quæ ex transverso numeratur, à secundo.

NOTÆ.

GRADIBUS COGNATIONUM] Gradus dicti sunt à similitudine scalarum, locorumve procli vium, quos ita ingredimur, ut à proximo in proximum, id est, eum qui quasi ex eo nascitur, transeamus, *l. ult. §. 10. h. t.*

COMMENTARIUS.

1 *Causæ, ob quas cognationum gradus nosse oporteat: & cur seriem generationum, gradus Iurisconsulti vocitent.*

2 *Qua serie gradus numerentur tum in cognationis linea recta, tum in laterali.*

1 NOn unam ob causam Iurisconsultus cognationum gradus nosse debet: nam & legitimæ hæreditates & tutelæ ad proximum quemque agnatum redire cõsueverunt, & edicto prætor proximo cuique cognato dat bonorum possessionem, *l. ult. in pr. de grad. & affin.* & jure novissimo ab intestato tam ad hæreditatem, quam ad tutelam cognati omnes, id est, non tantum agnati, sed etiam cæteri cognati, servata gradus prærogativa, vocantur. *Nov. 118. c. 4. & 5.* Præterea lege publicorum judiciorum contra certi gradus cognatos inviti testimonium dicere non cogimur, *l. 4. de test. d. l. ult. de grad. & affin.* Sed & propter nuptias distinctio graduum cognationis cognoscenda est, maximè post ius Canonicum quod hic diversa à jure civili dinumeratione uti cœpit: quam differentiam, eo quod in causis matrimonialibus duraxat etiam in foro ecclesiastico servatur, supra exposui ad §. 4. *de nupt.* Primus autem & potissimus hujus disputationis usus jure civili in hæreditatibus cernitur: atque ob hanc causam ait Imperator, necessarium esse hoc loco exponere, quomodo gradus cognationum numerentur. Itaque proposita primum divisione cognationis respectu linearum, in quibus gradus collocantur, gradus ipsos deinde specialiter enumerat, eorumdemque numerandorum rationem hoc titulo ostendit. Gradu Iurisconsulti μεταφορικῶς vocant ipsam generationum seriem, quod alij ab aliis, quasi gradibus quibusdam oriantur. Gradus, inquit Paulus, dicti sunt à similitudine scalarum, locorumve proclivium, quos ita ingredimur, ut à proximo in proximum, id est, in eum, qui quasi ex eo nascitur, transeamus, *d. l. ult. §. grad. 10. d. grad. & affin.*

Aliam supra, aliam infra, aliam ex transverso] Linea graduum cognationis duplex est; una recta & perpendicularis, altera transversa sive lateralis: illa vel est superior, in qua sunt parentes, id est, omnes adscendentes; vel inferior, in qua liberi, id est, descendentes: hæc eorum est qui ex latere veniunt, fratrum scilicet & sororum, & qui ex his generantur, item patruorum &c. Estque vel æqualis, in qua latera utrinque coëunt, quæ scilicet eorum est, qui pari gradu distant à communi parente: vel inæqualis, cum alter est remotior, ut patruus & fratris filius. Recta linea & sursum & deorsum initium capit à primo gradu: transversa autem incipit à gradu secundo, *l. 1. §. 1. l. ἐμμωλὴ, de grad. & affin. & hoc text. in fin.* Ut ecce, pater recta generat filium; filius recta generatur à patre, & ita deinceps adscendendo aut descendendo progrediendum; tot demque gradus numerandi, quot sunt generationes. Lateralis autem cognatio ex alio originẽ trahit, quã de cujus hæreditate agitur puta fratris ex patre aut matre, patrui & avunculi ex avo & aviamã frater, verbi causa, à fratre non generatur, sed ut ortus utriusque auctor est cõmunis parens; ita & conjunctio eorum ab eo pendet. Itaque quamvis gradus semper numerentur per generationes, id tamen in cognatione laterali fit serie nonnihil diversa. Etenim cum à latere ad latus perveniri non possit, nisi per eum transeas, à quo veluti communi limite utrumque latus descendit, necesse est primum ut ab eo, de cujus cognatione quæritur, ad communem cognationis auctorem, ἐπὶ τὸ ἀναγκαῖον κοινὸν πρόσωπον, ut Theoph. *de legit. agn. succ. in princ.* sursum progrediare, & inde rursus deorsum ad alterũ; de quo & ipso quæritur. Quamobrẽ si quæratur, frater quoto gradu à fratre distet, primum ab uno fratre adscendendum est ad caput utriusque, parrẽ scilicet; deinde descendendum ad alterum fratrem & comperiemus fratres duobus gradibus inter se distare: ut ecce, ego genitus à patre meo; hic habes unum gradum. Idem pater meus genuit Titium fratrem meum; hic habes

habes alterum. Paritatione, si quæras quoto gradu patruus tuus tibi coniunctus sit, adscende primum ad avum vestræ cognationis communem limitem: deinde iterum descende ad ejus filium qui est patruus tuus, & reperies eum tibi coniungi tertio gradu cognationis. In remotioribus longiori circuitu opus est: eadem tamen proportio servatur: numera enim generationes, & gradus numeraveris. Atque hæc est perspicua, germana, ipsique naturæ prorsus consentanea graduum numeratio.

TEXTUS.

3. *Primo gradu est supra pater, mater: infra filius, filia. 2. Secundo gradu supra avus, avia: infra nepos, neptis: ex transverso frater, soror. 3. Tertio gradu supra proavus, proavia: infra pronepos, proneptis: ex transverso fratris sororisque filius: filia: & convenienter patruus, amita, avunculus, matertera. Patruus est patris frater, qui Græcis πατρόδελφος appellatur. Avunculus est frater matris, qui Græcè μητρόδελφος dicitur, & uterque promiscuè θεῖος appellatur. Amita est patris soror, quæ Græcè πατρόδελφη appellatur. Matertera verò matris soror, quæ Græcè μητρόδελφη dicitur: & uraque promiscuè θεῖα appellatur.*

NOTÆ.

3. FRATRIS SORORISQUE FILIUS] Qui Græcè ἀδελφιδοῦς dicitur, id est, fratruelis: filia fratris ἀδελφιδῆ.

ΠΑΤΡΑΔΕΛΦΟΣ, ΜΗΤΡΑΔΕΛΦΟΣ] Th πατρῶος, μητρῶος, & ita Cujac. Horom. Contius.

ΠΑΤΡΑΔΕΛΦΗ, ΜΗΤΡΑΔΕΛΦΗ] Hæc nomina modo citati non adgnoscunt: nec satis Græca sunt. nam non solent Græci composita efferre terminatione fœminina: sed uno communi nomine & frater & soror patris πατρόδελφος, frater & soror matris μητρόδελφος Græcis dicitur. Pollux *in onomastic.*

COMMENTARIVS.

IN his §§. nihil est quod interpretem desideret. Nomina Græca, quæ hic addita, non sunt apud Gaium *l. 1. §. 3. & 2. seqq. de grad. & affin.* & quædam etiam desunt, quæ aliter legumur in aliis editionibus. Pro πατρόδελφος & μητρόδελφος apud Cujac. Horom. Cant. Vvesemb. legitur πατρῶος & μητρῶος quomodo & Theophilus habet. Illa autem πατρόδελφη & μητρόδελφη non agnoscunt: nec satis Græca sunt: quoniam Græci non solent composita efferre terminatione fœmina: & diserte Pollux in ὀνομαστικῷ scribit, τὴν πατρὸς ἀδελφὴν πατρὸς ἀδελφον, τὴν δὲ μητρὸς μητρόδελφον appellari, θεῖος & θεῖα cõmunia nomina esse constat, quibus promiscuè fratres & sorores tam patris quam matris appellantur. In calce §. 3. inter θεῖα & *appellatur*, in nonnullis editionibus interpositum est, *quæ etiam πρόθεις*, quod interserit etiam Theophilus, quamvis fortassis de suo, ut paraphrastes. Planè Polluci πρόθεις est ἡ μητρόδελφος. Hesychio & Suidæ θεῖα, tam patris quam matris soror, sed apud hos legitur πρόθεις Fratris sororisque filij & filiæ speciale cognationis nomen apud Romanos non habent, *l. ult. §. tertio 14. de grad. & affin.* Apud Græcos habent, & eleganter fratris filius ἀδελφιδοῦς, filia fratris ἀδελφιδῆ vocatur. Erasmus & Valla ἀδελφιδοῦς patrueles vertunt: quo nomine rectè notantur a D. Giphanio. Æacus Plutonis ἀδελφιδοῦς apud Lucianum, Iovis & Ægiræ filius. Frarruelis. Gloss. gr. lat. ἀδελφιδοῦς, fratruelis, fratris filius, vel fraternus.

TEXTUS.

4. *Quarto gradu supra abavus, abavia: infra abnepos, abneptis: ex transverso fratris sororisque nepos neptisve: & convenienter patruus magnus, amita magna id est, avi frater & soror: item avunculus magnus & matertera magna, id est, aviæ frater & soror: consobrinus, consobrina, id est, qui quæve ex sororibus aut fratribus procreantur. Sed quidam rectè consobrinos eos propriè dici putant, qui ex duabus sororibus progenerantur, quasi consororinos: eos vero, qui ex duobus fratribus progenerantur, propriè fratres patrueles vocari. Si autem ex duobus fratribus filiæ nascuntur, sorores patrueles appellari. At eos, qui ex fratre & sorore progenerantur, amitinos propriè dici putant. Amitæ tuæ filij consobrinum te appellant, tu illos amitinos.*

NOTÆ.

4. QUIDAM RECTE CONSOBRINOS, &c.] Qui quæve ex duobus fratribus nati natæve sunt, fratres & sorores patrueles propriè appellantur; qui

qui quæve ex duabus sororibus, consobrini consobrinæque, quasi consororini; qui quæve ex fratre & sorore, amitini & amitinæ, *l. 11. §. 6. l. ult. §. 15. h. tit.* ubi tamen ICti testantur hos omnes à plerisque communi appellatione consobrinos vocari.

COMMENTARIUS.

HÆc quoque sunt perspicua quoad rem ipsam. Illud tantum notandum, quod tum qui ex duobus fratribus, tum qui ex duabus sororibus, item qui ex fratre ex sorore nati sunt, propriis quidem nominibus distinguuntur, sed quorum plerisque vulgo promiscue utimur. Nam & qui quæve ex duobus fratribus nati natæve sunt, fratres & sorores patrueles proprie appellati; qui quæve ex duobus sororibus, consobrinos consobrinasque, quasi consororinos; qui quæve ex fratre & sorore, amitinos & amitinas dici tradunt Gajus *l. 1. §. quarto. 6.* & Paul, *l. ult. §. quarto 15. de grad. & affin.* ubi tamen hos omnes à plerisque uno communi nomine consobrinos vocari testantur: quemadmodum apud Belgas quoque hi omnes dicuntur *Susterlingen*, quod respondet τῷ *consobrini*. Et quamvis amitini nunquam inter se duo sint, quoniam qui alteri amitinus est, is ab eo consobrinus nominatur, ut in *fin. hujus* §. etiam Iustinianus indicat: tamen ex sorore & fratre natos mutuo amitinos quoque dici significant. Ex quo hoc etiam apparet, consobrinorum nomen non posse restringi ad solos duarum sororum liberos? nam avunculi filium non alio nomine proprie appellare possum, quam consobrini. In lege Pompeia de parricidiis appellatione patruelium videntur significari fratres & sorores consanguinei, matruelium uterini, *§. l. 1. de parricid.* nec enim potes illo loco patruelē & matruelem consobrinos interpretari cum Bachovio; tum quia non debent consobrini præponi patruo & avunculo; tum etiam, quia eodem loco post patruum & avunculum collocantur consobrinus & consobrina, ut bene observavit D. Cujac. *6. obs. 17.* ubi refert, etiam Græcos patruelem interpretatos ὁμοπατρέον ὁμομήτρεον, fratrem sororemque uterinos. Itaque & qui ex duobus fratribus orti sunt, fratres patrueles recte appellabimus, & ipsos quoque, fratres consanguineos: illos, quod per patres coniungantur; hos, quod eundem patrem habeant. Idemque sentio de fratribus matruelibus.

TEXTUS.

5. Quinto gradu supra atavus, atavia: infra atnepos, atneptis: ex transverso fratris sororisque pronepos, proneptis & convenienter propatruus, proamita, id est, proavi frater & soror: & proavunculus & promatertera, id est, proaviæ frater & soror, item fratris patruelis vel sororis patruelis: consobrini & consobrinæ, amitini & amitinæ filius, filia: propior sobrino, propior sobrina. Hi sunt patrui magni, amitæ magnæ, avunculi magni, matertera magnæ filius, filia.

NOTÆ.

5. PROPIUS SOBRINO] Dicitur & propior sobrino, *d. l. 1. §. ult. l. ult. §. 16. vers. porsona, eod.* & propior sobrinus, *l. 2. C. nud. leg.* Græci ἐξάδελφος ἐξάδελφη appellant in *l. 2. C. comm. de succes.*

COMMENTARIUS.

PROpior sobrino] Propior sobrino, sobrina, & propius sobrino, sobrina; item propior sobrinus, sobrina, & propius sobrinus, sobrina, rectè omnimodo dicetur, *l. 1. §. ult l. ult. §. quinto. 16. vers. persona, de grad. & affin. l. 2. Cod. unde leg. Paul. 4. sent. 11.* Festius in verbo *propius*. Visatius tamen est *propior sobrino*, pro quo Tacitus 12. *annal.* dixit *sobrino prior. Lepida*, inquit, *minore Antonina genita, avunculo Augusta, Agrippinæ sobrina prior, &c. parem sibi claritudinem credebat.* Neque enim necesse est, ut cum Cujacio & Giphanio pro *prior* legamus *propior*; nam utrique voculæ eadem vis, ut bene Lipsius. Est autem propior sobrino, sobrina, patris ejus, de cujus cognatione quæritur, consobrinus, consobrina, *d. l. 1. §. ult. & l. 2. eod.* cui vicissim ille est consobrini filius, *d. l. 1. §. ult. & hoc text.* Sic Lepida cum esset Germanico, patri Agrippinæ, consobrina, (nam ab Agrippina vocata est sobrina propior) Agrippina illi consobrini filia. Verum ut consulta est utrinque amitini & consobrini appellatio, ita factum arbitror, ut propiori sobrino ego etiam vocer propior sobrinus, *l. 2. C. unde legit. Fest. d. loc.* ubi ait, propius sobrino mihi esse consobrini mei filium & patris mei consobrinum.

TEXTUS.

6. Sexto gradu supra tritavus, tritavia: infra trinepos, trineptis: & transverso fratris sororisque abnepos, abneptis: & convenienter abpatruus, abamita, id est, abavi frater

frater & soror : abavunculus, abmatertera, id est, abavi et fratet & soror : item propatrui, proamita, proavunculi, promatertera filius filia : item propius sobrino, sobrinave filius, filia : item consobrini, consobrinæ nepos, neptis : item sobrini, sobrinæ, id est, qui quave ex fratribus vel sororibus patruelibus, vel consobrinis, vel amitinis progenerantur.

NOTÆ.

6. SEXTO GRADV] Hoc gradu propria cognationis nomina desinunt, *l. ult. §. ult. h. t.*

ITEM PROPIVS SOBRINO SOBRINAVE FILIVS FILIA] Hæc verba omnino inducenda sunt. Nam filius & filia propioris sobrini sobrinæve, aut mihi est nepos vel neptis consobrini & consobrinæ, aut sobrinus vel sobrina. Quæ personæ mox reperiuntur.

CONSOBRINI, CONSOBRINÆ, NEPOS, NEPTIS] Male omnino Gothofr. hæc verba expunxit, & retinuit præcedentia.

COMMENTARIVS.

Item propius sobrino sobrinave, filius filia] Hæc verba omnino inducenda sunt; ut superflua. Et enim filij & filiæ propioris mei sobrini & sobrinæ, aut sunt mihi nepotes ac neptes consobrini & consobrinæ, aut ipsi mihi sobrini & sobrinæ: quorum utrorumque mox fit mentio. Hoc autem dempto cætera recte habent: neque aut plura demere cum Cujacio, aut ordinem mutare cum Hotomanno aut Vvesembecio necesse est. Omnino enim male Gothofredus verba ista retinuit, illa autem, *item consobrini* &c. expunxit.

Item consobrni, consobrinæ nepos, neptis] Hotomannus ex Gajo *l. 3. de grad. & affin.* sic restituit; *Item fratris patruelis, sororis patruelis, consobrini, consobrinæ, amitini, amitinæ nepos, neptis.* Nulla tamen necessitate: quoniam: ut supra notatum est, generali consobrinorum appellatione patruelis quoque & amitini continentur.

Qui quave ex fratribus patruelibus] Sobrinorum nomina ut patruelium & consobrinorum, inter se referuntur, ut qui mihi sobrinus est, ego ei viciſſim sim sobrinus. Ne quis igitur ex hoc loco existimet, fratris patruelis, &c. filium sobrinum dici. Sententia enim Imperatoris hæc est, utrinque sobrinos dici eos, qui ex duobus patruelibus, ex amitino & consobrino, ex duobus item consobrinis nati sunt: quos nos *achterſuſters kinderen* vocamus. Hoc gradu propria cognationis nomina desinunt, *l. ult. §. ult. de grad. & affin.*

TEXTUS.

7. *Hactenus ostendisse sufficiat, quemadmodum gradus cognationis numerentur. Namque ex his palam est intelligere, quemadmodum ulteriores quoque, gradus numerare debeamus: quippe semper generata persona gradum adiicit: ut longe facilius sit respondere, quoto quisque gradu sit, quam proprie cognationis appellatione quemquam denotare.*

NOTÆ.

7. GENERATA PERSONA GRADVM ADIICIT.] Id est, unaquæque generatio gradum facit. Itaque ex numero generationum constituendus erit numerus graduum. Ius autem Canon. alia denumeratione utitur in linea transversa, quæ tamen in causis matrimonialibus duntaxat servatur, *v. c. ad sedem, c. parentel. c. 35. q. 5.*

COMMENTARIVS.

Generata persona gradum adiicit] Quantum numerus generationem, tantumdem excrescit numerus graduum. Quippe unaquæque generatio gradum facit. Et ideo in quavis quæstione proposita videndum, quot inter utramque personam generationes extiterint, atque ex earum numero constituendus erit numerus graduum.

TEXTUS.

8. *Adgnationis quoque gradus eodem modo numerantur.*

COMMENTARIVS.

RECte Hotomannus hunc locum sic interpretatur, non quasi Iustinianus dicere voluerit, agnationis gradus eodem modo numerari, sicut cognationis: tam enim agnatorum, quam cognatorum hactenus mentio facta: sed hoc, etiam agnationis gradus eadem, quam modo dixit, ratione crescere, nimirum ut semper persona generata adiiciat gradum.

TEXTUS.

9. *Sed cum magis veritas oculata fide, quam per aures animis hominum infigatur: ideo*

ideo necessarium duximus, post narrationem graduum, eos etiam praesenti libro scribi, quatenus possint & auribus & oculorum inspectione adolescentes perfectissimam graduum doctrinam adipisci.

NOTÆ.

9. OCVLATA FIDE] Sensuum omnium certissimus est oculus: multoque perfectius rei cujusque cognitio ex oculorum sensu, quam aurium percipitur. Aristot. ὄψει αἰσθήσεως. Horat. in *art.* Herod. *Clio.* Dio Chrysost, *orat.* 12. Polyb. 12. ὀφθαλμοὶ τῶν ὤτων ἀκριβέστερον μάρτυρες.

COMMENTARIVS.

REi cujusque cognitio certius ex oculorum sensu, quam aurium percipitur. Cujus rei rationem Aristoteles αἰσθήσεως hanc affert, quod adspectus per se ac vi sua, nulliusque alterius opera percipit; auditus vero per accidens & opera aliena. Sane quia quæ videmus in propinquo sunt, ideo ea nos magis afficiunt, quam quæ audimus, quæ absunt ferè, & ideo non ita movent. Poëta in arte;

Segnius irritant animos demissa per aurem,
Quam quæ sunt oculis commissa fidelibus.

Hoc Candaules credidit; & in Gige cum amissione regni expertus est, quæ oculis hauriuntur, celerius ad animum accedere, quam quæ aurium via manant. Polyb. 12. ὀφθαλμοὶ τῶν ὤτων ἀκριβέστερον μάρτυρες.

præsenti libro scribi] Hæc graduum cognationis descriptio periit temporum injuria. Sed nullo negotio similis declinearì & in tabula repræsentari potest: quod cum etiam à plerisque factum sit, quorum commentarij in manibus candidorum juris versantur, nobis nihil opus est, hic item tabulam aliquam exhibere.

TITULUS VII.

De servili cognatione.

TEXTUS.

Illud certum est, ad serviles cognationes illam partem edicti, qua proximitatis nomine bonorum possessio promittitur, non pertinere: nam nec ulla antiqua lege talis cognatio computabatur. Sed nostra constitutione, quam pro jure patronatus fecimus (quod jus usque ad nostra tempora satis obscurum atque nube plenum, & undique confusum fuerat) & hoc humanitate suggerente concessimus, ut si quis in servili constitutus consortio, liberum vel liberos habuerit, sive ex libera sive ex servilis conditionis muliere: vel contra serva mulier ex libero vel servo habuerit liberos, cujuscunque sexus; & ad libertatem his pervenientibus, ij qui ex servili ventre nati sunt, libertatem meruerint, vel dum mulieres liberæ erant, ipsi in servitute eos habuerint, & postea ad libertatem pervenerint, ut hi omnes ad successionem patris vel matris veniant, patronatus jure in hac parte sopito. Hos etenim liberos non solum in suorum parentum successionem, sed etiam alterum in alterius successionem mutuam vocavimus, ex illa lege specialiter eos vocantes, sive soli inveniantur, qui in servitute nati & postea manumissi sunt, sive una cum aliis, qui post libertatem parentum concepti sunt: sive ex eodem patre, sive ex eadem matre, sive ex aliis nuptiis; ad similitudinem eorum, qui ex justis nuptiis procreati sunt.

NOTÆ.

DE SERVILI COGNAT.] Hic locus nullam novam in Græca paraphrasi inscriptionem habet, nec in plerisque manuscriptis, teste Fabrot.

AD SERVILES COGNATIONES NON PERTINERE] *l.* 1. §. 2. *vnde cogn. l. ult.* §. 5. *de grad. & affin.* id est, ne post manumissionem quidem: nam servus succedere aut successorem habere non potest, *l.* 4. *C. comm. de succes.*

NOSTRA CONSTITUTIONE] Desideratur hæc constitutio, *v.* Cujac. 20. *obs.* 34.

LIBERUM VEL LIBEROS] *Liberum*, numero unitatis, *v. sup.* §. 2. per quas pers. Satis erat dicere, *liberos habuerit. l.* 148. *de verb. sign.*

SIVE EX ALIIS NUPTIIS] Vide comm. etiam Cujac. & Hotom. *qualicunque copulatione.* Sed tamen nati ex nefario & damnato coitu succedere nequeunt.

COMMENTARIVS.

NOtant fere recentiores omnes, in plerisque manuscriptis & in Græca paraphrasi hunc locum

locum nullam novam inscriptionem habere; sed cohærere titulo præcedenti: cujus etiam partem esse arguit collatio ordinum & graduum, quæ hoc eodem loco instituitur. Sed age rem ipsam videamus. Erimus autem tum in hujus, tum in sex proxime seqq. tit. explicatione solito breviores, ne nimium hoc opus excrescat curiosa tractatione earum rerum, quæ nullum aut perexiguum usum nunc habent.

Ait, neque edicti prætoris eam partem, qua bonorum possessio cognatis defertur, neque legem ullam antiquam ad cognationes serviles pertinere. Ex *Vipian. l. 1. §. 2 unde cogn. & Paul. l. ult. §. non parcimus 5. de grad. & affin.* Quod sic intelligendum est, non pertinere edictum aut leges antiquas ad servorum cognationem etiam postquam manumissi sunt: nam quandiu servitutem serviunt, nec successorem habere possunt, nec ipsi alteri succedere, *l. 4. Cod. commun. de succeff.* neque novi juris quæ sequitur constitutio ad servos, quamdiu in servitute manent, pertinere potest.

Nec ulla antiqua lege talis cognatio] In causa videlicet successionis, de qua hic agitur. Nam in nuptiis etiam jure antiquo servilis cognationis ratio habetur, nuptiisque impedimento est, si forte pater & filia, frater & soror, manumissi fuerint, *§. illud sup. de nupt. l. adoptivus. 14. §. 2. & 3. de rit. nupt.* Quo loco etiam diversi juris ratio indicatur, hæc nimirum, quod in contrahendis matrimoniis naturale ius & pudor inspicitur. In successionibus autem naturalis servorum cognatio insuper habita fuit, *d. l. ult. §. non parcimus 5. de grad. & affin.* Itaque si verbi causa ancilla cum liberis, quos in servitute pepererat, manumissa fuerat, neque liberi ex Senatusconsulto Orficiano ad hæreditatem defunctæ matris, neque mater ex Senatusconsulto Tertylliano ad hæreditatem liberorum, & neque hæc neque illi ad bonorum possessionem ex parte edicti unde cognati proximi, vocabantur: licet inter matrem & vulgo quæsitos invicem capiendæ hæreditatis & accipiendæ bonorum possessionis ius esset.

Sed nostra constitutione] Desideratur hæc constitutio. Epitomen ejus in membranis quibusdam Latine expressam, atque à se repertam, Cujacius exhibet, *lib. 10. observ* in qua tamen epitome tantum jura patronatus deficiuntur. Eodem loco repræsentat ex Basilicis constitutionem Græcam, quam putat esse integram hanc Iustiniani. Sane Græce scriptam fuisse testatur ipse Iustinianus, *§ 3. seq. tit.*

Humanitate suggerente] Etsi servilis cognationis, quamdiu durat servitus, in causa successionis ratio haberi non potest: potest tamen servitute sublata, Atque adeo plenum humanitatis est, tunc in hac etiam causa cognationem illam naturalem spectari.

Ut hi omnes ad successionem] Igitur hac constitutione Iustiniani nati ex servis ancillisve, si parentibus manumissis ipsi quoque manumissi sint superstites, eis ab intestato succedunt, exclusis patronis, à quibus ipsi antea excludebantur.

Alterum in alterius successionem mutuam] Ita ut non solum parentibus, sed etiam ipsi manumissi fratres & sorores inter se succedant. Quod tamen ego sic accipiendum esse existimo, si, quod multis modis accidere potest, patronus, deficiat. nam liberis, non extantibus, expresse statim patronum ad liberti intestati successionem ipse Iustinianus vocat, idque eadem constitutione, quam hic significat, *d. §. 3. vers. sin autem, tit. seq.* Quamvis sane fratres patrono præferendos arguat, *l. 2. C. ad Senatusconf. Tertyl. l.* Sed non est eadem ratio patris & filij emancipati, quæ liberti proprie dicti & patroni: utique postquam fratres in successione patri prælati sunt, *l. 4. C. de bon. quæ lib. l. ult. C. comm. de succeff.* ad quod jus Tribonianus *d. l. 2.* interpolando conformavit.

Sive soli inveniantur] Quare non modo qui nati in servitute postea manumissi sunt, inter se ab intestato succedunt, sed etiam cum aliis, qui post parentum libertatem nascuntur.

Sive ex aliis nuptiis] Verbum *nuptiis* tollendum esse censent Cujac. Cont. Hotom. Giphan. auctoritate quorundam manuscriptorum, & Theophili, apud quem tantum est, ἐκ ἑτέρου γάμου Ut horum verborum *sive ex aliis* hic sit sensus sive ex alio & diverso patre, sive ex alia seu diversa matre. Sed contra hos insurgit Bachovius, & maxime in Cujacium. Ego in hac eorum lite Palæmon.

TEXTUS.

1. *Repetitis itaque omnibus, quæ iam tradidimus, apparet non semper eos, qui parem gradum cognationis obtinent, pariter vocari: eoque amplius ne eum quidem, qui proximior sit cognatus, semper potiorem esse. Cum enim prima causa sit suorum hæredum, & eorum, quos inter suos hæredes enumeravimus, apparet, pronepotem vel abnepotem defuncti potiorem esse, quam fratrem aut patrem aut matrem defuncti: cum alioqui pater quidem & mater (ut supra quoque tradidimus) primum gradum cognationis obtineant, frater vero secundum, prone-*

pos

pos autem tertio gradu sit cognationis, & abnepos quarto. Nec interest, in potestate morientis fuerit, an non, quod vel emancipatus, vel ex emancipato aut fœmineo sexu propagatus est. Amotis quoque suis hæredibus, & quos inter suos hæredes vocari diximus, adgnatus, qui integrum jus habet adgnationis, etiamsi longissimo gradu sit, plerumque potior habetur, quam proximior cognatus. Nam patrui nepos vel pronepos avunculo vel materteræ præfertur. Toties igitur dicimus, aut potiorem haberi eum, qui proximiorem gradum cognationis obtinet, aut pariter vocari eos, qui cognati sunt; quoties neque suorum hæredum quique inter suos hæredes sunt, neque adgnationis jure aliquis præferri debeat, secundum ea, quæ tradidimus: exceptis fratre & sorore emancipatis, qui ad successionem fratrum vel sororum vocantur: qui etsi capite deminuti sunt, tamen præferuntur cæteris ulterioris gradus adgnatis.

NOTÆ.

1 NON SEMPER EOS, QUI PAREM GRADUM, &c.] Duæ sunt successionum prærogativæ; una in ordine, altera in gradu: illius autem, quam hujus potior est ratio; in tantum, ut qui in ordine præcedit, licet gradu sit posterior, præferatur ei, qui est posterior ordine, quantumvis gradu priori. Quod hic illustratur exemplis.

AMOTIS QUOQUE SUIS HÆREDIBUS, ADGNATUS, &c.] Adgnati & cæteri legitimi successores, collati cum cognatis, præferuntur ex prærogativa ordinis, *sup. de succ. cogn. in pr.* At inter agnatos ipsos spectatur prærogativa graduum, extra quam quod introductum. *Nov. 118. cap. 3.* si fratrum filii cum patruis concurrant. Repete, quæ tradita, *sup. de leg. adgn. succ. & de SC. Tert. §. 3. & seq.*

SECUNDUM EA, QUÆ TRADIDIMUS] Scilicet *sup. de succes. cogn.*

EXCEPTIS FRATRE ET SORORE EMANCIP.] Ex constitutione Anastasij §. 1. *sup. d. tit.* item sorore uterina & sororis consanguineæ sive uterinæ filiis & filiabus, §. 4. *sup. de leg. agn. succ.* Hodie adgnatorum & cognatorum jura confusa sunt. *Nov. 118.* ubi Just. tres novos ordines successionum fecit. 1. Descendentium, qui reliquos omnes excludunt; in quo ordine graduum ratio non habetur. 2. Adscendentium; sed horum proximi tantum vocantur: & cum iis admittuntur etiam fratres ex utroque parente conjuncti: & horum quoque fratrum filii concurrentes cum fratribus, non aut m si soli sint, ex *Nov. 127. 3.* Lateralium, quorum soli quoque proximi vocantur, nisi quod fratrum germanorum filii jure repræsentationis una cum thiis suis veniunt, thiisque defuncti, ejusque fratribus ex uno latere conjunctis præferuntur.

COMMENTARIUS.

HIc locus de ea omnia, quæ hactenus hoc libro tractata sunt, generaliter pertinet. Summa est, duas esse successionum prærogativas, unam in ordine, alteram in gradu: illius autem quam hujus potiorem rationem esse, in tantum ut qui ordine præcedit, licet gradu sit posterior, præferatur ei, qui est posterior ordine, quantumvis gradu prior.

Pronepotem vel abnepotem, &c. quam fratrem, patrem, matrem] Conferuntur hic sui & qui suorum numero sunt cum legitimis; qui cum illis concurrere nunquam possunt; propter prærogativam ordinis suorum. Sed si sui inter se conferantur, hic qui gradu proximior est, puta filius, remotiorem, puta nepotem, non excludit. Nam jus repræsentationis & successio in locum patris facit, ut nepos non videatur remotior.

Amotis quoque suis hæredibus, agnatus etiamsi longissimo gradu, &c.] Agnati quoque & cæteri legitimi successores, collati cum cognatis, præferuntur non ex prærogativa gradus, sed ordinis: nam cognati demum tertio loco vocantur, *sup. de succ. cogn. in pr.* Verum inter agnatos ipsos spectatur prærogativa graduum; quoniam in hoc ordine repræsentatio locum non habet, extra quam quod novissimo jure introductum est. *Nov. 118. c. 3.* si fratrum filii cum patruis concurrant. Cæterum revolve, quæ tradita *tit. de leg. agn. succ.* item de Senatusconsl. Tertylliano §. 3. *& seqq.* quæ hic inculcare non lubet. Hodie agnatorum & cognatorum jura confusa sunt. *d. Nov. 118.* ubi Justinianus tres novos ordines successionum fecit, unum descendentium, alterum adscendentium, tertium collateralium. Descendentes reliquos omnes excludunt; neque inter eos gradus prærogativa servatur. Cum adscendentibus admittuntur fratres ex utroque parente conjuncti eorumque filij, cæteri laterales ab iisdem excluduntur: inter ipsos autem succedunt tantum proximi, *d. Nov. 118. c. 1. & Nov. 127.* Lateralium quoque proximi, solum vocantur, nisi quod fratrum germanorum filij jure repræsentationis simul cum patruis & avunculis suis veniunt, & patruis avunculisque defuncti, ejusque fratribus ex uno duntaxat latere

conjunctis præferuntur, his jure plenioris sanguinis, illis jure quadantenus descendentium: quæ de re supra explicatum est diligentius.

TITULUS VIII.

De successione libertorum.

Ratio ordinis, & summa tituli.

HUc usque disseruit de successione ingenuorum: sequitur nunc de successione libertorum, id est, de jure succedendi in bonis libertorum. Vox enim successionis hic non active, ut in præcedentibus, sed passive accipitur, non qua libertus succedit alii, sed qua ipsi liberto succeditur. Circa hæreditates liberorum mira extitit juris varietas. Aliud lege 12. tabularum constitutum fuit; aliud prætores introduxerunt: quod actum postea lege Papia: postremo aliter hanc causam definivit Iustinianus: quæ singula hic ordine referuntur & explicantur.

TEXTUS.

Nunc de libertorum bono videamus. Olim itaque licebat liberto patronum suum impune testamento præterire: nam ita demum lex duodecim tabularum ad hæreditatem liberti vocabat patronum, si intestatus mortuus esset libertus, hærede suo nullo relicto. Itaque intestato mortuo liberto, si is suum hæredem reliquisset, patrono nihil in bonis ejus juris erat. Et siquidem ex naturalibus liberis aliquem suum hæredem reliquisset, nulla videbatur querela: si vero adoptivus filius fuisset, aperte iniquum erat, nihil juris patrono superesse.

NOTÆ.

HÆREDE SUO NULLO RELICTO] Nam primum suis hæredibus liberti deferebat lex hæreditatem. Ulp. *l.* 3. *pr. de suis & leg.* & in *fragm. tit.* 27. & *tit. ult. in pr.*

APERTE INIQUUM ERAT] Cur vero magis iniquum in patrono, quam in patre, matre, fratribus, &c. ingenui? Forte ne alioqui duras nimis conditiones patroni libertis suis in præstanda libertate imponerent. Hotom. *argum. l.* 1. *de bon. libert.*

COMMENTARIUS.

1. *Legem* 12. *tabb. non alio jure patronum censuisse, quam agnatorum.*
2. *Cur magis iniquum visum, patronum ab adoptivis excludi, quam patrem, fratrem, &c.*

NAm ita demum lex 12. *tabb.*] Argumentum ex contrariis, quo probat jure antiquo 12. tabb. licuisse liberto testato decedenti patronum impune præterire. Collectio hæc est Lex 12. tabularum patronum nominatim vocat ad hæreditatem liberti intestato mortui; ergo in bonis liberti testato mortui nullum jus patronum habere voluit, si videlicet testamento præteritus nihilve ei relictum sit.

Hærede suo nullo relicto] Intestato liberto mortuo lex duodecim tabularum primum suis hæredibus defert hæreditatem: si hi non fuerint, tunc patrono. *Vlp. l.* 3. *in pr. de suis & leg. & in fragm. tit.* 27. *& tit. ult. in pr.* ubi sic scribit; *Civis Romani liberti hæreditatem lex duodecim tabularum patrono defert, si intestato sine suo hærede libertus decesserit. Ideoque sive testamento facto decedat, licet suus hæres ei non sit, seu intestato, & suus hæres ei sit, quamvis non naturalis, sed uxor, puta quæ in manu fuit, vel adoptivus filius, lex patrono nihil præstat.* Hinc vero apparet, legem non alio jure patronum censuisse, quam agnatorum, qui & ipsi ab intestato post suos hæredes vocantur, & testamento præteriri possunt. Quod autem primo loco & solum post suos hæredes patronum lex vocat, mirum non est: quoniam liberti agnatos non habent.

Si adoptivus filius, aperte iniquum] Patronum à liberti liberis naturalibus, id est procreatis justo matrimonio, excludi, indignum visum non est: at iniquum visum, eundem excludi etiam ab adoptivis & adscititiis: Cur vero inquis in patrono id minus ferendum fuit, quam in patre, matre, fratribus, sororibus reliquisque agnatis & cognatis, quibus omnibus filium adoptivum in hæreditate ingenui præferri constat? Putat D. Hotomannus, prætorem ideo plus juris patronis in bonis libertorum concessisse, ne alioqui duras nimis conditiones libertis suis in præstanda libertate imponerent, *arg. l.* 1. *de bon. libert.* Sed & illud durius seculum visum, posse patronum per quemvis hæredem testamento liberti scriptum repelli. Cæterum erat hoc consequens liberæ testandi facultati lege duodecim tabularum civibus omnibus datæ.

TEXTUS.

1. *Qua de causa postea prætoris edicto hæc juris iniquitas emendata est. Sive enim faciebat testamentum libertus, jubebatur ita testari, ut patrono partem dimidiam bonorum suorum relinqueret: & si aut nihil aut minus parte dimidia reliquerat, dabatur patrono contra tabulas testamenti partis dimidiæ bonorum possessio. Sive intestatus moriebatur, suo hærede relicto filio adoptivo, dabatur æquè patrono contra hunc suum hæredem partis dimidiæ bonorum possessio. Prodesse autem liberto solebant, ad excludendum patronum, naturales liberi, non solum quos in potestate mortis tempore habebat, sed etiam emancipati & in adoptionem dati, si modo ex aliqua parte scripti hæredes erant, aut præteriti contra tabulas bonorum possessionem ex edicto prætorio petierant. Nam exhæredati nullo modo repellebant patronum.*

NOTÆ.

1. DIMIDIAM BONORUM] Non tamen admittebatur patronus contra ea bona liberti, quæ in castris quæsita, *l.* 3 §. 6. *de bon. libert.*

ÆQUE PATRONO DABATUR, &c. BONOR. POSSESIO] Th παρὰτους ἐδίδετο contra tabulas. Sed aut somniavit, aut corruptus est. Qui enim contra tabulas liberto intestato mortuo?

SI MODO EX ALIQUA PARTE SCRIPTI] Hæc clausula pertinet ad datos in adoptionem.

AUT PRÆTERITI CONTRA TAB.] Hoc ad solos emancipatos referri debet. Nam bonorum possessio contra tabulas iis non solet dari; qui tempore mortis paternæ in aliena sunt familia, § 12. *sup. de hær. qua ab int.* §. 4. *sup. de exh. lib.*

EXHÆREDATI NULLO MODO, &c.] Intellige, nisi per querelam testamentum, ut inofficiosum, evertissent.

COMMENTARIVS.

PRætor duo mutavit. Primum testandi licentiam in liberto coërcuit, jussitque libertum ita testari, ut patrono non minus parte dimidia bonorum relinqueret, data patrono partis dimidiæ bonorum contra tabulas possessione, si aut nihil, aut minus parte dimidia ei relictum esset. Cæterum quod hic simpliciter scriptum est, id hanc habet exceptionem, nisi libertus liberos naturales, sive suos, sive emancipatos (nam liberi adoptivi jure prætorio non plus juris contra patronum habent, quam extranei) hæredes instituerit: quippe à quibus & non facto testamento patronus excluderetur. *Ulp. d. tit. ult. in pr.*

Sive intestatus relicto filio adoptivo] Hoc alterum est, quod in hac causa mutavit prætor. Nam lex 12. tabularum etiam adoptivo filio suo hærede existente patronum in totum ab hæreditate liberti intestato mortui excludebat. Quia suus hæres edicto vero prætoris ex parte dimidia admittitur.

Et in adoptionem dati] Liberi naturales in adoptionem dati, quamdiu in familia adoptiva sunt, quasi liberi ad bona patris naturalis non admittuntur, sed tantum ex ea parte edicti veniunt, qua vocantur cognati, §. *at hi* 10. & §. 12. *cum seq. sup. de hær. qua ab int.* Patronum igitur excludere non potuerunt, nisi testamento hæredes scripti; ac proinde clausula sequens, *si modo ex aliqua parte scripti hæredes erant*, adjecta est.

Aut prateriti contra tabulas] Hoc ad solos emancipatos referri debet. Quippe cum bonorum possessio contra tabulas iis dari non soleat, qui tempore mortis ejus, de cujus successione agitur, in aliena familia fuerunt, §. *eadem* 12. *sup. de hær. qua ab intest.*

Exhæredati nullo modo] Sed quid si testamentum per querelam eversum fuerit? Dubitandum non est, quin liberi patronum excludant, cum res ad causam intestati redeat. Plura Bachovius hic.

TEXTUS.

2. *Postea vero lege Papia adaucta sunt jura patronorum, qui locupletiores libertos habebant. Cautum enim est, ut ex bonis ejus, qui sestertium centum millium patrimonium reliquerat, & pauciores quam tres liberos habebat, (sive is testamento facto, sive intestatus mortuus erat) virilis pars patrono deberetur. Itaque cum unum quidem filium filiamve hæredem reliquerat libertus, perinde pars dimidia debebatur patrono, ac si is sine ullo filio filiave intestatus decessisset. Cum vero duos duasve hæredes reliquerat, tertia pars debebatur patrono: si tres reliquerat, repellebatur patronus.*

NOTÆ.

2. QUI SESTERTIUM CENTUM MILLIUM] Pro quo præcisè dixit African. rem centum, *l. 26. de bon. libert.* Hinc, Libertus centenarius, qui rem centum millium habet, *l. 16. de jur. patron.* Idem autem valet centum millia sestertiorum in bonis habere, & mille aureos, Bud. *de asse.* & Horon. *de re num.*

COMMENTARIVS.

1 *Sestertius & sestertium an idem valeant.*

SEcunda hujus juris mutatio facta est lege Papia Poppæa. Tulere hanc legem nomenque ei dederunt suffecti Coss. M. Papius Mutilus, Q. Poppæus Secundus, anno ab V. C. 761. Multa hujus legis fuere capita. Fragmenta restituit notisque illustravit vir clarissimus Dn. Jacobus Gothofredus.

Qui locupletiores libertos] Hæc igitur lex ad libertos locupletiores solummodo pertinuit, in pauperioribus antiquiora jura patronatus intacta reliquit.

Qui sestertium centum millium] Locupletiores habiti, qui sestertium centum millium patrimonium habebant: pro quo præcisè dixit Africanus rem centum, *l. liberto 26. de bon. libert.* Hinc libertus centenarius, qui rem centum millium habet, *l. si libertum 16. de jur. patron.* Etenim, ut docet Horom. *lib. de re numm.* duplex veteribus enuntiandi usus fuit, interdum plena oratione ut dicerent, verbi causa, centum millia sestertium, quomodo hoc extulit Justinianus hic; interdum præcisè, verbi causa, centum sestertium, aut centum simpliciter: qua forma usus Africanus *d. l. liberto.* Ubi, per octoginta & centum, totidem sestertiorum millia eum intelligere, certum est. Quod autem Cantiuncula & Mynsingerus hic 1 scribunt, atque in dictionario suo prodidit Calepinus, sestertium neutro genere, & in plurali numero sestertia, singula, significare & valere mille sestertios nummos, secuti auctoritatem magni illius Budæi, qui hoc primus *lib. de Asse* docuit, errorem esse Bachovius existimat, eoque nomine merito Budæum ab Hotomanno *d. lib. de re numm.* reprehensum. Sed videtur mihi Bachovius valde oscitanter Hotomannum inspexisse, qui hoc quidem docet & ostendit, sestertium neutro genere à probatis Latinæ rei auctoribus usurpatum non esse, nisi quod metri causa à Poëtis id factitatum, quod & iam antea observaverat Georg. Agricola *lib. 2. de pond.* Cæterum quod porro asserit Bachovius, sestertium neutro genere eadem significatione usurpari à Poëtis, qua masculino à cæteris, & hoc quoque ex doctrina Hotomanni, in eo dupliciter errat: nam nec Hotomannus id docuit, sed Agricola; & verum non esse, contra Agricolam ipse Hotomannus demonstrat *cap. 22. de lib. de re numm.* ubi expresse scribit, sestertia à Poëtis dici solita non pro nummis sestertiis; sed pro mille nummorum summa, multis id confirmans auctoritatibus. Unus locus Juvenalis huic rei demonstrandæ sufficiet. Is *satyra 4.* Crispini cujusdam gulam exagitans, sic ait;

Mullum sex millibus emit,
Æquantem sane paribus sestertia libris,

quod priore versu de minoribus sestertiis Poëta dixerat, sequenti de majoribus enuntiat: significat enim, totidem libras mullum istum pependisse, quot sestertiis Poëticis emptus fuerat, nimirum sex. In eo omnes conveniunt, quod ultra nongenta millia sestertiorum Romani non pronuntiaverint: sed cum ad mille millia ventum esset, adverbiis numeralibus usos, ut dicerent, decies aut vicies sestertium præcisè, pro decies aut vicies centena millia sestertium. Sed desino plura. Illud tamen adhuc obiter monendum, sestertium fuisse quartam partem denarij; denarium partem vicesimam quintam aurei; ac proinde aureum continuisse sestertios centum; idemque valere centum millia sestertiorum in bonis habere, & mille aureos. De tota re nummaria plura & certiora, quam hactenus habuimus, expectamus à D. Salmasio.

Pauciores quam tres liberos, virilis pars patrono] Lex Papia patronum liberi centenarij seu locupletis, sive testato sive intestato mortui, in virilem ejus hæreditatis partem admittebat, si modo is pauciores quam tres liberos reliquisset.

Sine ullo filio intestatus] Reponendum omnino cum Russard. Cujac. Cont. Hotom. *testatus.* Theophilus; ἐπὶ διαθήκαις, *condito testamento.* Nam liberto intestato & sine liberis defuncto solus & in solidum succedit patronus tam ex edicto prætoris, quam ex lege 22. tabb. *sup. in pr. & §. 1.* Cujac. 3. *observ.* 13.

Si tres, repellebatur patronus] In hoc igitur differt lex Papia à jure prætorio, quod Patronus à Prætore repellebatur, etiamsi libertus unum aut duos tantum liberos reliquisset: lege vero Papia virilem hic partem patronus obtinebat. At si libertus tres aut plures liberos reliquerat, tunc sive testato sive intestato decessisset, patronus in totum etiam per legem Papiam summovebatur.

TEXTUS.

3. *Sed nostra constitutio (quam pro omni*

natione

natione Græca lingua compendioso tractatu habito composuimus) ita hujusmodi causam definivit: ut, siquidem libertus vel liberta minores centenariis sint, id est, minus centum aureis habeant substantiam, (sic enim legis Papiæ summam interpretati sumus, ut pro mille sestertiis unus aureus computetur) nullum locum habeat patronus in eorum successione: si tamen testamentum fecerint. Sin autem intestati decesserint, nullo liberorum relicto, tunc patronatus jus, quod erat ex lege duodecim tabularum, integrum reservavit. Cum vero majores centenariis sint, si hæredes vel bonorum possessores liberos habeant, sive unum sive plures, cujuscunque sexus vel gradus, ad eos successiones parentum deduximus, patronis omnibus modis cum sua progenie semotis. Sin autem sine liberis decesserint, siquidem intestati, ad omnem hæreditatem patronos patronasque vocavimus. Si vero testamentum quidem fecerint, patronos autem aut patronas prætermiserint, cum nullos liberos haberent, vel habentes eos exhæredaverint, vel mater sive avus maternus eos præterierint, ita quod non possint argui inofficiosa eorum testamenta, tunc ex nostra constitutione per bonorum possessionem contra tabulas, non dimidiam, ut antea, sed tertiam partem bonorum liberti consequantur; vel quod deest eis, ex constitutione nostra repleatur, si quando minus tertia parte bonorum suorum libertus vel liberta eis reliquerit: ita sine onere, ut nec liberis liberti libertæve ex ea parte legata vel fideicommissa præstentur, sed ad cohæredes eorum hoc onus redundet. Multis aliis casibus à nobis in præfata constitutione congregatis, qui necessarios esse ad hujusmodi dispositionem juris perspeximus: ut tam patroni patronæque, quam liberi eorum, nec non qui ex transverso latere veniunt usque ad quintum gradum, ad successionem libertorum libertarumve vocentur, sicut ex ea constitutione intelligendum est. Et si ejusdem patroni vel patronæ, vel duorum duarumque pluriumve liberi sint, qui proximior est, ad liberti vel libertæ vocetur successionem: & in capita, non in stirpes dividatur successio: eodem modo & in iis, qui ex transverso latere veniunt, servando. Pene enim consonantia jura ingenuitatis & libertinitatis in successionibus fecimus.

NOTÆ.

3. NOSTRA CONSTITUTIO] Non extat: sed eam nobis ex Basilicis repræsentat Cujac. 20. *obs.* 34.

PRO MILLE SESTERTIIS UNUS AUREUS] Cum antea unus aureus responderet tantum sestertiis centum. Non igitur simpliciter legem Papiam interpretatur, sed emendat.

VEL FIDEICOMMISSA] Quæ certis personis præstantur ab his, qui petunt bon. possessionem cont. tab. *l.* 1. *de leg. præst.* quod onus olim etiam patrono incumbebat, *l.* 4. *de cond. & dem. l.* 64 §. *ult. ad SC. Treb.*

USQUE AD QUINTUM GRADUM] Mynsing. & Pac. putant hæc verba tantum ad eos referenda esse, qui ex latere veniunt, sed refelluntur ipso tenore constitutionis; πάτρων καὶ πατρώνισσαν, καὶ παῖδας αὐτῶν, καὶ ἐγγόνους, καὶ ἀπεγγόνους, τυτέστιν οἱ ἕως πέμπτου βαθμοῦ κατιόντες τοῦ πατρώνου. Additur que καὶ μέχρι, id est, & soli: nam qui ex latere veniunt non admittuntur ad illam tertiæ partis bonorum successionem, ut mox subjicitur: sed tantum ad successionem liberti intestato sine liberis mortui usque ad quintum gradum, nec hic ulterius patronorum liberi, ut iterum verba ostendunt; ἕως γὰρ πέμπτου βαθμοῦ οἱ ἐκ πλαγίου συγγενεῖς τοῦ πατρώνου καὶ οἱ κατιόντες αὐτοῦ κληρονομοῦσι τὸ ἀπελεύθερον.

QUI PROXIMIOR EST, &c. ET IN CAPITA] *l.* 13. §. 1. *& seq. de bon. libert.* Ulp. *tit.* 27. §. 1. *& seq.* Nimirum hic non quæritur de hæreditate parentum patronorum, sed liberti; ad cujus successionem patroni eorumque liberi non veniunt jure suorum hæredum, sed agnatorum, *l.* 2. §. 1. *unde legit.*

COMMENTARIUS.

QUoniam lex Papia nimium patronis tribuere videbatur, eo quod certis casibus hos etiam liberis liberti centenarij exæquaret: & jure prætorio libertus sine liberis decedens cogebatur semissem omnium bonorum patrono relinquere: Justinianus utrique juri derogavit, causamque sic in summa definivit, ut in liberto minore centenario testato decedente, patronus nullum jus in successione ejus haberet. Sin autem

centenario major decederet, sive testatus sive intestatus, utim si liberos reliquisset, & vel unum cujuscumque sexus, gradus, aut conditionis, patronus excluderetur, nisi forte testamento patris liberi essent exhæredati. Si vero nullos liberos reliquisset, ab intestato patronus in solidum ut hæres esset, antiquo jure patronatus integro hoc casu servato: testamento vero facto, uti pro semisse, quem prætor patrono decreverat, trientem sine ullo onere obtineret: atque hoc succedendi jus non solum ipse patronus haberet; verum etiam eo mortuo liberi ejus, & his non extantibus patroni ex latere cognati usque ad quintum gradum: sic ut inter illos & hos proximior remotiorem excluderet, & in capita hæreditas divideretur.

Pro mille sestertiis unus aureus] Justiniani ætate cum multo minores essent hominum facultates, locupletes censebantur, qui centum aureos in bonis habebant, cum antea ex mille aureis hoc æstimaretur. Hotomannus putat, transposita esse nomina, & pro *mille* hic substituit *centum*, uti paulo ante pro *centum*, *mille*, quod probat Vesembecius; ego in medio relinquo.

Sin autem sine liberis] Quid si adoptivus tantum reliquerit? Hotomannus censet, patronum & hoc casu lege Justiniani in totum excludi. Bachovius contra in partem patronum admitti; cujus sententia verior videtur arg. *pr. hujus tit. in fin. & §. 1. in pr.* item constitutionis Græcæ, relatæ à Cujacio *lib. 20. obs. 34.*

Vel mater sive avus maternus] Quippe quorum præteritio pro exhæredatione est, §. *ult. sup. de exhær. lib.* quod nec jure novissimo mutatum esse demonstravimus *sup. tit. de inoff. test. in pr.*

Ex constitutione nostra replebatur] Intelligit haud dubiè constitutionem *l. omnimodo* 30. *C. de inoff. test.* ut proinde hactenus eadem sit ratio legitimæ patronorum & liberorum.

Sine onere] Et ergo in hoc quoque exæquata jura patronorum & liberorum, ut ambo portionem debitam seu legitimam sine onere habere debeant: *l. 32. C. de inoff. test. junct. hoc text.* cum olim legatorum & fideicommissorum præstandorum onus, quæ liberis præteritis an exhæredatis relicta erant, patrono incumberet, *l. 4. de cond. & dem. l. si ejus 64. §. ult. ad Senatusc. Trebell.*

Usque ad quintum gradum] Pacius putat, hæc verba ad eos tantum referenda esse, qui ex latere veniunt, non ad liberos patroni, cum Mynsingero *ad hunc loc. & §. 2. inf. de bon. poss.* sed refelluntur verbis constitutionis Græcæ, relatæ apud Cujac. 20. *obs.* 34. ac proinde nullius momenti est argumentum, petitum ex *l. liberorum* 220. *de verb. sing.*

Qui proximior est] Si unius pluriumve patronorum plures liberi sint diversi gradus, qui proximior est, in successione liberti præfertur, & plurium patronorum liberi non in stirpes, sed in capita succedunt, *l. si libertus* 13 *§ 1. & seq. de bon. libert. Ulp. tit. 27. §. 1. & seqq.* Non est huic contrarium quod de liberis supra relatum est, eos parentum suorum locum occupare, inque stirpes, non in capita succedere: quippe hic non quæritur de hæreditate parentum patronorum, sed liberti, ad cujus successionem patroni eorumque liberi non jure suorum hæredum, sed agnatorum jure veniunt, *l. 2. §. 1. unde legit.* Hactenus ergo nihil novi Justinianus.

TEXTUS.

4. *Sed hæc de iis libertinis hodie dicenda sunt, qui in civitatem Romanam pervenerunt, cum nec sint alii liberti: simul & Dediticiis & Latinis sublatis, cum Latinorum successiones nullæ penitus erant: quia licet liberi vitam suam peragebant, attamen ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amittebant: & quasi servorum, ita bona eorum, jure quodammodo peculij ex lege Iunia Norbana manumissores detinebant. Postea vero Senatusconsulto Largiano cautum fuerat, ut liberi manumissoris, non nominatim exhæredati facti, extraneis hæredibus eorum in bonis Latinorum præponerentur. Quibus etiam supervenit divi Trajani edictum, quod eundem hominem, si, invito vel ignorante patrono, ad civitatem Romanam venire ex beneficio Principis festinarat, faciebat quidem vivum civem, Latinum vero morientem. Sed nostra constitutione propter hujusmodi conditionum vices & alias difficultates, cum ipsis Latinis etiam legem Iuniam, & Senatusconsultum Largianum, & edictum divi Trajani, in perpetuum deleri censuimus, ut omnes liberi civitate Romana fruantur: & mirabili modo quibusdam adjectionibus ipsas vias, quæ in Latinitatem ducebant, ad civitatem Romanam capiendam transposuimus.*

NOTÆ

NOTÆ.

4. DEDITITIIS ET LATINIS SUBLATIS] *l. un. C. de ded. lib. vel. un. C. de Lat. lib. toll. v. sup. § 3. de libertin.*

LEGITIMÆ SUCCESSIONES NULLÆ] Neque testamentariæ. Hæc enim omnia, jus testamenti faciendi, jus capiendæ hæreditatis, item hæredis habendi propria erant civium Romanorum.

COMMENTARIUS.

OLim non omnes libertini ejusdem erant conditionis: nam eorum qui manumittebantur, quidam cives Romani fiebant, alii Latini Juniani, aut dedititii; idque vel propter qualitatem domini manumittentis vel modum manumissionis, vel ætatem aut personam manumissi: quod *lib. 1. tit. de libertin.* latius explicatum est. Itaque cum eum, quem hæredem vel ex testamento vel ab intestato habere volumus, necesse sit esse civem Romanum, satis apparet, ea, quæ de jure succedendi in bonis libertorum legibus prioribus & edicto cauta sunt, ad Latinos & dedititios non pertinuisse. Quod autem Justinianus monet, ea, quæ ipse de eadem re constituit, ad libertos Latinos & dedititios non pertinere, sublata jam tum Latina & dedititia libertate, parum subtile est.

Latinorum legitimæ successiones, nullæ] Neque testamentariæ. Nam Latini nec testamentum facere, neque omnino hæredem habere poterant, sicut nec ipsi hæredes esse. Hæc enim omnia, jus testamenti faciendi, jus capiendæ hæreditatis, item hæredis habendi, propria erant civium Romanorum. Quare nec intestati Latini decessisse dici poterant, *l. 1. in pr. de suis & leg.* Libertorum vero civium Romanorum ut testamentariæ, ita & legitimæ successiones erant: nam eorum intestatorum hæreditas primum suis hæredibus deferebatur, deinde patronis, eorumque liberis, tanquam agnatis, quibus quæ defertur, in edicto prætoris in specie legitima dicitur, *tit. unde legit.*

Jure quodammodo peculii] Nam mortuo liberto Latino Juniano patronus bona ejus, non tanquam hæreditatem, sed eodem jure ex lege Junia occupabat, quo dominus peculium servi, pater filii retinet. Unde si patronus cum liberis suis simul extraneos quosdam hæredes instituisset, bona hujus liberti dividebantur communiter inter suos & extraneos hæredes; quemadmodum peculium servi aut filii dividitur inter hæredes domini aut patris.

Extraneis hæredibus eorum] Id est, extraneis hæredibus manumissorum seu patronorum, Ut ecce; L. Titius, qui libertum Latinum habebat, decessit, liberis suis & quibusdam extraneis hæredibus institutis: moriuntur deinde, libertus, ex lege Junia una cum liberis Titij extranei scripti hæredes ad bona liberti veniunt. Ex Senatusconsulto autem Largiano soli veniunt liberi Titij. Tota via in hoc explicando deerravit Hotomannus, iis quoque, quæ paulo ante dixerat, manifestè contraria tradens. Meminit Justinianus Senatusconsulti Largiani in *l. un. C. de Lat. lib. toll. & Nov. 78. in pr.*

Divi Trajani edictum] Edicto divi Trajani cavebatur, ut Latinus Junianus, qui invito ignoranteve patrono jus civitatis Romanæ beneficio Principis adeptus esset, viveret quidem ut civis Romanus, moriens autem liberti Latini exitum faceret, id est, ut bona ejus, quasi peculij jure, ad patronum pertinerent. Hujus edicti mentio item fit in *d. l. un. in pr. & §. ult. C. de Lat. lib. toll.*

Sed nostra constitutione] Ea est *d. l. un. C. d. tit.* qua, ut antea ingenuos omnes Antonius civitate donavit, *l. in orbe 17. de stat. hom.* Ita Justinianus libertinos omnes civitate donatos exæquat. Novissimè libertinos omnes tantum non exæquavit ingenuis. *Nov. 78.*

TITULUS IV.

De Assignatione libertorum.

Continuatio.

HIc titulus moderationem continet proximè præcedentis. Nam quod generaliter ibi definitum est, patrono mortuo, ad liberos ejus, qui gradu proximi sunt, bona liberti ex æquo pertinere, id hanc habere exceptionem hoc titulo docemur, nisi uni ex liberis libertum assignaverit, hoc est, testificatus fuerit, cujus ex liberis eum libertum esse velit, *l. assignare 107. de verb. sign.* hoc enim casu is solus, cui facta est assignatio, pro patrono habetur, & in bona liberti succedit, reliquis liberis assignatoris exclusis, *l. 1. in pr. hoc tit.*

TEXTUS.

In summa (quod ad bona liberorum attinet) admonendi sumus, censuisse Senatum, ut quamvis ad omnes patroni liberos, qui ejusdem gradus sunt, æqualiter bona libertorum pertineant; tamen licere parenti [illegible]

ex liberis assignare libertum, ut post mortem ejus solus is patronus habeatur, cui assignatus est; & cæteri liberi, qui ipsi quoque ad eadem bona, nulla assignatione interveniente, pariter admitterentur, nihil juris in his bonis habeant, sed ita demum pristinum jus recipiant, si is cui adsignatus est, decesserit nullis liberis relictis.

NOTÆ.

ASSIGNARE LIBERTUM] Assignare libertum est testificari, cujus ex liberis eum libertum esse velit, *l.* 107. *de verb. sing.* id est, jus patronatus, quod alioqui pluribus competeret, uni peculiariter attribuere.

COMMENTARIVS.

Licere parenti] Et quidem soli. Nam jus assignandi libertum parenti manumissori Senatus dedit, *d. l.* 1. *hoc tit.* quod tam arcte acceptum, ut liberi manumissoris libertum paternum, quantumvis à parente sibi assignatum, liberis suis adsignare non potuerint; cum tamen in plerisque aliis causis jure manumissorum censerentur, *l.* 8. *eod.*

Ita demum pristinum jus recipiunt.] Ad liberos, non ad hæredes extraneos jus patronatus assignatione quæsitum transmittitur; quod intelligitur ex verbis extremis Senatusconsulti relati apud Ulp. *d. l. hoc tit. Vtique si ex liberis quis in civitate esse desisset, neque ei liberi ulli essent, cæteris ejus liberis, qui manumisit, perinde omnia jura servantur, ac si nihil de eo liberto esve liberta is parens significasset.*

TEXTUS.

1. *Nec tantum libertum, sed etiam libertam; & non tantum filio, nepotive, sed etiam filiæ neptive adsignare permittitur.*

COMMENTARIVS.

Sed etiam libertam] Hoc ex ipsis verbis Senatusconsulti planum est: quippe quo perpetuo tam libertæ, quam liberti fit mentio.

Sed etiam filiæ neptive] Senatus generaliter loquitur, *si quis liberos in potestate haberet*, sine discrimine sexus aut gradus. Itaque non minus filiæ neptive, quam filio vel nepoti assignari posse, intellectum est. Quinetiam præferri posse filio nepotem adsignatoris, *l.* 3. §. 1. *hoc tit.* quippe cum hoc tantum requirat Senatus, ut liberi adsignatoris in potestate sint, non etiam ut sint sui hæredes. Perperam hæc omisit Theoph.

TEXTUS.

2. *Datur autem hæc adsignandi facultas ei, qui duos plureſve liberos in potestate habebit, ut eis, quos in potestate habet adsignare libertum libertamve liceat. Vnde quærebatur, si eum, cui adsignavit, postea emancipaverit, num evanescat adsignatio? Sed placuit evanescere: quod & Iuliano & aliis plerisque visum est.*

COMMENTARIVS.

Qui duos plureſve liberos in potestate] Cum adsignare nihil aliud sit, quâ jus patronatus, quod alioqui pluribus competeret, uni propriè ac peculiariter attribuere; in eumque solum derivare, non est existimandum dubitatum fuisse, an is demum adsignare possit, qui duos aut plures liberos habeat: aut si unum tantum quis habeat, an ulla tunc esse possit adsignatio; neque iste hujus loci sensus est, sed hic, assignationem tantum posse fieri pluribus liberis vel uni ex pluribus in potestate constitutis, ut hinc removeantur emancipati. Nimirum quemadmodum lex 12. tabb. jus patronatus retineri voluit in familia; ita etiam Senatusconsultum idem jus adsignatione contractum finibus familiæ concluſit: idque ipsa verba Senatusconsulti indicant, & hic ipse locus.

Placuit evanescere] Non tantum emancipato facta adsignatio nulla est, sed etiam facta ei, qui in potestate erat; emancipatione ejus evanescit: congruit *l.* 1. *in fin. eod.* De eo dubitatum, an si præter emancipatum duo existant in potestate, possit hoc casu patronus non tantum uni ex his, qui in potestate sunt, sed simul etiam emancipato adsignare. Sed Modestinus respondit, magis esse ut possit. Igitur quod per se non haberet emancipatus, id per conjunctam personam consequitur, uti in specie *l.* 9. *eod. l. ult. de lib. & post.* Quod si unus tantum sit in potestate, alter emancipatus, & utrique libertus adsignetur, quæ adsignatio in persona ejus, qui in potestate est, nulla est, ea propter emancipatum utilis fieri non debet; ita censeo cum Cujac.

TEXTUS.

3. *Nec interest, an testamentum quis adsignet, an sine testamento. Sed etiam quibuscumque verbis patronis hoc permittitur facere, ex ipso SC. quod Claudianis temporibus factum est, Sabellio Rufo, & Asterio Scapula Consulibus.*

COMMENTARIUS.

ADsignari libertus potest & testamento & codicillis, & per modum contractus, aut donationis inter vivos vel mortis causa, quibuscumque verbis, epistola, chirographo, pure, sub conditione, denique nutu etiam, *l. 1. §. 3. l. 7. eod.* quod procul dubio ex verbo *significasset*, quod Senatus utitur, sumptum est: & ideo ait Justinianus, hoc patronis facere permissum ex ipso Senatusconsulto.

TITULUS X.

De bonorum Possessionibus.

Ratio ordinis: bonorum possessio quid: argumentum tituli.

EX quatuor acquirendi per universitatem modis, propositis §. *ult. sup. per quas pers. cuiq. acq.* primus & præcipuus expositus est, scilicet ratio acquirendæ hæreditatis jure tum testamento tum ab intestato delatæ. Succedit nunc species acquisitionis ejusdem generis secunda; seu ea hæreditatis acquirendæ ratio, quæ est ex jure prætorio per bonorum possessionem: de qua hoc titulo ex professo nunc Imperator tractat. Nam quod subinde etiam supra de jure prætorio disputatum est, id factum per occasionem, exigente hoc rerum affinitate. Bonorum possessio finitore Ulpiano *l. 3. §. 2. hoc tit.* est jus persequendi retinendive patrimonij, sive rei, quæ cujusque cum moritur, fuit. Non ergo bonorum possessio hic accipitur, uti possessio illa rerum singularum quæ facti est, & corporalis detentionis, de qua *tit. ff. & C. de acq. poss.* sed tota juris est, & dominium tribuit: ut hæc duo præter nomen nihil commune habeant. Denique bonorum possessio vi ipsa nihil aliud est, quam hæreditas, *d. l. 3. in pr. & §. 1. l. 1. & l. 2. eod. l. 117. de reg. iur.* unde Græcis dicitur κατ' ἐπιείκειαν δόξαν. Tantum in tempore & modo acquirendi diversitas est. De fine bonorum possessionis, tum quam ea vim & unde habeat, primum hic exponitur; deinde species ejus eo ordine, quo edicto propositæ fuerunt, recensentur; ac mox quibusdam remotis quædam transponuntur: ad extremum agitur de tempore & modo bonorum possessionis petendæ.

TEXTUS.

Ius bonorum possessionis introductum est à prætore emendandi veteris juris gratia. Nec solum in intestatorum hæreditatibus vetus jus eo modo prætor emendavit, sicut supra dictum est; sed in eorum quoque, qui testamento facto decesserint. Nam si alienus posthumus hæres fuerit institutus, quamvis hæreditatem jure civili adire non poterat, cum institutio non valebat; honorario tamen jure bonorum possessor efficiebatur: videlicet cum à prætore adjuvabatur. Sed & is à nostra constitutione hodie rectè hæres instituitur, quasi & jure civili non incognitus. Aliquando tamen neque emendandi, neque impugnandi veteris iuris, sed magis confirmandi gratia, prætor pollicetur bonorum possessionem. Nam illis quoque, qui rectè testamento facto, hæredes instituti sunt, dat secundum tabulas bonorum possessionem. Item ab intestato suos hæredes, & agnatos, ad bonorum possessionem vocat. Sed & remota quoque bonorum possessione ad eos pertinet hæreditas jure civili. Quos autem solus prætor vocat ad hæreditatem, hæredes quidem ipso iure non fiunt: nam prætor hæredem facere non potest: per legem enim tantum, vel similem juris constitutionem hæredes fiunt, vel per Senatusconsulta, & constitutiones principales: sed cum eis prætor dat bonorum possessionem, loco hæredum constituuntur, & vocantur bonorum possessores. Adhuc autem & alios complures gradus prætor fecit in bonorum possessionibus dandis, dum id agebat, ne quis sine successore moreretur. Nam angustissimis finibus constitutum per legem duodecim tabularum jus

percipiendarum hæreditatum prætor ex bono & æquo dilatavit.

NOTÆ.

BONORUM POSSESSIONIBUS] Hæc secunda species est acquisitionis per universitatem earum quatuor, quæ propositæ *sup. §. ult. per quas pers.* Bonorum possessio vi ipsa nihil aliud est, quam hæreditas, *l.2. & 3. h. t. l.117. de reg. jur.* Græci οἰκεῖα δικαιώματα appellant, & κατ' οἰκείαν ἀξίωσιν δεκτά.

EMENDANDI JURIS VETERIS] Dum prætor laxando mitigandoque juris civilis rigorem viam ad successionem aperuit illo jure neglectis. Neglectis, inquam; nam capere expressim prohibitis non succurrit, ne directo contra leges faciat, *l.12. §.1. hoc tit. l.12. §.4. de publ. in rem act.*

SI ALIENUS POSTHUMUS] Vid. *sub §.26. sub tit. de legat.*

A NOSTRA CONSTITUTIONE] Hæc constitutio non extat fac. *d.§.26. sup. de legat.*

CONFIRMANDI GRATIA] Id est, adjuvandi, *l.7. §.1. de just. & jur.*

TESTAMENTO HÆREDES INSTITUTI] Quibus constat necessariam non esse bonorum possessionem secundum tabulas, cum adita hæreditate jure civili hæredes fiant.

IPSO JURE NON FIUNT] Ipso jure hic idem valet, quod jure civili, ut & alibi §.11. *inf. de act. §.1. inf. de perp. & temp. act. l.9. §.1. usuf. qu. cau.* Igitur hæredes ipso jure non fiunt, id est, non fiunt jure civili hæredes, etsi adeant hæreditatem aut pro hærede gerant. Alio sensu sui dicuntur ipso jure hæredes existere.

PRÆTOR HÆREDEM FACERE NON POTEST] Nam hæredem facere, est dominum facere, *§. ultim. sup. de hared. qual.* quod non est prætoris, qui nudus tantum est magistratus, δικαιοδότης non νομοθέτης, *custos legum, non conditor:* quanquam quædam invexit præter rationem juris populo non obnitente.

PER LEGEM] Utpote quæ rebus omnium, tanquam Regina & domina præsidet, *l.2. de legib.*

PER SENATUSCONSULTA] *l.9. d. t. sup. de SC. Tert. & de SC. Orfic.*

CONSTITUTIONES PRINCIPUM] Exemplum habes §.3. & 4. *sup. de leg. agn. succ. l. pen. & ult. C. de leg. hær.*

ALIOS COMPLURES GRADUS] Id est, ordines, συγγενείς, ut sæpe alibi, *l.1. §.1. unde liberi, l.5. unde cogn. l. un. quis ord. in bon. poss.*

EX BONO ET ÆQUO] Nam prætor & alios successorum ordines fecit, & ordinum graduumque successionem admisit *tit. de succes. edict.*

COMMENTARIUS.

1 *Quomodo prætor circa successiones jus vetus emendarit.*
2 *Quænam bonorum possessiones juris civilis confirmandi gratia introducta: & quam utiliter.*
3 *Qui jure civili succedere possunt, si malint honorario, hæredes, an bonorum possessores efficiantur.*
4 *Cur prætor hæredem facere non possit.*
5 *Bonorum possessores vi ipsa hæredes esse, & jure prætorio dominium rerum singularum consequi: quod à plerisque minus bene perceptum.*
6 *Scopus prætoris in introducendis bonorum possessionibus.*

Emendandi juris veteris gratia] Suprà didicimus, legem 12. tabb. successiones ab intestato tam angustis finibus concluisse, ut intra suorum hæredum & agnatorum ordinem consisteret. Postea verò multas personas, tum inter suos hæredes, tum inter agnatos, vocatas à prætore, senatusconsultis, constitutionibus. Prætorem etiam tertium ordinem fecisse, in quo omnes eos vocavit, qui naturali cognatione conjuncti. Hoc significat Justinianus, cum ait, prætorem bonorum possessiones introduxisse emendandi juris veteris causa. Emendavit enim laxando mitigandoque juris civilis rigorem, dum illo jure neglectis liberis emancipatis, cognatisque ad successionem viam aperuit. Aio, jure civili neglectos: nam capere nominatim prohibitis prætor non succurrit, ne directo, quod non potest, contra leges faciat. *l. non est 12. §.1. hoc tit. l.12. §.4. de publ. in rem act.* Simili quoque correctione, & quadam velut impugnatione juris civilis usus est prætor & in hæreditatibus eorum, qui testati decesserunt, dando bonorum possessionem secundum tabulas posthumis alienis hæredibus institutis, *l.3. secund. tab.* & contra tabulas liberis emancipatis præteritis, *§. eadem 12. sup. de har. quæ ab int. def.*

Si alienus posthumus] Quis dicatur, suus, qui alienus posthumus; item cur alienus posthumus jure civili hæres institui non potuerit, neque legatum capere, diligenter exposuimus. *lib.2. sub tit. de legat. §. posthumo 26. add.* & quæ sub §.2. *supra de exhær. liber.*

Honorario jure bonorum possessor] *d.l.3. sec. tab. l.5. de inoff. test.* Atque ad effectum hujus juris, & simul institutionis & legati, respiciens, dixit alibi, posthumum alienum etiam olim hæredem institui potuisse, *§. posthumus 28. sup. de legat.* quod multis ibi argumentis confirmavimus.

Sed magis confirmandi gratia] Ait, quasdam bonorum possessiones à prætore etiam confirmandi,

mandi, id est, adjuvandi juris veteris gratia introductas: idque declarat duplici specie bonorum possessionis: quarum una ex testamento secundum tabulas, quam etiam rectè instituris hæredibus prætor polliceatur; altera ab intestato; eaque item duplex, unde liberi & unde legitimi; quarum ad illam etiam suos hæredes, ad hanc etiam agnatos, & qui agnatorum jure censentur, invitet.

Hæredes instituti] Hæredi testamento rectè instituto scimus necessariam non esse bonorum possessionem secundum tabulas, cum adita hæreditate jure civili hæres fiat. Existimo etiam, prætorem ab initio bonorum possessionem secundum tabulas jure civili scriptas perfectasque pollicitum non esse, sed secundum eas duntaxat, quæ ipsius instituto scriptæ fuerant, quarum formam jus civile, quo solo hæreditas defertur, ignorabat, hoc est, quæ septem testium signis erant obsignatæ, *l. 2. C. sec. tab.* aut quæ jure civili ideo non valebant, quod vel familiæ mancipatio vel nuncupatio non intervenerat, vel testamentum ruptum irritúmve factum fuerat. *Ulpian. tit. 23. § si septem & tit. 28. §. etiamsi. l. posthum. 12. de injust. rupt. irrit. §. non tamen sup. quib. mod. test. infirm.* Cæterum progressu temporis jus prætorium crevisse, inolevisseque, ut etiam qui rectè hæredes instituti erant, aliique, jure civili hæreditatem adeundo consequi poterant, ad majorem cautionem, puta ut remediis prætoriis uterentur, veluti interdicto quorum bonorum, *l. 1. quor. bon.* vel quia multis in rebus liberalius agitur cum bonorum possessoribus, quam cum hæredibus, *l. 3. §. acquirere 7. hoc tit. l. 1. & ult. qui adm. ad bon. poss.* bonorum possessionem peterent: edictumque postea plenius conceptum. Horomannus putat, per bonorum possessionem etiam acquiri possessionem ipsarum rerum, qui manifestus error est, non enim magis agnoscendo bonorum possessionem rerum singularum possessionem adipiscimur, quàm adeundo hæreditatem, *l. 3. pr. §. & 2. hoc tit. junct. l. cum hæ. 23. de acq. poss.* Sed & si quis res defuncti corporaliter possideat, eum tamen necesse est bonorum possessionem à prætore obtinere, ut in naturali rerum singularum possessione defendatur. *Vesemb. par. hoc tit. num. 8. D. Diod. Tulden. in comm. hic cap. 1.*

3 *Suos hæredes & agnatos*] Suos hæredes ad bonorum possessionem *unde liberi*, agnatos ad bonorum possessionem *unde legitimi*. Licet enim his bonorum possessio non sit necessaria, (utpote qui etiam remota ea jure civili hæreditatem obtineant) & adspectu principalis scopi bonorum possessio unde liberi comparata sit emendandi juris civilis gratia, succurendique liberis emancipatis, quos jus civile non agnoscit: §. *emancipati 9. sup. de hæ. quæ ab int.* tamen suos etiam hæredes prætor edicto complexus est: *l. 1. unde liberi* & agnatos quoque & cæteras personas legitimas vocavit *tit. unde legitimi*: ne quod iis concesserat, quos solus ipse vocat, denegasse illi videretur, quos vocat potentior: inque eo juris civilis se adjutorem præbuit. Οὐκ ἐν δίκῃ ὁ ἀφίημι, ait Theoph. & Theod. Hermop. ad *l. 117. de reg. jur.* ἀφιέναι δὲ νόμῳ φιλανθρωπίας, *jus prætorium humanius est.* Hinc illustratur *l. 7. §. 1. de just. & jur. & §. prætorum sup. de jur. nat. gent. & civil.*

Solus vocat prætor] Quid ergo si quis testamento hæres institutus aut agnatus proximus intestati, quos solus prætor non vocat, sed quibus liberum est vel hæreditatem adire, vel ex edicto bonorum possessionem accipere, *l. 2 §. siduo 8. sec. tab. hoc*, quam illo jure, succedere maluerint? Hos etiam non hæredes, sed bonorum possessores effici, ac proinde non directis, sed utilibus actionibus usuros, rectè censet *Io. Fab.* Quin amplius, nec suum hæredem, qui secundum tabulas aut unde liberi accepit, existimo alias, quam utiles & prætorias actiones, exerciturum; directasque, quæ apud eum remanent, quia ipso jure hæres extitit, esse sine effectu, *arg. l. 7. sed quod Papinianus de min. rib. l. ei qui 88. de hæred. instit.*

Prætor hæredem facere non potest] Hæredem 4
facere est justum plenoque jure Quiritum dominum facere, quod solius legis est, utpote quæ rebus omnium, tanquam regina & domina, præsidet: *l. 2. de legibus*, aut ejus, qui similem legi auctoritatem habet: qualem etiam habuit senatus, uti docet *l. non ambigitur de legib.* & ostendunt Senatusconsulta Tertyllianum & Orficianum; non prætoris, qui nudus fuit magistratus, διορθωτὴς non νομοθέτης: qui tamen tacitè consentiente populo, hoc usurpavit, ut nonnulla, non quidem directo contra, sed tamen præter rationem juris constituti ex æquo & bono constitueret, quæ juris etiam auctoritatem obtinuerunt, *vid. not. sub §. prætorum 7. sup. de jur. nat. gent.*

Loco hæredum constituuntur] Prætor successores suos, quos hæredes facere non potuit, bonorum possessores appellavit, iisque utiles actiones dando effecit, ut vicem hæredum obtinerent, imo vi ipsa ut hæredes essent, *l. 1. 2. 3 hoc tit.* Unde est, quod hæredis appellatio etiam bonorum possessori absolutè tribuitur, & perpetuo appellatione hæreditatis bonorum quoque possessio venit. *l. hæreditatis 138. de verb. sign. l. in conditionibus 19. §. 2. di. cond. & demonst. l. 1. §. bonorum 7. ad Senatusc. Treb. l. ultimi. C. qui adm. ad bon. poss.* Sed & passim nostri bonorum possessores vocant successores honorarios, *l. sed & ejus 24. §. 1. fam. erc. si sine 9. §. illud. 6. de interr. in inv. leg. 10.*

ad Senatusc. Vell. l. 1. §. nec non 8. ut leg. nom. cau. Cum ergo bonorum possessores jus hæredum consequantur, etiam dominium eos consequi necesse est, & quidem rerum ipsarum, & proprietatem ipsam, uti hoc disertè traditum est ab *Ulp. l. 1. hoc tit.* dominium, inquam, non utique directum aut ex jure quiritiario seu legitimum, sed utile sive bonitarium; aut, si mavis, dominium prætorium; nam bonorum possessor hæres honorarius est; hæres vero dominum significat. Ita quum prætor secundo decreto in possessionem mittit, dominus etiam constituitur, *l. si finita 15. §. Iulianus 16. & § postea 33. de damn. inf.* Perspicuum est igitur, eos errare, ut leviſſimè dicam, qui contendunt, prætorem nihil aliud tribuere bonorum possessori, quam rerum possessionem, quippe quæ nihil cum dominio commune habet, *l. 2. §. 1. de acq. poss.* imo quam nec tribuit prætor, & quæ nemini acquiritur, nisi qui eam naturaliter apprehenderit, *l. 1. passim. de acq. poss.* Dominii quoque possessionis, quale alii tantum successoribus honorariis tribuunt, merum commentum est. Clariſſimus D. Tuldenus sic hæc explicat; Hæreditas, inquit, quia successio est in universum jus defuncti, statim ut adita est, tribuit dominium rerum hæreditariarum. Non par vis, inquit, bonorum possessioni; quippe quæ tantum facultatem tribuit persequendi. Hæc ille. At enim vero si rem spectemus, par utrique & eadem vis: nam & bonorum possessio non minus quam hæreditas, eademque ratione, qua hæreditas, successio est in universum jus defuncti, & ipsa quoque simul atque admissa est, dominium jure prætorio tribuit æquè ac hæreditas jure civili: textus sunt expressi & clari in *l. 1. l. 3. in pr. h. t.* Res hæc ideo minus rectè vulgo percepta est, quod in describenda tum hæreditate tum bonorum possessione Jurisconsulti *impropriè locuti sunt, nec vero*, sed tropico genere usi, nam neque hæreditas propriè successio est, ut abundè demonstravimus *sub tit. de rer. corp. & incorp.* neque bonorum possessio potestas persequendi, sed utraque nihil aliud, quam universum patrimonium & jus alicujus defuncti, in quod & hæres succedens & bonorum possessor ille scilicet deundo, hic bona apud magistratum amplectendo, dominium rerum singularum statim nanciscuntur; ille civile, hic prætorium & consequenter jus eas res persequendi, ille directis & civilibus, hic utilibus & honorariis actionibus.

Et alios complures gradus] Id est, ordines: est enim hoc nostris non infrequens, ut ordines successionum ab intestato gradus quoque appellent, *l. 1. §. 1. unde cogn. l. un. quis ord. in poss.* Unde etiam interpres Novellarum, quod in textu Græco: *Nov. 118. in pr.* legitur, *πασι τοις δι' ἀλλήλων ἀνα-βαίνουσι καὶ κατιοῦσι γραμμὴν καὶ μέτρον*, reddidit, tribus cognoscitur gradibus, id est, *βαθμοῖς*: ut nihil causæ videam, quamobrem hoc carpserit Bern. Sutholt. *diss. 11. n. 42.* Sunt autem intestati gradus seu ordines, præter enumeratos liberorum & legitimorum, nunc adhuc duo, cognatorum, & unde vir & uxor, *d. l. 1. §. 1. & d. l. un.*

Ex æquo & bono dilatavit] Scopus hic prætori in introducendo jure bonorum possessionis propositus fuit, amplificare jus percipiendarum ab intestato hæreditatum, quod lex 12. tabb. familiæ finibus ita concluserat, ut suos tantum hæredes, & post hos, agnatos solos admitteret, atque ita admitteret, ut in eorum hæreditatibus successioni locum non daret, hoc est, ut proximo deficiente vel repudiante, insequentis gradus agnatos non admitteret, §. *placebat 7. sup. de leg. agn. success.* Prætor autem & alios ordines fecit, ordinumque & graduum successionem admisit *tit. de success. edict.*

TEXTUS.

1. *Sunt autem bonorum possessiones, ex testamento quidem hæ: prima, quæ præteritis liberis datur, vocaturque* contra tabulas. *Secunda, quam omnibus jure scriptis hæredibus prætor pollicetur, ideoque vocatur* secundum tabulas. *Et cum de testatis prius locutus est, ad intestatos transitum fecit. Et primo loco suis hæredibus, & iis, qui ex edicto prætoris inter suos hæredes connumerantur, dat bonorum possessionem, quæ vocatur* unde liberi. *Secundo legitimis hæredibus. Tertio decem personis, quas extraneo manumissori præferebat. Sunt autem decem personæ hæ; mater, avus, avia tam paterni, quam materni: item filius, filia, nepos, neptis tam ex filio, quam ex filia; frater sororve consanguinei vel uterini. Quarto cognatis proximis. Quinto* tanquam ex familia. *Sexto patrono patronæque, liberisque eorum & parentibus. Septimo, viro & uxori. Octavo cognatis manumissoris.*

NOTÆ.

1. PRIMA, QUÆ PRÆTERITIS LIBERIS] *l. un. quis ord. in bon. poss.* Ulp. *tit.* 28. vid. *sup.* §. 3. *de exh. lib. & D. de bon. poss. cont. tab.*

SECUNDUM

SECUNDUM TABULAS] *D. de bon. poss sec. tab.* Si non scriptus hæres, sed nuncupatus sit, datur secundum nuncupationem, *l.1. C.eod.*

UNDE LIBERI] Quæ quidem principaliter introducta liberorum emancipatorum gratia, *§.9. sup. de hær. quæ ab int.* sed interim tamen & suis hæredibus edicto proposita, *l.1. §.6. unde liberi.*

DECEM PERSONIS] Ulpian. *apud Licin. Rufin. tit.16.*

EXTRANEO MANUMISSORI] Id est, imaginario emptori, cui pater filium non contracta fiducia mancipaverat. Cujac.

TAMQUAM EX FAMILIA] Cujac. *tum quem ex familia.* Et ita quoque Theophilum legisse putat, Fabrot.

VIRO ET UXORI] Hæc *unde vir & uxor dicta. D. & C. und. vir. & ux.*

COGNATI MANUMISSORIS] *§. pen. sup. de succ. libert.* Ulp. *tit.28. § 6.*

COMMENTARIUS.

1 *Quo sensu bonorum possessio contra tabulas dicatur esse ex testamento, cum per eam succedatur ab intestato. Quod à paucis observatum.*
2 *Cur ea primo loco in edicto proposita.*
3 *Extraneus manumissor quis dicatur.*
4 *Quid per familiam significetur in ea, quam prætor quinto loco proposuit.*

HAbemus hic catalogum veterum bonorum possessionum, earumque gradus, uti quæque edicto proposita fuit. Similis est apud Ulpian. *tit.18. § intestati 6.* Percurramus singula.

1 *Ex testamento quidem hæ*] Bonorum possessio, iridem ut jure civili hæreditas, defertur aut testamento, aut ab intestato. Quæ testamento facto competit, ea duplex est, contra tabulas, & secundum tabulas; quarum hæc etiam ex testamento est, ita ut per eam etiam succedatur ex testamento: illa ex testamento non est, ne quis erret; cum enim detur contra testamentum, per eam testamentum oppugnetur atque evertatur, *l.1. in pr. de legat. præst. c. ut liberis 17. in pr. C. de collat.* ex testamento esse dici non potest, neque per hanc bonorum possessionem ex testamento succedi: sed uti rescisso per inofficiosi querelam testamento res ad causam intestati redit, *l.6. § 1. l. eum qui 22. §.1. de inoff. test.* eodem modo, rescisso testamento per bonorum possessionem contra tabulas, liberi præteriti jure prætorio ab intestato succedunt, uti diserte scriptum est in *d.l. liberis 17. C. de collat.* Quamobrem quod hic Imperator etiam bonorum possessionem contra tabulas dicit esse ex testamento, certum est id impropriè atque abusive ab eo dici, nec alio sensu, quam quod ea locum non habeat, nisi defunctus testamento facto decesserit; atque ob hanc solam causam contra tabulas bonorum possessio opponitur successioni intestati, meræ scilicet illi, seu cum nullæ tabulæ factæ sunt, *l.1. in pr. & §. recte autem 5, undq lib. l.4. C. de collat.* non, inquam, ut successio ex testamento, sed ejus, qui facto testamento decessit, Quod idcirco monendum fuit, quia à paucis observatum.

Quæ præteritis liberis] Præteritis liberis datur bonorum possessio contra tabulas patris aut cæterorum parentum per patrem conjunctorum, *ff & C. de bon. poss cont. tab.* quæ species à nobis exposita est sub §. *eadem 12. de hær. quæ ab int. & §.3. sup. de exhær. lib.* Sunt & aliæ species bonorum possessionis contra tabulas; veluti ea; quæ patrono præterito datur contra tabulas liberti, *§.1. sup. de succes. libert.* item quæ datur patri adversus tabulas filij, quem emancipavit, *l.1. si apparent. quis man.*

Secundum tabulas] Quod si hæres non scriptus testamento, sed nuncupatus sit, datur secundum nuncupationem, *l.1 C. de bon. poss sec. tabb.* Datur, si modo tabulæ rectè factæ sint. Enimvero prætor non omnes hic solemnitates juris civilis desiderat, sed hoc tantum requirit, ut septem testium signis tabulæ signatæ sint. Secundum nuncupationem quoque non aliter dat, quam si testator voluntatem suam rite declaraverit. Illa autem contra tabulas & in edicto & hic primo loco proposita est, quoniam, si eo testamento, quo de agitur, liberi defuncti præteriti sint, ad hos prius contra tabulas pertinet, nec ante adscriptos hæredes pervenitur, quam liberi bonorum possessione contra tabulas excluſi sint *l.2. in pr. sec. tab.* Quod si scripti præmature secundum tabulas impetrarint, ea sine re futura est, si liberi postea suo jure utantur. De quo plura scripsimus sub *tit. de exhær. lib. ad calcem pr.* 2

Unde liberi] Patre intestato mortuo datur liberis bonorum possessio quæ *Unde liberi* dicitur, introducta principaliter liberorum emancipatorum gratia, *§. emancipati sup. de hær. quæ ab int.* sed interim tamen & suis hæredibus edicto proposita, *l.1. §. liberos und. lib.*

Secundo legitimis hæredibus] Quæ dicitur *Unde legitimi*: & generaliter omnibus defertur, quibus lex aut senatus defert hæreditatem. Unde & mater, quæ ex Senatusconsulto Tertylliano venit, & liberi, qui ex Orficiano ad legitimam matris hæreditatem admittuntur, hanc bonorum possessionem petere possunt, *l.2 § ult. l.3. und legit. vid. sup. de leg. agn. succ. & 2. tit. seq.*

Tertio decem personis, quas extraneo manumissori]

Extraneus manumissor patri manumissori opponitur. Est autem extraneus manumissor emptor ille imaginarius seu pater fiduciarius, qui filium à patre naturaliter venditum sibi ter ipse manumisit, nullo fiduciæ pacto interposito, ut post tertiam mancipationem eum remanciparet. Huic enim tanquam patrono jure civili legitima hæreditas deferebatur, excluso patre naturali, cæterisque personis, quæ hic enumerantur, videsis quæ *sup. §. uit. de leg. agn. succ. & sub §. præterea, quibus med. jus pat. pot. solv.* quod prætor durum atque iniquum ratus emendavit. Hanc bonorum possessionem intelligit Modestin. *l. si ad patrem 10. de suis & legit.* Ait *decem personis.* Totidem eædemque personæ præferuntur fisco in iis, quæ à viro relicta sunt mulieri, si eum non eluxerit, *l. 1. C. de sec. nupt.*

4 *Quinto tanquam ex familia*] Ita legitur in vulgatis & apud Theoph. Cujacius reponit, *tum quem ex familia.* Alii aliter. Puto autem, familiam significari patroni, id est, hac bonorum possessione vocari patroni agnatos. Certe hos etiam ad successionem liberti admissos fuisse constat, *l. 3. §. utique 9. de suis & leg. l. liberto 17. de bon. libert.* ut vero non sit simile, eos hic esse omissos. Nec me movet, quod hac explicatione admissa invertitur ordo succedendi, cum patronus familia sua sit potior. Nam Tribonianus, cui propositum fuit tollere bonorum liberti possessiones, necesse non habuit accurate ordinem observare: quod fortassis nec ipse prætor fecit. Quod si hæc ad familiam liberti referri volumus, intelligendi erunt liberti quasi agnati. Ut verbi causa, si aliter ex duobus fratribus manumissis filium genuerit, hic filius tanquam agnatus ad patrui sui bonorum possessionem admittatur. Sed vix est, ut hoc obtinuisse credam; cum utique tales personæ inter cognatos vocatæ fuerint.

Sexto patrono patronaque] Qui etiam in secundo ordine ex edicto unde legitimi venire possunt, *l. 1. §. 1. l. 3. unde legit.*

Septimo viro & uxori] Hæc septima bonorum possessio, *unde vir & uxor dicta*, viro & uxori defertur, excluso fisco, qui alioqui bona vacantia occuparet *l. un. & C. unde vir & ux.*

Octavo cognatis manumissoris] Probabilis hinc mihi videtur conjectura Bachovij, prætorem etiam separatim de bonorum possessionibus libertorum edixisse, easque similiter ut ingenuorum proposuisse tribus distinctis ordinibus, quorum in primo promiserit patronis eorumque liberis & parentibus, in secundo quasi agnatis eorum, in tertio cognatis.

TEXTUS.

2. *Sed eas quidem prætoria introduxit jurisdictio: à nobis tamen nihil incuriosum prætermissum est: sed nostris constitutionibus omnia corrigentes*, contra tabulas *quidem*. *&* secundum tabulas *bonorum possessiones admisimus, utpote necessarias constitutas: nec non ab intestato*, unde liberi, *&* unde legitimi, *bonorum possessiones. Quæ autem in prætoris edicto quinto loco posita fuerat, id est*, unde decem personæ, *eam pio proposito & compendioso sermone supervacuam ostendimus. Cum enim privata bonorum possessio decem personas præponebat extraneo manumissori, nostra constitutio, quam de emancipatione liberorum fecimus, omnibus parentibus, eisdemque manumissoribus, contracta fiducia manumissionem facere dedit; ut ipsa manumissio eorum hoc in se habeat privilegium, & supervacua fiat supradicta bonorum. Sublatâ igitur prædictâ quintâ bonorum possessione, in gradum ejus sex tam antea bonorum possessionem induximus, & quintam fecimus, quam prætor proximis cognatis pollicetur. Cumque antea fuerat septimo loco bonorum possessio*, tanquam ex familia: *& octavo*, unde patroni patronæque, liberi & parentes eorum, *utramque per constitutionem nostram, quam de jure patronatus fecimus, penitus evacuavimus. Cum enim ad similitudinem successionis ingenuorum libertinorum successiones posuerimus, quas usque ad quintum gradum tantummodo coarctavimus, ut sit aliqua inter ingenuos & libertinos differentia, sufficit eis tam* contra tabulas *bonorum possessio, quam* unde legitimi, *&* unde cognati, *ex quibus possunt sua jura vendicare, omni scrupulositate & inextricabili errore istarum duarum bonorum possessionum resoluto. Aliam verò bonorum possessionem, quæ* unde vir & uxor *appellatur, & nono loco inter veteres bonorum possessiones posita fuerat*,

&

& in suo vigore servavimus, & altiore loco, id est, sexto tam posuimus: decima quoque veteri bonorum possessione qua erat unde cognati manumissoris *propter causas enumeratas merito sublata, ut sex tantummodo bonorum possessiones ordinaria permaneant, suo vigore pollentes.*

NOTÆ.

2. UTPOTE NECESSARIAS] Aut utique utiles. Nam nec *contra tab.* nec *unde liberi* necessariæ suis hæredibus, nec scriptis *secundum* tabulas, nec adgnatis *unde legitimi*. Adeoque hodie post *Nov.* 118 nulla necessaria, excepta illa *unde vir & uxor.*

NOSTRA CONSTITUTIO] Extat in *l. ult. C. de emanc. lib.* vid. *sup. § 6. quib. jus mod. pat. pot.*

UTRAMQUE PER NOSTRAM CONSTITUTIONEM] Hæc est eadem illa Græca constitutio, cujus meminit *sup. §. 3. de succ. libert.* repræsentata à Cujac. 20. *obs.* 34.

USQUE AD QUINTUM GRADUM] Tam liberorum patroni, quam ex tranverso conjunctorum, ut recte Cujac. & verba constitutionis ostendunt, *d. §. 3. de succ. libert.* à nobis relata. Errat igitur cum Mynsing. Pacius *in margine.*

QUAM UNDE LEGITIMI, ET UNDE COGNATI] Scil. liberto intestato sine liberis defuncto, *d. § 3. sup. de succ. libert.*

UNDE VIR ET UXOR] Quæ nunc agmen ordinariarum claudit. Illa alia successionis species est, per quam conjux inops ad partem vocatur, *auth. præterea, C. und. vir & ux.*

COMMENTARIVS.

1. *Ex bonorum possessionibus retentis prima quatuor quando necessaria, quando utiles tantum.*
2. *Hodie nullam harum trium, unde liberi, unde legitimi, unde cognati, necessariam esse: & vix ullam earum utilem.*
3. *Septima & octava quare sublata. Ubi quadam illustrantur ex constitutione Græca.*
4. *Solam unde vir & uxor jure novissimo necessariam.*

HOc §. removet quasdam species ex iis, quæ præcedenti §. recensitæ sunt, atque in earum locum quasdam transponit, quas servat, remoriores. Conjunctim autem hic numerat bonorum possessiones, tam quæ testamento facto competunt, quàm quæ ab intestato, quas modò separatim & distinctè consideravit. Unde fit, ut verbi causa, bonorum possessio *unde cognati*, quæ modo illi quarta fuit, hic sexta numeretur.

Utpote necessarias] Ait, se quatuor primas bonorum possessiones; nempe *contra tabulas*, *secundum tabulas*, *unde liberi*, & *unde legitimi*, retinuisse; utpote quarum usus sit necessarius, aut certe, quod intelligendum est, utilis. Equidem bonorum possessio *contra tabulas* liberis emancipatis omnino necessaria erat; quippe qui jure civili pro extraneis habiti: adeoque adhuc hodie est, ut defendimus *sup. ad pr. & §. 2. de inoff. testam.* suis vero hæredibus præteritis neque olim fuit, neque nunc est necessaria. *Secundum tabulas* necessaria olim posthumo alieno hæredi instituto, nunc non est, *sup. eod. in pr.* Cæteris hæredibus testamento facto scriptis nec olim, nec nunc necessaria, sed utilis duntaxat: necessaria tamen, si quid solennitatis jure civili requisitæ desit. Cæterum tunc sæpe sine re aut effectu est, proximis ab intestato hæreditatem evincentibus. *Ulp. tit. § 28. ult. Unde liberi* non necessaria suis hæredibus; quippe qui ipso jure hæredes existunt: necessaria emancipatis: at hodie ne his quidem. Nam cum novissima Justiniani lege idem jus in successione ab intestato emancipatis tributum sit, quod sui habent, *Nov. 118.* certe prætoris auxilio non amplius indigent; quamvis nihilominus ad acquirendam hæreditatem necessaria illis sit aditio. Sed neque bonorum possessio *unde legitimi* necessaria. Quippe cum agnati ex lege 12. tabb. cæteræ legitimæ personæ ex Senatusconsultis aut constitutionibus, quibus jus agnationis iis datum est, succedere possint, *l. 3. unde legit.* A prætore cuiquam jura legitimæ successionis data non legimus. Hodie hæc species una fere est cum *unde cognati.*

Unde decem personæ] Hanc bonorum possessionem sponte evanescere necesse fuit, nullumque ejus usum relingui, ex quo extranei manumissores, quibus ea decem memoratas personas præponebat, esse desierunt. Desierunt autem postquam Justinianus emancipationem fieri voluit sola professione patris, apud competentem magistratum denuntiantis, se filium de manu sua ac potestate dimittere, omni venditionum & intercedentium manumissionum ritu sublato, *l. ult. C. de emanc. lib.* nam ex eo tempore non alius, quam pater naturalis filij emancipati manumissor existere potuit. Cessante igitur bonorum possessione *unde decem personæ*, locum ejus occupare jussit bonorum possessionem *unde cognati*; quæ olim necessaria, hodie non est post juris agnatorum & cognatorum confusionem. *Novell. 118.* Itaque tres illæ bonorum possessiones, *unde liberi, unde legitimi, unde cognati*, nullam necessitatem,

imo

imo vix utilitatem ulla hodie habent, mutato ordine succedentium, sublataque veteri sexus, familiæ, agnationisque prærogativa. Atque in hoc omnes fere consentiunt. *Christin. vol. 4. decis. 1.*

Tanquam ex familia, & unde patroni] Ait, se hasce duas bonorum possessiones, *Tanquam ex familia*, & *Unde patroni*, *liberique & parentes eorum*, sustulisse constitutione sua de jure patronatus. Hæc est eadem illa Græca constitutio, cujus superius quoque aliquoties meminit, & qua totam se causam successionis libertorum plene definivisse testatur, §. 3. *de succ. libert.* Non extat constitutio, sed epitomen ejus nobis ex Basilicis repræsentat Cujacius *lib. 20. obs. 34.*

Ad similitudinem successionis ingenuorum] Hujus loci non hæc sententia est, Justinianum in successione libertorum inter se, aut in successione cognatorum liberti (agnatos, ut sæpius jam dictum est, liberti nullos habent) eadem jura constituisse, quæ in successione ingenuorum: sed hæc, voluisse simili ratione, patronum ejusque liberos, parentes, agnatosque & cognatos, succedere liberto, qua succeditur ingenuis. Quod ex iis, quæ mox subjiciuntur, liquet. Ita quoque supra *d.* § 3. *in fin. de succ. libert.* ait, se bene concordantia jura ingenuitatis & libertinitatis in successionibus fecisse; cum tamen ibi tantum definiat rationem, qua patroni eorumque liberi & cognati succedant libertis.

Usque ad quintum gradum] Tam liberorum patroni, quam agnatorum, aut cognatorum ejus. Quod ostendit ipsa constitutio, in qua hæc legimus: ἕως γ' πέμπτης βαθμοῦ οἱ ἐν πλαγίᾳ συγγενεῖς τοῦ πάτρωνος καὶ οἱ κανόνες αὐτοῦ κληρονομείτωσαν, τὰ ἑπόμενα δηλονότι. Falluntur igitur Mynsing. & Pacius, dum verba textus restringunt ad eos, qui ex transverso patrono juncti. In summa, hanc differentiam Justinianus esse voluit ingenuitatis & libertinitatis in successionibus, ut licet illæ laxius deferantur, hæ tamen intra quintum gradum liberorum & cognatorum patroni consisterent, *d.* §. 3. *de succ. libert.* in cujus § fine ob hanc causam particula (*pen.*) addita est.

Succurrit eis contra tabulas] Si libertus liberos non habens testamento suo patronum præteriisset, aut minus parte dimidia bonorum reliquisset, dabatur edicto prætoris patrono contra tabulas liberti partis dimidiæ bonorum possessio, §. 1. *d. tit. d. succ. libert.* Justinianus pro dimidia tertiæ tantum partis dari voluit, *d.* §. 3. Ad hanc tertiæ partis bonorum successionem admittuntur soli patroni eorumque liberi, non etiam qui ex latere 3 veniunt. Sed nec liberi admittuntur ultra quintum gradum. Utrumque hoc eadem constitutione expressum est: sic enim definit, ut in proposito tertiæ partis bonorum possessionem petere possint ὁ πατρὼν καὶ πατρώνισσα, καὶ παῖδες αὐτῶν, οἱ ἕως πέμπτου βαθμοῦ κανόνες τοῦ πατρώνου καὶ μόνοι οἱ περαιτέρω αὐτῶν κανόνες, ἢ ἐν πλαγίᾳ, ὅσα ἔχασιν τὸ ἑπόμενον τῆς ἀληθείας, &c.

Unde legitimi, & unde cognati] Itaque liberto intestato sine liberis mortuo, patronus, liberi ejus, agnati & cognati ex istis aliorum agnatorum & cognatorum ordinibus admittentur.

Unde vir & uxor] Hanc servatam Justinianus proximo loco ab illa *unde cognati* collocavit, agmenque ordinariarum claudere jussit. Est inter eas, quæ ab intestato promittuntur, sola etiam nunc necessaria. Illa alia successionis species est, per quam conjux inops ad partem vocatur, *auth. præterea, C. und. vir & ux.* 4

Unde cognati manumissoris] Quippe cui sufficit generalis *unde cognati*, ut modo dictum est. Igitur sustulit Justinianus tres illas bonorum possessiones, quæ patrono ejusque liberis & parentibus, quæ agnatis patroni, quæ ejusdem cognatis, dabatur.

Sex bonorum possessiones ordinariæ] Duæ facto testamento, *contra tabulas & secundum tabulas*; quatuor tabulis non extantibus, *unde liberi, unde legitimi, unde cognati, & unde vir & uxor.* Dicuntur ordinariæ, quia certum habent in edicto ordinem, gradum & titulum, *l. 1. quis ord. in poss.* §. *cum igitur 4. inf. hoc tit.* quæ sequuntur sunt extraordinariæ.

TEXTUS.

3. *Septima eas secuta, quam optima ratione prætores introduxerunt. Novissime enim promittitur edicto iis etiam bonorum possessio, quibus ut detur, lege, vel Senatusconsulto, vel constitutione comprehensum est: quam neque bonorum possessionibus, quâ ab intestato veniunt, neque iis, quæ ex testamento sunt, prætor stabili jure connumeravit: sed quasi ultimum & extraordinarium auxilium (prout res exigit) accommodavit, scilicet iis, qui ex legibus, Senatusconsultis, constitutionibusve principum, ex novo jure, vel ex testamento, vel ab intestato veniunt.*

NOTÆ.

3. LEGE VEL SCTO] *l. un. D. ut ex legib. SCtis vel constit. bon. poss.* Distinguitur etiam bonorum

possessio

possessio in edictalem & decretalem, *l. 1. §. 7. de succ. edict. l. 1. §. 4. unde lib. l. 30. §. 1. de acquir. har.* illa ex ipso edicto sine decreto aut causæ cognitione postulanti datur, ac proinde de plano peti potest; quales natura sua omnes ordinariæ: hæc non ex solo edicto, sed interveniente decreto, &c. decernitur, *l. 2. §. 1. quis ord. in ben. poss. l. 3. §. pen. h. t.* quales Carboniana aliæque extraordinariæ, *l. 1. & pass. de Carbon. edict. l. 84. de acq. har. l. 14. §. ult. cont. tab.*

COMMENTARIVS.

1 *Extraordinariarum bonorum possessionum quasdam esse definitas, quasdam indefinitas; atque utriusque speciei exempla.*

2 *Bonorum possessionem, quæ edictalis dicitur, & eam, quæ decretalis, esse species revera oppositas, contra comm.*

PRæter sex illas bonorum possessiones ordinarias, quas sic appellari diximus, quia certo iure atque ordine, certisque personis, tum testamento facto, tum ab intestato deferuntur, haud secus ac ex legibus hæreditas, sunt etiam nonnullæ extraordinariæ, quæ extra certum illum ordinem quibusdam accommodantur. Harum autem 1
quædam definitæ sunt, hoc est, semel certis casibus ac personis propositæ, his ipsis causa cognita decernuntur: cujusmodi est ea, quæ ventri datur, *tit. de ventr. in poss. mitt.* item Carboniana, quæ ex edicto Carboniano datur impuberi, qui filius esse negatur, dilato statu judicio in tempus pubertatis, *l. 1. & pass de Carb. edict.* hæc expresse ordinariæ opponitur in *l. 3. §. pen. & ult. d. tit. l. 5. §. si quis, de legat. præst.* Aliæ indefinitæ & vagæ, quæ variis ex causis, prout res & æquitas exigit, a prætore decernuntur. Huc pertinent species propositæ in *l. ventre 84. de acq. har. l. 4. § ult. cum l. seq. l. si duobus 14. §. ult. cont. tab. l. infanti 18. C. de inr. delib. l. 2. §. si quis 11. ad Tertyll.* Nonnulli huc etiam referunt bonorum illam possessionem præparatoriam querelæ inofficiosi testamenti, quæ litis ordinandæ causa conceditur, *l. 6. in fin. & l. 7. de inoff. testam.* Pertinet huc & ea bonorum possessio, quæ lege uti detur, senatusve consulto, aut constitutione, cautum est, *l. ut ex legibus, &c. l. 3. unde legit.* Exempla ex lege Papia, lege Cornelia, Senatusconsulto Aproniano, profert Scipio Gentilis *de iurisdict. 26. argum. §. 2. sup de succ. libert. l. omnibus, ad Senatusconsul. Treb. l. 4. C. de postlim. rev.* Cujacius & Hotomannus ex constitutione Hadriani, qua militis capite damnati ex delicto militari bonorum possessio defertur cognatis militis usque ad quintum gradum *l. 2. de veter. succeff. l. 6. §. sed & 6. de iniust. rupt. test.* Hotomannus item aliud ex eiusdem Imperatoris constitutione, qua in specie *l. posthumus 12. de tit.* scriptis hæredibus defertur bonorum possessio secundum tabulas, ut rem obtineant, quæ alioqui sine re futura erat. Permiscentur autem hæ bonorum possessiones per omnes superiores ordines, verbi causa. Carboniana datur impuberi, cui controversia fit, an sit ex liberis, si præteritus est, contra tabulas; si institutus, secundum tabulas: ab intestato, unde liberi, *l. 1. & l. 3. de Carbon. edict.* In libris nostris bonorum possessio sic etiam distinguitur, ut quædam dicatur edictalis, quædam decretalis, *l. 1. §. decretalis 7. de succ. edict. l. 1. § sed & 4. unde lib. l. cum quidam 30. §. 1. de acq. hared.* Doctores vulgo existimant, non esse hæc nomina diversarum specierum, sed attributa tantum, quibus una eademque specie bonorum possessio distinguatur; & edictalem dici, quatenus ex edicto prætoris mortui, ut loquuntur, competit: decretalem, quatenus à vivo prætore conceditur. Seu eandem bonorum possessionem, quæ edictalis vocatur quatenus consideratur ut edicto proposita & promissa, decretalem dici quatenus petita & agnita. Ita post. *Accurs. Cyn. Bart.* alioque veteres interpretes, *Sichard. ad rub. Cod. qui adm. ad bon. possess. num. 10. & seqq. Schneid. in §. seq. num. 7. Mynsh hic ad rubr. num. 10. Menoch. rem. 1. adipisc. poss. num. 10. & seqq. Graff. § bonorum possessio, quæst. 3. Tulden. comm. in hunc tit cap. 3.* Sed 2
videamus, an non, quod magis arbitror, sint revera hæ distinctæ & oppositæ species, & falsa illa DD. opinio. Moveor primum eo, quod edictalis decretali opponitur, ut ordinaria extraordinariæ, *l. 3. §. hæc autem 14. & seq. de Carbon. edict. l. 5. §. 3. de leg. præst.* Deinde quod Iurisconsultus scribit, concessione Carbonianæ possessionis non impediri edictalem, *d. l. 1. §. 4. unde lib.* & quod huic simile in *d. l. 3. §. pen. de Carb. edict.* eum qui se filium dicit, non solum Carbonianam possessionem accipere debere, verum etiam ordinariam. Tertio quod decretalis expresse opponitur ei, quæ de plano agnoscitur, *l. 2. §. 1. quis ordo in bon. possess.* Quarto, quod in tempore petendæ edictalis dies omnes utiles, id est, quibus qualiscunque magistratus copia fuit, in decretali tantum dies sex bonum, ut utiles, computentur, *d. l. 2. § 1.* Quinto, quod decretalis cum effectu proprie non intelligitur delata, antequam decreta est: cui consequens est, quod nec repudiari possit, *d. l. 1. §. decretalis de succ. edict.* at in edictali tempora delationis & acquisitionis distincta sunt, ut in hæreditate; ac proinde jus ejus petendæ repudiari potest. *d. l. 1 § 1. & §. qui semel 6. l. in plurium 70. de acq. har.* Hæc omnia, si quid video, clare ostendunt, DD. in explicatione hujus rei erasse, & memoratas bonorum possessiones vere esse diversas spe-

cies, & quæ forma differant. Nimirum edictalem dici & esse, quæ postulanti datur ex ipso edicto sine ullo decreto aut causæ cognitione, quæ proinde etiam de plano peti potest; quales natura sua sunt ordinariæ omnes: decretalem, quæ non ex solo edicto, sed intervenient decreto magistratus datur; seu quæ causa cognita petenti adiudicatur, ac proinde sedente pro tribunali magistratu peti & decerni debet, *d. l. 2. §. 1. quis ord. in bon. poss. l. 3. §. pen. hoc tit.* quales natura sua Carboniana, aliæ quæ extraordinariæ, *l. ventre 84. de acq. her. l. si duobus 14. §. ult. cont. tab.* Aio, natura sua: nam ex accidenti fieri potest, ut interdum de plano peti & concedi possit, quæ natura sua decretum requirit; atque ut in edictali propter contradictionem alterius aliquando opus sit causæ cognitione, *arg. l. 1. §. sica 14. l. 7. §. 1. de ventr. in poss mitt. l. 1 pr. l. 3. §. 4. de Carb. edict. l. 3. §. pen. hoc tit.* Atque ita ferme etiam doctissimi recentiorum interpretum Baro, Duar. Cujac. Hotom. Donell. Vvesemb. Bachou.

TEXTUS.

4. *Quum igitur plures species successionum prætor introduxisset, easque per ordinem disposuisset, & in unaquaque specie successionis sæpe plures extent dispari gradu personæ; ne actiones creditorum differrentur, sed haberent, quos convenirent, & ne facile in possessionem bonorum defuncti mitterentur, & eo modo sibi consulerent: ideo petendæ bonorum possessioni certum tempus præfinivit. Liberis itaque & parentibus tam naturalibus, quàm adoptivis in petenda bonorum possessione annis spatium, cæteris autem (agnatis vel cognatis) centum dierum dedit.*

NOTÆ.

4. PLURES DISPARI GRADU] Gradu hoc loco non pro ordine successionis accipitur, sed proprie pro ordine cognationis.

NE ACTIONES CREDITORUM, &c.] Ratio edicti successorij *l. 1. pr. de edict. succ.*

COMMENTARIUS.

Dispositis per ordinem bonorum possessionibus edictum prætor subjecit, quod successorium ex potissima parte appellatur. Duo enim sunt hujus edicti capita. Priore, quod principale est, prætor denuntiat, se inter eos, quibus bonorum possessio defertur, successionem permissurum, *l. 1 §. quibus 10. de succes. edict.* Successio hæc duplex est, una ordinum, altera graduum. Ordinum dicitur, cum ordo personarum universus, quarum in petenda bonorum possessione prima causa est, illam omisit; veluti liberis omnibus omittentibus res ad agnatos redit, & his rursus eam repudiantibus ad cognatos; postremo ad virum & uxorem. Hi enim nunc sunt ordines intestati, §. 2. *sup. eod. l. 1. §. 1. unde lib l. 1. quis ord. in bon. possess.* quibus locis verba Iurisconsultorum à Triboniano circumcisa sunt. Vulgo hæc successio de ordine in ordinem appellatur. Potest & de capite in caput nominari, *l. 5. C. qui adm. ad bon. poss. ff.* Graduum successio dicitur; cum iis, qui in ordine aliquo sunt gradu proximo, omittentibus, remotioris gradus in eodem ordine personæ admittuntur. Quæ successio est de gradu in gradum atque in solo ordine cognatorum, non etiam liberorum aut agnatorum, locum habet. Nam in liberorum ordine nulla est gradus prærogativa; agnatos vero remotiores proximis repudiantibus non quasi agnatos, sed quasi cognatos, prætor admittit, *§ placebat 7. sup. de leg. success. agn.* Sed enim cum eo loco Iustinianus etiam in hæreditatibus graduum successionem inter agnatos, admiserit, prætoris est, etiam in bonorum possessione eam inter illos admittere, arg. *l. 3. unde legit.* quanquam nunc hæc disputatio supervacua est, sublata prærogativa ordinis agnatorum. *Nov. 118.* Capite hujus edicti altero certum tempus petendæ bonorum possessioni præfinitur, *d. l. 1. in pr.*

In unaquaque specie successionis] Id est, ordine; ut in tribus illis, intestati, liberorum, agnatorum, cognatorum. Nam quarti, viri sc. & uxoris, nulli sunt gradus.

Plures dispari gadu] Gradus bifariam usurpatur, interdum pro ordine successionis ab intestato, *l. 1. quis ord. in bonor. poss. ff. l. 5. und. cogn.* frequentissime vero ut & hoc loco, pro ordine cognationis.

Ne actiones creditorum differrentur] Edictum successorium præcipue quidem cognatorum inferiorum causa comparatum est, sed tamen ex parte id etiam creditoribus consulit, atque ipsi quoque defuncto: triplicique omnino de causa prætor è re esse putavit præstituere certum & breve tempus ad bonorum possessionem petendam. Prima est, ut sciri posset, quando finito jure primorum graduum sequentes eam petere possent, nullore petente insequens ordo aut fiscus admitteretur. Altera, ne, si bona hæreditaria diu iacerent, creditoribus longior mora afferretur, quorum interest mature scire, utrum ha beant

quem conveniant, aut bona fisco sint delata. Tertia, ne creditores, si nemo inveniatur, qui actiones excipiat, ad possessionem & distractionem bonorum procedant, quod defuncto ignominiosum, *d.l.* 1. *in pr.* & §. 1. *de succ. edict.*

Liberis & parentibus anni spatium] Largius tempus liberis & parentibus tributum est in honorem sanguinis, *l.* 1. §. *largius* 12. *de succ. edict.* Parentes quidem nullo proprio ordine aut capite ad bonorum possessionem vocantur: cæterum admittuntur vel ex capite unde legitimi, ut parens manumissor, cui etiam contra tabulas datur, *d. l.* 1. §. *pen.* & mater, quæ ex Tertylliano venit, *l.* 2. §. *ult. unde leg.* vel ex capite unde cognati. Atque ex his omnibus causis intra annum bonorum possessionem petere possunt, *d.l.* 1. §. *ult.*

TEXTUS.

5. *Et, si intra hoc tempus aliquis bonorum possessionem non petierit, ejusdem gradus personis accrescit, vel si nullus sit, deinceps cæteris bonorum possessionem perinde ex successorio edicto pollicetur, ac si is, qui præcedebat, ex eo numero non esset. Si quis itaque delatam sibi bonorum possessionem repudiaverit, non quousque tempus bonorum possessioni præfinitum excesserit, expectatur: sed statim cæteri ex eodem edicto admittuntur.*

NOTÆ.

5. EIUSDEM GRADUS PERSONIS ADCRESCIT] *l.* 3. §. *ult.* cum 2. *ll. seqq. h. t. l. un. C. quand. non pet. part.* Nota jus accrescendi etiam locum habere in successione ab intestato, non legitima tantum, §. *ult. sup. de SC. Orfic.* sed etiam honoraria. vid. Duar. 1. 1. *de iur. accr.* 20 & 2. c. 18.

DEINCEPS CÆTERIS] Ut tamen inter cæteros admittatur & ipse, qui exclusus est: nam prætor etiam in una eademque persona successionem admisit, v. c. Filius omissa bon. possessione *unde liberi*, poterit adhuc petere *unde legitimi* aut *unde cognati*, *d. l.* 1. §. 11. *de succ. ed.*

SED STATIM CÆTERI] Et repudiantibus primis statim insequentibus tempus currit, *d. l.* 1. §. 6. & 10.

COMMENTARIUS.

NOn tantum in successione ex testamento locus est juri adcrescendi, verum etiam in successione ab intestato, tum legitima, §. *ult. sup. de Senatusconsul. Orfic.* tum honoraria. Ut do cet hic locus, & *l.* 3 §. *ult. cum* 2. *ll. seqq. hoc tit. l. un. Cod. quand. non pet. part.*

Non petierit] Si plures sint, quibus bonorum possessio competit, quorum unus admisit bonorum possessionem, cæteri non admiserunt, vel quod spreverint ius suum, aut tempore bonorum possessionis finito exclusi sint, aut ante mortui, quam bonorum possessionem petierint, ei, qui admisit, adcrescunt portiones, quæ cæteris competerent, si petiissent, *d.l.* 3. §. *ult.* & 3. *seqq.* Et accrescunt igitur portiones deficientium sine nova petitione aut agnitione, ut jure civili portiones hæredum deficientium sine nova adritione accrescunt iis, qui pro sua parte hæredes exiterunt.

Deinceps cæteris] Qui vel in eodem ordine inferiori gradu sunt, aut his omnibus deficientibus, qui proximi sunt gradu in ordine sequenti. Nam edicto successorio non est locus, nisi inter personas diversi ordinis aut gradus. Illud notandum, successionem ordinum prætore admisisse etiam in una eademque persona, verbi causa, ut filius omissa bonorum possessione unde liberi, petere adhuc possit unde legitimi aut unde cognati, *d. l.* 1. §. *sed videndum* 11. *de succ. edict. l.* 2. *unde legit.*

Sed statim cæteri] Ut primum quis delatam sibi bonorum possessionem repudiavit, continuo cæteri admittuntur, non expectato tempore petitioni præfinito, *d. l.* 1. §. *quibus.* 10. *de succ. edict.* Ex quo intelligimus, tum eum, qui semel noluit bonorum possessionem petere, ius ejus petendæ amisisse, etiamsi tempora largiantur; tum quod huc præcipue pertinet, repudiantibus primis, statim insequentibus tempus currere; quippe ad quos illis repudiantibus bonorum possessio statim pertinere incipit, *d. l.* 1. §. 6.

TEXTUS.

6. *In petenda autem bonorum possessione dies utiles singuli considerantur.*

NOTÆ.

6. DIES UTILES] Id est, quibus experiundi potestas est: qui proinde neque ignoranti, neque agere non valenti currunt, *l.* 2. *pr.* §. 1. *quis ord. in bon. poss. l.* 1. *de div. & temp. præscr.* His opponuntur continui, qui sine interruptione currunt.

COMMENTARIUS.

Qui dies continui, qui utiles, qui sessio. um.

Et quando de plano prætor ius reddere dicatur.

Dies in jure nostro alij sunt continui, alij utiles. Continui, qui sine interruptione nullisque exceptis currunt: utiles illi duntaxat, quibus experiundi sui juris potestas est, *l. 1. de div. & temp. præscr. l. 11. §. quidam 5. ad leg. Iul. de adult.* & proinde hi neque ignoranti, neque agere non valenti currunt. In hoc ergo negotio cum dies utiles solum considerentur, neque illud tempus numerabitur; quo quis nescivit bonorum possessionem sibi delatam esse, neque illud, quo à prætore eam postulare non potuit, *l. 2. pr. quis ord. in bon. possess.* Non enim semper prætoris copia est, *l sed & si 26. pr. & §. 4. ex quib. ca. mai.* Dupliciter vero prætor copiam sui facit; interdum pro tribunali, interdum extra tribunal quovis alio loco, ubi salva majestate imperij sui salvoque more majorum ius dicere constituit, *l. pen. de iust. & iur.* Quibus diebus pro tribunali sedens postulationibus & cognitionibus occupatur, ij dies sessionum appellantur, *d. l. 2. §. 1. quis ord. in bon. poss.* Cum alio loco civibus se præbet, de plano ius reddere dicitur, *l. nec quicquam 9. §. 3. de offic. proconsl. l. 6. de accus.* suntque hæc nostris adversa, pro tribunali cognoscere, & de plano, *l. 1. §. abolitio 8. ad Turpil. l. unus 18. in fin. de quæst.* Quæcunque causæ cognitionem decretumque magistratus desiderant, pro tribunali, non de plano cognoscenda & expedienda sunt, *d. l. 9. §. 1. de off. proconsl. l. omnia 71. l. ubicunque 105. de reg. iur.* Cum ergo, ut antea ostendimus, quædam bonorum possessiones sint, quæ decretum magistratus exposcunt, ob quam causam etiam decretales dictæ; quædam, quæ decretum causæve cognitionem non requirant, edictales appellatæ; & consequenter illæ tantum pro tribunali peti & dari, hæ verò etiam de plano possint: hinc fit, ut in his omnes dies quibus quovis modo prætoris copia fuit, utiles numerentur, in illis sessionum duntaxat, *d. l. 1. §. 1. quis ord. in bon. poss.*

TEXTUS.

7. *Sed bene anteriores Principes & huic causa providerunt, ne quis pro petenda bonorum possessione curet; sed quocunque modo admittentis eam indicium ostenderit, intra statuta tamen tempora, plenum habeat earum beneficium.*

NOTÆ.

7. ANTERIORES PRINCIPES] Constantinus in *l. ult. Cod. qui adm. ad bonor. possess.*

QVOCVNQVE MODO, &c. INDICIVM] Sufficit qualecunque indicium admittendæ bon. possessionis, εἰσδήλωσις ἐμφανὴς, qualiscumque significatio, aut ut est in *d. l. ult.* testatio amplectendæ hæreditatis. Magistratum tamen adire oportet, apud quem de voluntate nostra publice testemur, *d. l. ult.*

COMMENTARIVS.

VEtus petitio bonorum possessionis solennis fuit, ut significat *l. 1. C. comm. de succ.* Solennitas certam verborum conceptionem seu formulam habuit, quibus & petereretur, & petenti daretur. Tum etiam hic ritus erat, quod non apud quemvis magistratum peri poterat, nec cujusvis magistratus erat dare, sed solum prætoris in urbe & præsidum in provinciis, *l. 2. §. 1. & seqq. quis ord. in bon. poss.* Vtrumque hoc sustulit Constantius, exclusisque verborum inanium, ut ipse eas appellat, captionibus, constituit, ut satis sit eum, cui bonorum possessio delata est, quemvis judicem, & vel magistratum municipalem adire, atque apud hunc qualicunque voluntatis testatione interposita bonorum possessionem amplecti, *l. ult. C. qui adm. ad bor. poss.* Cæterum hoc ad extraordinarias bonorum possessiones, quæ non nisi causa cognita decernuntur, non pertinet: sed hæ etiam nunc prætorem & tribunal desiderant.

Sed quocunque modo admittentis, &c.] Magistratum tamen aliquem adire oportet, apud quem de voluntate nostra publice testemur: alioqui si nuda & simplex declaratio voluntatis privatim aut coram testibus facta sufficeret, agnitio bonorum possessionis nulla in re differret ab aditione hæreditatis: & Constantius tantum necessitatem petitionis solennis & necessitatem prætoris aut præsidis adeundi in agnoscenda bonorum possessione sustulit, *d. l. ult. C. qui adm. ad bon. poss.* In hisce regionibus bonorum possessionis nullus usus est, sed utimur tantum aditione sive agnitione hæreditatis civili. De Germania idem testatur Giphanius. De Gallia Baro & Bugnion. *lib. 5. leg. abrog. c. 17. in fin.* Apud quosdam adhuc locus esse dicitur bonorum possessioni *unde vir & uxor*; apud nos tamen nunquam usurpata fuit. Quin contra non semel accidit, ut fiscus, nemine ex consanguineis sese offerente, bona cum superstite coniuge diviserit, *decis. supremi apud nos Senatus 7. Grot. 2. introd. 30. add. Christin. vol. 6. decis. 62. n. 6. Gudelin. lib. 2. de iur. noviss. c. 16. Zypæ, not. iur. Belg. tit. unde liberi, Groënem. tit. C. unde vir & ux.*

TITULUS XI.

De acquisitione per adrogationem.

Continuatio.

SEquitur nunc species acquisitionis per universitatem, quæ inter hæc genera tertio loco collocata est §. *ult. sup. per quas pers.* nimirum acquisitio per adrogationem. Inter superiores autem illas & hanc hæc est differentia, quod per illas defuncti, per hanc viventis universa bona acquirimus. Estque hæc acquisitio necessarium consequens juris patriæ potestatis.

TEXTUS.

Est & alterius generis per universitatem successio: quæ neque lege duodecim Tabularum, neque Prætoris edicto, sed eo jure, quod consensu receptum est, introducta est.

NOTÆ.

ACQVISITIONE PER ADROGATIONEM] Species acquisitionis per universitatem, quæ inter hæc genera tertio loco collocata est §. *ult. sup. per quas person.*

EO IURE, QUOD CONSENSU] Id est, moribus & consuetudine. Quamvis enim jus patriæ potestatis lege Romuli introductum, & à Decemviris postea repetitum est, cujus hæc acquisitio videtur esse sequela: tamen nulla lege cautum, ut liceret civi Rom. filium sibi adsciscere. Quin singulæ olim adrogationes populo auctore fiebant in comitiis.

COMMENTARIVS.

CUm jus hujus acquisitionis dependeat à jure antiquo patriæ potestatis, quæ potestas lege Romuli primum introducta, à decemviris postea repetita est, ut ostendimus *sup. tit. de patr. potest.* ex lege potius seu legis sententia hanc acquisitionem descendere, quam moribus aut consuetudine receptam esse, dicendum videtur, *arg. l. 6 §. 1. de verb. obl. & sup. tit. de leg. patron. tut.* cum satis constet, eos qui adrogantur, tam jure legeque filios fam. fieri, quam si ex patre matreque ejus familias nati sint. Dicitur quidem etiam patria potestas moribus recepta, *l. 8. ide his qui sui vel al. jur.* sed duntaxat certo respectu, ut loco citato demonstratum est, D. Cujacius non admodum acquirendi hæc refert, sed ad jus adoptandi seu adrogandi; quod exterum cum esset, populus Rom. receperit, sibique adsciverit ex legibus theticis Græcorum. Sane nusquam proditum est, lege aliqua cautum, ut liceret civi Romano filium sibi adoptare. Quin singulæ adrogationes stante repub. per populi rogationem fiebant comitiis curiatis: quod diligentius expositum *tit. de adopt.*

TEXTUS.

1. *Ecce enim cum paterfamilias sese in adrogationem dat, omnes res ejus, corporales & incorporales, quæque ei debitæ sunt, adrogatori antea quidem pleno jure acquirebantur, exceptis iis, quæ per capitis deminutionem pereunt; quales sunt operarum obligationes, & jus adgnationis: usus etenim & usus fructus licet his antea connumerabantur: attamen capitis deminutione minima eos tolli prohibuit nostra constitutio.*

NOTÆ.

1. QVALES OPERARVM] Officialium scil. nam fabrilium obligatio capitis deminutione non perimitur: quippe quæ à quocumque cuicumque rectè solvuntur, *l. 9. §. 1. de op. lib.* Locus difficilis, quem Th. se explicaturum pollicetur, non explicat tamen, lapsu, ut credo, memoriæ: videsis Cujac.

NOSTRA CONSTITVTIO] *l. pen. C. de usufr.* vid. *sup. §. pen. d. t.*

COMMENTARIVS.

1 *Per adrogationem etiam possessionem acquiri adrogatori: & quare.*

2 *Operarum obligationes quæ hic intelligantur.*

OMnes res ejus] Qui se adrogandum dat, cum capite fortunas quoque suas, id est, omnia, quæ habet, transfert ad patrem adoptivum, *l. pen. §. 2. sec. tab. l. 15. de adopt.* adeo ut actiones etiam & nomina transeant sine ulla cessione, *hoc text.* quippe cessio, quæ alias ad actiones transferendas necessaria est, hic non est: quoniam hæc acquisitio universalis est, & quantum ad commoda attinet, successioni per omnia similis. Quinetiam 1 non proprietas tantum, verum & possessio adrogatori acquiritur, *l. 16. de precar.* neque absur-

dum est, licet id Faber existimet, plus in eo tribui adrogatori, quam hæredi, ad quem etsi adita hæreditate jura omnia transeunt, possessio tamen non pertinet, nisi eam naturaliter apprehenderit, *l. cum hæredes 23. de acq. poss.* Nam adrogatus, qui ante adrogationem suo nomine possidebat, adrogatione facta patris nomine possidere incipit, eumque statim possessorem ministerio suo facit, *arg. l. quod meo 18. d. tit.* Non idem dici potest possessore mortuo, ac proinde nec de hærede: quod etiam Glossa intellexit, & Bart. in *d. l. 16.* ubi etiam hoc à simili colligit, si aliquis monasterium intraverit, ipso ingressu sine nova apprehensione monasterium acquirere rerum omnium possessionem: de quo amplius *DD. in auth. si qua mulier C. de Sacrosanct. Eccles.* Atque olim quidem hæc omnia adrogatori acquirebantur pleno jure: Justinianus vero eandem moderationem hic servari voluit, quam adhibuit in acquisitione per liberos naturales, §. 2. *inf.*.

Quales sunt operarum obligationes] Operarum sc. officialium: quod additum oportebat: nam fabrilium obligatio capitis minutione non perimitur. Quod ut perfectius intelligatur, sciendum est, operarum duas esse species, officiales & artificiales. Officiales sunt, quas libertus patrono officij causa præstat: artificiales, quæ in artificio aliquo consistunt, puta fabricandi, pingendi, medicandi. Illæ non ab alio, quam à libertо; nec alij, quam patrono, deberi possunt: artificiales à quocumque cuicumque recte solvuntur, *l. 9. §. 1. de oper. libert.* Hinc est, quod artificiales etiam in hæredem transeunt, officiales non item *l. 6. l. 7. §. pen. eod.* quodque officialium obligatio adrogatione extinguitur. Hoc enim fieri necesse est, quandoquidem in persona adrogati durare non potest, nisi acquiratur adrogatori. At adrogator patronus non est, cui soli hæ operæ deberi possunt, ut dictum est. Planè jus obsequij non videtur capitis deminutione perimi, *arg. l. 10. §. 2. de in jus voc.*

Jus agnationis] Quæ jura agnationis tributa sunt, capitis deminutione pereunt, & ideo ad adrogatorem transire non possunt, veluti jus percipiendarum legitimarum hæreditatum, *l. 7. de cap. minut. §. 2. sup. de Senatusconsult. Orfit.* quo inquam hoc ad eas tantum hæreditates pertinet, quæ lege duodecim tabularum, non etiam ad eas, quæ novis legibus aut Senatusconsultis deferuntur, *d. l. 7. & d. §. 2.* de quo dictum alibi. Sed nec jus legitimæ hæreditatis, quod patronus ut patronus habet, adrogatione eius perimitur, *l. si libertus 23. l. patroni 39. de bon. libert.*

Usus & ususfructus] Olim usus & usufructus etiam minima capitis minutione extinguebantur, *l. 1. quib. mod. usufr. amit. Paul. 3. sent. 6.* eadem ferè ratione, qua operarum officialium obligatio: sed hoc sustulit Justinianus *l. pen. C. de usufr. vid. sup. §. pen. de usufr.*

TEXTUS.

2. *Nunc autem nos eandem acquisitionem, quæ per adrogationem fiebat coarctavimus ad similitudinem naturalium parentum. Nihil enim aliud, nisi tantummodo ususfructus, tam naturalibus parentibus, quam adoptivis, per filiosfamilias acquiritur in iis rebus, quæ extrinsecus filiis obveniunt, dominio eis integro servato. Mortuo autem filio adrogato in adoptiva familia, etiam dominium rerum ejus ad adrogatorem pertransit: nisi supersint aliæ personæ, quæ ex constitutione nostra patrem in iis, quæ acquiri non possunt; antecedant.*

NOLÆ.

2. QUAM ADOPTIVIS] Ratio enim non patitur, ut plus tribuatur patri adoptivo, quam naturali, cui eorum quæ extrinsecus obveniunt, ususfructus tantum concessus, *l. 6. de bon. quæ lib. §. 1. sep. per quas pers.*

ETIAM DOMINIUM AD ADROGATOREM] Non jure peculij, sed jure hæreditatis ei delatæ post liberos & fratres defuncti, *l. 4. C. de bon. quæ lib.* hæ enim sunt illæ personæ, quas mox ait patrem antecedere ex sua constitutione; quæ est *l. ult. C. comm. de success.*

COMMENTARIUS.

AD similitudinem naturalium parentum] Et rectè. Nam cum naturalibus parentibus eorum, quæ extrinsecus obveniunt, usumfructum tantum acquiri voluerit, proprietate filiis concessa, *l. 6. C. de bon. quæ lib. §. 1. sup. per quas pers.* ratio non patitur, ut plus juris tribuatur patri adoptivo.

Etiam dominium rerum] Etsi iam primorum Principum constitutionibus ius acquirendi per filios famil. nonnihil imminutum fuit: tamen in adventitiis æquè ac profectitiis bonis diu ius vetus patri servatum, atque hactenus quoque in peculio castrensi & quasi castrensi, ut, tametsi viuente filio nihil juris in eo pater haberet, liceretque filio in his bonis hæredem sibi testamento instituere, tamen eo intestato mortuo pater tam res castrenses, quam reliquas, jure peculij occuparet, adeo

adeo ut nullorum adhuc bonorum hæredem filius ab intestato haberet, *l. 2. de castr. pec.* Tandem secuta est major mutatio; & primo quorundam adventitiorum duntaxat, postremo eorundem omnium usumfructum tantum patri acquiri placuit, tributa filio earum rerum proprietate: datique ei sunt & in castrensibus & in peculij adventitij proprietate hæredes ab intestato, primum liberi ejus, dein fratres, tertio loco parentes, *l. 3. l. 4. & l. 6. C. de bon. quæ lib. l. ult. C. comm. de succes.* Igitur quod hic ait Iustinianus, mortuo filio adrogato in adoptiva familia etiam dominium bonorum adventitiorum adrogatori acquiri, non sic accipi oportet, acquiri ei jure peculij, alioqui nemo ei anteponeretur; sed acquiri jure hæreditatis, ei delatæ post liberos & fratres defuncti. Hæ enim sunt illæ personæ, quæ hic patrem dicuntur antecedere ex constitutione Iustiniani, quæ est *l. ult. C. comm. de succ.* Fusius hæc explicata sunt *lib. 2. quib. non est perm. fac. test.* Nov. 118. ordo successionis mutatus.

TEXTUS.

3. *Sed ex diverso pro eo, quod is debuit, qui se in adoptionem dedit, ipso quidem jure adrogator non tenetur, sed nomine filij convenitur: & si noluerit eum defendere, permittitur creditoribus, per competentes nostros magistratus bona, quæ ejus cum usufructu futura fuissent, si se alieno juri non subjecisset, possidere, & legitimo modo ea disponere.*

NOTÆ.

3. IPSO QUIDEM IURE] Id est, τῇ ἀκριβείᾳ, rectè Th. mera & stricta ratione juris; cum nemo personali actione teneatur, nisi qui contraxit, aut hæres ejus. Adrogator autem non contraxit, neque personam suscepit adrogati hæredis instar: neque ex antegesto de peculio conveniri potest, *l. 42. de pecul.*

COMMENTARIVS.

1 *Actiones, quæ in adrogatum competebant, directo in adrogatorem non dari: neque actionem de peculio ex antegesto.*

2 *An adversus adrogatum directa actiones salvæ maneant.*

IN hoc quoque dispar ratio est adrogatoris & hæredis, quod in hæredem etiam illæ actiones, quæ adversus defunctum competebant, directo dentur, in adrogatorem non dentur, quæ competebant in adrogatum. Neque enim ut hæres personam defuncti, ita & adrogator suscipit personam adrogati. Quod obligationes & actiones adrogatori acquirantur, id ei tribuit jus patriæ potestatis, cujus juris hæc vis est, ut omnia patri per filium quærantur, non etiam ut filius contrahendo patrem obligare possit, præterquam de peculio: sed hoc speciatim rationem habet, videlicet quia pater concedendo peculium hoc ipso etiam jus contrahendi hactenus ei permittere videtur, per *l. 1. §. 5. de acq. poss.* Atque hoc ipsum argumentum est, adrogatorem de peculio conveniri non posse ex ea obligatione, quam adrogatus, antequam adrogaretur, contraxit: quomodo accipienda *l. in adrogatorem 42. de pecul.* ut scil. sententia Sabini & Cassij, qui ex antegesto actionem de peculio non dabant, Vlpiano probetur. Hoc ipsum ex eo quoque confirmatur, quod ipsius patris, qui actione de peculio conveniri potest, si filium non defendat, bona possideri iubentur, *l. 7. §. si quis 15. de reb. auct. iud. poss.* Ad hæc tempore contractus adrogatus erat adhuc sui juris, ut nec peculium habere potuerit.

Ipso jure adrogator non tenetur] Hæc verba *ipso iure* Cujac. & Pacius sic interpretantur, ipso jure prætorio: ego mera & stricta ratione juris, τῇ ἀκριβείᾳ, ut in §. *actiones 10. inf. de act.* Hoc enim significat, neminem personali actione teneri, nisi qui contraxit, aut hæredem ejus: adrogatorem autem non contraxisse; neque personam suscepisse adrogati hæredis instar.

Sed nomine filij] Ex æquo & bono, neque enim in fraudem & præjudicium creditorum adrogationes fieri permittendum erat. Et est æquissimum, ut parens adrogator, qui bona omnia tenet, filium defendat, aut si nolit defendere, patiatur creditores mitti in bona, quæ filij ante adrogationem pleno jure fuerunt. Illud quæsitum est, an actiones ipso jure adrogatione pereant, 2
atque ex edicto de capite minutis restituantur, an salvæ maneant, directæque adhuc in adrogatum, in adrogatorem utiles dentur. Prius Bachov. placet hac ratione, quoniam omnia bona adrogati ipso jure acquiruntur adrogatori, saltem ex ratione juris veteris; vel potius quia capitis deminutione etiam minima quam adrogato contingere constat, subtilitate juris actiones pereunt, *l. 2. de cap. min.* Prior ratio nullius momenti est: nam cum in persona filiifam. etiamsi bona non habeat, & patri omnia acquirat, obligatio consistere possit; *l. 39. de obl. & act.* satis liquet, ob hoc solum obligationem in persona adrogati non tolli, quod bona habere desinit. Ac ne illud quidem video, qua ratione dici possit, actiones perire capitis deminutione adrogati: neque enim

sola familiæ mutatio actionem perimere potest, nisi quid aliud interveniat, ut in emancipatione, per quam filius deducebatur in imaginariam servilem causam, *l. 3. §. 1. de cap. min.* In adrogatione verò nullæ venditiones aut manumissiones intercedebant. Probabilius itaque mihi videtur, in quæstione proposita actiones non ipso jure sublatas atque ex edicto restituras fuisse; sed manssisse salvas & utiles, ex ante gesto in adrogatorem datas hoc effectu, ut aut creditoribus responderet, aut hoc eo non faciente pateretur eos mitti in bona, quæ filius habuit & transtulit: similiter ut in specie *l. 7. §. pen. d. tit.* neque aliud hic locus significat.

Cum usufructu fuissent] Hoc ideo ait, quia nunc solus ususfructus parenti adrogatori quæritur, proprietate penes adrogatum manente; *§. pr. Ait*, legitimo modo disponere: de quo adi *tit. ff. quibus ex caus. in poss. eat. & de reb. auct. iud. poss. item de curat. bon. dand.*

TITULUS XII.

De eo, cui libertatis causa bona addicuntur.

TEXTUS.

Accessit novus casus successionis ex constitutione divi Marci. Nam si ij, qui libertatem acceperunt à domino in testamento, ex quo non aditur hæreditas, velint bona sibi addici libertatum conservandarum causa, audiuntur.

NOTÆ.

LIBERTATEM ACCEPERUNT] Vel quilibet extraneus, *l. 6. l. ult pr. C. de testam. man. l. 50. §. 1. D. eod.*

BONA SIBI ADDICI] Qui quidem neque hæredes sunt, neque bonorum possessores; attamen quia in locum defuncti succedunt, bon. possessoribus assimilantur, *l. 4. §. propen. de fideic. libert.* atque in eos tanquam hæredes prætorios utiles actiones creditoribus dantur, *l. 3. d. t.*

COMMENTARIVS.

QVartus acquirendi per universitatem modus, & postremus inter eos, qui propositi sunt *§. ult. sup. per quas pers.* est libertatum conservandarum causa bonorum addictio. Hæc acquisitio neque lege antiqua introducta aut confirmata est, ut hæreditas; neque jure prætorio, ut bonorum possessio, neque consensu populi, ut adrogatio: sed ex constitutione D. Marci descendit, cui constitutioni causam dedit favor libertatis, *l. 2. de fideic. lib. l. 6. & l. ult C. de testam. man.* Etsi autem is, cui bona libertatis causa addicta sunt, neque hæres est, neque bonorum possessor: tamen quia in locum defuncti succedit, bonorum possessori assimilatur, *l. 4. §. propen. de fid. lib.* atque in eum tanquam in hæredem prætorium utiles actiones creditoribus dantur, *l. 3. d. tit.* Verba constitutionis D. Marci primum Iustinianus refert; deinde exponit.

Qui libertatem acceperunt] Vberius sub disjunctione dixisset, *vel quilibet extraneus*; qua disjunctione utitur *l. ult. in pr. C. de testam. man.* & ita loquitur, quasi constitutio D. Marci eodem modo disiunctim locuta sit: quemadmodum etiam Iurisconsultus *l. quod D. Marco 50. §. 1. de manumissis testam.*

Ex quo non aditur hæreditas] Fieri enim sæpe potest, ut hæres metuens æris alieni hæreditarij magnitudinem hæreditatem adire recuset, atque ita deserto testamento nihil ex eo, ac ne libertas quidem debeatur, *l. 2. C. de test. man. l. 1. C. de fideic. libert.*

TEXTUS.

1. *Et ita divi Marci rescripto ad Pompilium Rufum continetur. Verba rescripti ita se habent*: Si Verginio Valenti, qui testamento suo libertatem quisbusdam adscripsit, nemine successore ab intestato existente, in ea causa bona ejus esse cœperunt, ut venire debeant, is cujus de ea re notio est, aditus rationem desiderij tui habebit, ut libertatum tam earum, quæ directo, quàm earum quæ per speciem fideicommissi relictæ sunt, tuendarum gratia addicantur tibi, si idoneè creditoribus caveris de solido, quod cuique debetur, solvendo. Et ij quidem, quibus directa libertas data est, perinde liberi erunt, ac si hæreditas adita esset: ij autem, quos hæres manumittere rogatus est, à te libertatem consequentur; ita ut si non alia conditione velis tibi bona adduci, quam ut ij etiam, qui directo libertatem acceperunt,

tui

tui liberti fiant. Nam huic etiam voluntati tuæ, si ij quorum de statu agitur, consentiant, auctoritatem nostram accommodamus. Et ne hujus rescriptionis nostræ emolumentum alia ratione irritum fiat, si fiscus bona agnoscere voluerit, & ij qui bonis nostris attendunt, sciant, commodo pecuniario præferendam esse libertatis causam, & ita bona cogenda, ut libertas eis salva sit, qui eam adipisci potuerunt, ac si hæreditas ex testamento adita esset.

NOTÆ.

1. POMPILIUM RUFUM] Putat Eguin. Baro servum, ad quem rescribit D. Marcus, prænomen sortitum esse manumissoris, & ad id tempus Justinianum respexisse.

NEMINE SUCCESSORE AB INTESTATO] Alias si destituto testamento is, qui ab intestato venit, hæreditatem, amplectatur, libertates non debentur, *l.* 1. *C. de fideic. lib.*

IDONEE CAVERIS] Satisdato, aut pignoribus: sed & idoneè cautum videtur, si fides habita fuerit promittenti, *leg.* 4. §. 11. *de fideicom. hared.*

DE SOLIDO] *l.* 2. *d. t.* Id est, de sorte & usuris, *d. l.* 4. §. 11. Admissa & de parte solvenda pactio à Iust. *l. ult. C. de test. man.*

A TE LIBERTATEM CONSEQUENTUR] Hi igitur manumissoris liberti efficientur, illi Orcini.

TUI LIBERTI FIANT] A te libertatem accipiant, tanquam fideicommissoriam. Vvef.

SI II, &c. CONSENTIANT] Neque tamen dissensu eorum impeditur bonorum addictio: sed quem patronum habere recusant, dominum habere coguntur, *d. l. ult. C. de test. man.*

SI FISCUS BONA AGNOSCERE] Fisco quoque causa libertatis prælata, ut nec ille aliter ad bona vacantia admittatur, quam si & ipse libertates præstet, *d. l.* 4. §. 17. *de fideicom. lib.*

COMMENTARIUS.

POmpilium Rufum] Hæc nomina non conveniunt servo, non magis quam *Gaius Seius l.* 23. *de manum.* & ideo assentiri non possum Theophilo, asserenti, hunc Pompilium Rufum fuisse unum ex servis Verginij Valentis testamento manumissis. Ut ut est, etiam extrario libero homini ipsa constitutione D. Marci permitti bonorum addictionem, ostendunt *d. l.* 50. §. 1. *de manumiss. l. ult. C. eod.* quamvis potius ad extrarios productam colligas ex *l.* 6. *C. eod.*

Testamento libertatem adscripsit] Hoc rescriptum locum non habet, nisi libertates datæ sint. Ait *adscripsit.* Quid si libertates dedit hærede testamento non scripto, sed nuncupato? Placet, etiam hic constitutioni esse locum, *d. l. ult. C. de test. man.*

Nemine successore ab intestato] Explicatius dixisset, nec ex testamento, nec ab intestato: siquidem huic rescripto locus non datur, nisi cum nec ex testamento, nec ab intestato quisquam hæres est, *d. l. ult.* Nemo tamen ex hoc loco colligat, testamentariis hæredibus repudiantibus, si ab intestato hæres existat, libertates præstandas esse: certum enim est, destituto testamento, si is qui ab intestato venit, hæreditatem amplectatur, nec libertates deberi, *l.* 1. *C. de fid. lib. l.* 14. *C. de fideic.* Vt enim magnus sit libertatis favor, tamen tantum huic favori tribui non debuit, ut jus alteri quæsitum, legitimis nimirum hæredibus, auferatur.

Venire debeant] Si cui mortuo nemo hæres exstet, qui creditoribus satisfaciat, bona ejus in ea causa sunt, ut possideri à creditoribus, aut recta constituta auctione vendi possint, *l.* 8. *quib. ex ca. in poss. l.* 6. *C. de bon. auct. iud. poss.* Ex quo intelligimus, hac constitutione etiam famæ defuncti consultum.

Addicantur] Addici igitur bona dicuntur, cum ab eo, qui jurisdictioni præest, causa cognita petenti attribuuntur; qui proinde tanquam decretalis bonorum possessor constituitur.

Si idoneè caveris] Addici ita demum bona voluit, si idoneè creditoribus cautum fuerit de solido, quod cuique debetur, solvendo, *l.* 2. *l.* 4. §. *addici* 8. *de fideic. lib. merito.* Ita enim favendum libertatibus est, ut ne alteri inferatur injuria. Quid est autem idoneè cavere? Satisdato utique, vel pignoribus datis. Sed tamen & si fides habita fuerit promittenti sine satisdatione, placet, idoneè cautum videri, *d. l.* 4. *addici.* De solido autem, id est de sorte & usuris, *d. l.* 4. §. *de solido.* 11. Iustinianus etiam pactionem de parte solvenda creditoribus admittendam censuit, *d. l. ult.* §. 1. *de testam. man.*

Quibus directa libertas data] Qui directam libertatem acceperunt, statim post addictionem bonorum liberi fiunt; qui fideicommissariam, manumittendi sunt ab eo, cui bona addicta sunt. Itaque illi Orcini, hi liberti manumissoris efficiuntur. Planè qui bona sibi addici desiderat ut mox sequitur, si non alia conditione velit sibi addici, quam ut etiam hi, qui directam libertatem acceperunt, ipsius liberti fiant, fiant, si modo consentiant contenti fideicommissaria libertate: neque

tamen dissensu quorundam impeditur bonorum addictio, sed quem patronum habere recusant, dominum habere coguntur, *d. l. ult. C. de test man.*

Ac si hereditas adita] Aut bonorum possessio admissa decretave. Non igitur ex pactione, sed ex addictione, quæ vicem aditionis hæreditatis, aut agnitionis adjudicationisve bonorum possessionis obtinet. Illud notandum, loqui rescriptum in casu testamenti facti: nam ab intestato nemini libertas directo competere potest.

Si fiscus bona agnoscere] Bona eorum, quæ hæredem non habent, vacantia dicuntur, ea à fisco jure regalium occupari, notissimi juris est. Verum in hoc argumento libertatis causa commodo fisci benignè prælata est, ut etiam si non sit, qui bona sibi adduci petat conservandarum libertatum gratia, tamen fiscus non aliter admittatur, quam si & ipse libertates præstet, *d. §. 4. §. eadem 17. de fid. libert.* Enimvero si bona damnari vel debitoris sui fiscus occupet, cessat hæc constitutio: sic cum Accurs. accipio illud, *si alia ratione agnoscat*, in *d. §. eadem.*

TEXTUS.

2. *Hoc rescripto subventum est & libertatibus, & defunctis, ne bona eorum à creditoribus possideantur & veneant. Certè si fuerint hac de causa bona addicta, cessat bonorum venditio: existit enim defuncti defensor, & quidem idoneus, qui de solido creditoris cavet.*

COMMENTARIUS.

INdicatur hoc §. primum finis atque utilitas hujus rescripti: deinde ostenditur, non esse conjunctum cum injuria creditorum. Finis rescripti duplex est, ut libertates datæ conserventur, qui principalis est; tum ut famæ defuncti consulatur, cui ignominiosum, bona sua à creditoribus possideri & distrahi: qua de re M. Tullius *pro Quintio*, & Justinian. §. 1. *sup quib. ex ea man.* & §. 1. *de hared. qual.* Creditores iniuria non afficiuntur: nam per bonorum ex hac causa addictionem fit quidem, ut ipsi in bona defuncti ire & sibi consulere non possint: cæterum existit idoneus defuncti defensor, qui de solido, quod cuique debetur, solvendo caveat, ut iustam querimoniæ causam nullam habeant. Ita enim in universum jus est, ut quoties alicujus defensor idoneus existit, creditores in bona ejus non mittantur, *l. 2. & poss. quib. ex ca. in poss. l. sed & har. 35. §. 3. l. pen. de procur.* Legatariis ex hac causa nec cavendum est: quippe qui destituto testamento nihil consequerentur.

TEXTUS.

3. *In primis hoc rescriptum toties locum habet, quoties testamento libertates datæ sunt. Quid ergo si quis intestatus decedens codicillis libertates dederit, neque adita sit ab intestato hæreditas? Favor constitutionis debebit locum habere. Certè si testatus decesserit, & codicillis dederit libertatem, competere eam, nemini dubium est.*

4. *Tunc enim constitutioni locum esse, verba ostendunt, cum nemo successor ab intestato existat. Ergo quamdiu incertum erit, utrum existat, an non, cessabit constitutio. Si vero certum esse cœperit, neminem existere; tunc erit constitutioni locus.*

5. *Si is, qui in integrum restitui potest, abstinuerit hæreditate, quamvis potest in integrum restitui, potest admitti constitutio, & bonorum addictio fieri. Quid ergo, si post addictionem libertatum conservandarum causa factam in integrum sit restitutus? Vtique non erit dicendum revocari libertates: quia semel competierunt.*

NOTÆ.

3. SI QUIS INTESTATUS CODICILLIS] Loquitur constitutio de libertatibus testamento datis: sed placuit favorem constitutionis etiam ad libertates codicillis ab intestato datas extendi, *l. ult. C. de test. man.*

4. QUAMDIU INCERTUM] Ex Ulpian. *l. 4. pr. de fideic. libert.*

5. QUI IN INTEGRUM RESTITUI POTEST] Hic locus descriptus est ex *d. l. 3. §. 1. & 2.*

COMMENTARIUS.

COnstitutio D. Marci nominatim loquitur de libertatibus testamento datis. Cæterum & si quis intestato decedens codicillis libertates dederit, neque adita sit ab intestato hæreditas, placuit, ad hunc quoque casum favorem constitutionis extendi, juxta id quod dicitur, favores esse ampliandos, *l. 2. de fideic. lib. l. ult. C. de test. man.* Quartus & quintus §§. desumpti ex *l. 4. pr. §. 1. & 2. d. tit.*

TEXT.

TEXTUS.

6. Hæc constitutio libertatum tuendarum causa introducta est. Ergo si libertates nullæ sint datæ, cessat constitutio. Quid ergo, si vivus dederit libertates vel mortis causa, &, ne de hoc quæratur, utrum in fraudem creditorum, an non, factum sit, idcirco velint sint bona addici, an audiendi sunt? Et magis est, ut audiri debeant, etsi deficiant verba constitutionis.

COMMENTARIUS.

FAvor rescripti à Iustiniano etiam ad eum casum trahitur, quo mortis causa libertates datæ sunt, vel etiam simpliciter inter vivos, ut statim valeant, si creditores postea obsistant, quod in fraudem suam datas dicant. Quamvis enim verba constitutionis hic deficiant; ex æquitate tamen & sententia ejus hoc etiam admitti debere, & audiri eum, qui libertatem accepit, si bona sibi addici velit, parato creditoribus idoneè cavere. Et igitur in proposito quæ libertates ipso jure non valerent, conservantur beneficio addictionis bonorum.

TEXTUS.

7. Sed cum multas divisiones ejusmodi constitutioni deesse perspeximus, lata est à nobis plenissima constitutio, in qua multæ species collatæ sunt, quibus iam hujusmodi successionis plenissimum est effectum, quas ex ipsius lectione constitutionis potest quis cognoscere.

COMMENTARIUS.

COnstitutione Iustiniani, quæ est *l. ult. C. de test. man.* jus addictionis bonorum à D. Marco introductum multis modis amplificatum est. Amplificationem Hotomannus quatuor his viribus complectitur. 1. *Ius postulandi annuum esto.* 2. *Si plures simul satis dato postulent, iis bona simul addicuntor.* 3. *Ejus, qui plus se præstaturum satisdabit, potissimum ius esto.* 4. *Qui plus quam alter, cui addicta bona sunt, intra annum offeret, altero libertatem suam retinente, bona obtineto.* Hujus & superioris tituli hodie nullus usus est.

TITULUS XIII.

De Successionibus sublatis, quæ fiebant per bonorum venditiones, & ex Senatusconsulto Claudiano.

TEXTUS.

Erant ante prædictam successionem olim & aliæ per universitatem successiones: qualis fuerat bonorum emptio, quæ de bonis debitoris vendendis per multas ambages fuerat introducta; & tunc locum habebat, quando iudicia ordinaria in usu fuerant: sed cum extraordinariis iudiciis posteritas usa est, ideo cum ipsis ordinariis iudiciis etiam bonorum venditiones expiraverunt: & tantummodo creditoribus datur officio iudicis bona possidere, &, prout utile eis visum est, ea disponere: quod ex latioribus Digestorum libris perfectius apparebit. Erat & ex Senatusconsulto Claudiano miserabilis per universitatem acquisitio, cum libera mulier, servili amore bacchata, ipsam libertatem per Senatusconsultum amittebat, & cum libertate substantiam. Quod indignum nostris temporibus esse existimantes, & à nostra civitate deleri, & non inseri nostris Digestis concessimus.

NOTÆ.

QUALIS FUERAT BONORUM EMPTIO] Bonorum appellatio, sicut hæreditatis, universitatem quandam ac jus successionis demonstrat, & bonorum emptor similis erat bonorum possessori, *l. 4. §. 21. de fideicomiss. lib.* Successit autem hæc ignominiosa bonorum proscriptio in locum sectionis debitorum in partes lege 12. tabularum introductæ: quam crudelitatem consensu publico postea erasam esse, & in pudoris notam pœnam capitis conversam bonorum adhibita proscriptione testatur Tertullian. Apol. cap. 3. *Suffundere*, inquit, *maluit hominis sanguinem, quam effundere*, add. Gell. *lib.* 20. *cap.* 1. Salmas. *de mod. usur. cap.* 18.

PER MULTAS AMBAGES] Bona debitoris postquam aliquamdiu celeberrimis in locis proscripta pependissent, ex edicto possideri jubebantur: dein magister postulabatur & creabatur, per quem distrahebantur, & emptori addicebantur, qui omnibus in solidum, satisfaciebat; aut antequam emeret cum creditoribus & de certa parte decidebat. Cic. *pro Quint. & 6. ad Attic.* 1. Atque hæc bonorum distractio etiam decemvirali verbo sectio dicebatur. Fusius hæc Th.

QUANDO IUDICIA ORDINARIA] Planius dixisset, quando veterum iudiciorum ordo servabatur, quem posteritas neglexit: quanquam quid hæc judiciorum diversitas ad rem præsentem faciat, non video; ac ne illud quidem, quid circa eam postea innovatum, nisi quod bonorum emptor desierit esse successor universi juris, & bona ita vendi cœpta, ut ex pretio eorum, creditoribus satisfieret, *l. 6. & 9. C. de bon. auct. iud. poss.*

DIGESTORUM LIBRIS] Sub *tit. de reb. auct. iudic. poss.* Iure novissimo modus huic rei constitutus, ut jam missio non fiat in universa bona, sicut olim, sed tantum pro quantitate debiti. *Nov.* 53. c. 4. §. 1. unde *auth. & qui iurat. C. eod.*

SC. CLAUDIANO] Ejus meminit Tac. 12. *annal.* Tertull. 2. *ad ux.* auctorem hujus juris Vespasianum facit Suet. c. 11. fortè quia ab eo renovatum.

LIBERTATEM AMITTEBAT] Post trinam denuntiationem domini. Th. denuntiationis meminit & Vlp. *tit.* 11. §. 10. Paul. *l.* 27. *depos.* Tacitus autem denuntiationis non meminit, sed simpliciter ignorantis domini. Et fortè disputatione ICtorum hæc necessitas addita SCto. Hodie libertatem non amittit, sed verberibus castigatur servus, & dissolvitur ejusmodi conjunctio, *l. un. C. de SC. Claud. tell.*

COMMENTARIVS.

REferuntur hoc tit. duæ species acquisitionis per universitatem, quarum altera iam ante Iustinianum in usu esse desiit, alteram ipse sustulit.

Qualis fuerat bonorum emptio.] Si quis in jus vocatus potestatem sui non faciebat, neque defendebatur, ejus bona ex edicto possideri iubebantur: post deinde iis vendendis magistri constituebantur: & postquam aliquamdiu celeberrimis in locis proscripta pependissent, emptori uni ex creditoribus, aut cui extraneo addicebantur; qui bonorum emptor dicebatur, & omnibus in solidum satisfaciebat. Quod si diffidebat, ne paria facere posset, tum, antequam emeret, cum creditoribus de certa parte decidebat. Huc pertinet locus *Cic. 6. ad Attic.* 1. ubi scribit, sine edicto non posse transigi de bonis possidendis, magistris faciendis, vendendis: hæc enim ex edicto & postulari & fieri solere: item illud ex oratione *pro Quintio: Cujus bona ex edicto possidentur, huius omnis fama & existimatio cum bonis simul possidetur, de quo libelli in celeberrimis locis proponuntur: huic ne perire quidem certè tacitè obscureque conceditur: cui magistri fiunt, & domini constituuntur, qui qua lege & qua conditione pereat, pronuntient, &c.* Idem observatum fuisse, cum bona defuncti solvendo non essent, nec hæredem reperirent, ostendit hic textus. Neque hæc ratio vendendi bona Pandectarum iure incognita est, *l. cum bona* 16. *l. Fufidius* 29. *de reb. auct. iud. poss. l. Imperator.* 60. *de pact. l.* 9. *de cur. fur. l.* 4. *C. de bon. auct. iud. poss.* Illud etiam olim non erat infrequens, ut bona alicujus damnati proscriptique sectoribus in auctione venderentur, qui, ut tradit *Ascon. ad lib.* 1. *in Verr.* spem lucri sui secuti bona condemnatorum semel auctionabantur, & semel pecuniam ærario inferebant: ac postea pro compendio suo singulas quasque res populo venditabant. Quo refert Horomannus, quod Varro, *lib.* 2. *de re rust. cap.* 10. modos acquirendi legitimi dominij enumerans, scribit; *Tumve cum in bonis sectione cuius publicè venit.* Hæc bonorum distractio etiam decemvirali verbo sectio dicebatur; videturque successisse ignominiosa ista bonorum proscriptio in locum sectionis debitorum in partes, lege 12. tabb. introductæ: quam crudelitatem consensu publico postea erasam esse, & in pudoris notam pœnam capitis conversam adhibita proscriptione, testatur Tertull. *Apol. cap.* 3. *Suffundere*, inquit, *maluit hominis sanguinem, quam effundere.* Add. *Gell. lib.* 20. *cap.* 1. *Salmas. de mod. usur. cap.* 18.

Per multas ambages] Ter creditores adire prætorem oportebat: primum ut liceret bona possidere: deinde ut liceret magistrum bonis constituere, qui in auctione divenderet: postremo ut legem dare bonorum venditioni, & cum emptore, cui addicerentur, de parte ejus, quod cuique deberetur, paciscì. Cæterum hæc fusius Theophilus.

Cum extraordinariis iudiciis] Quid hæc judiciorum diversitas ad rem præsentem faciat, non video: uti nec illud, quid hic posterioribus temporibus innovatum. Sanè nihil in eo, quod creditores in possessionem bonorum mittuntur, & postquam ea per certum tempus possederunt, jus vendendi à prætore impetrare possint. Hæc ordinaria ratio procedendi etiam temporibus Ciceronis fuit, eademque in Pandectis: quo hic remittimur, sub *tit. de reb. auct. iud. poss.* & in Codice quoque relata est, *l. 6. & 9. C. eod. tit.* Videntur mihi

mihi Compositores male ista inter se oppositisse, tanquam pugnantia, *permitti bona possideri*, & post certum tempus *uni ea universa vendi*. Plane quod Theoph. refert, bonorum emptorem hæredis seu bonorum possessoris loco habitum fuisse, id postea obtinuisse non puto; sed ita bona vendita, ut ex pretio creditoribus satisfieret; desisseque hanc acquisitionem esse universalem. Iure novissimo modus missioni creditur constituturus, ut iam missio non fiat in universa bona, sicut olim, *tit. de reb. auct. iud. poss.* sed tantum pro quantitate debiti *Nov.* 53. *c.* 4 §. 1. unde *auth. & qui jurat. C. de bon. auct. poss.*

Libera mulier servili amore bacchata.] Senatusconsulto libera mulier, quæ se alieno servo iunxerat, domino servi cum bonis omnibus addicebatur. Meminit hujus Senatusconsulti Tacitus *lib.* 12. *annal.* ubi de rebus gestis sub Claudio tractans sic scribit; *Inter quæ referuntur ad patres de pœna fœminarum, quæ servis coniungerentur: statuiturque, ut ignaro domino ad id prolapsa, in servitute; si consensisset, pro liberta haberetur.* Ita locum ex Codice Farnesiano restituit Lipsius Suetonius hoc ipsum decretum adscribit Vespasiano, ut, nisi erret Suetonius, id repetitum fuisse necesse sit. Denuntiationis Tacitus non meminit, sed simpliciter ignorantis domini: unde licet existimare, necessitatem denuntiandi, ne cum servo consuetudinem haberet, (*vid. Vip. tit.* 11. §. *maxima* 10. *d.* 27. *depos. l. un. C. de sen. Claud. toll. l. edicimus, C. Theod. de murileg. Theoph. hic. Pet. Fab. lib.* 1. *semest.* 25.) disputatione Iurisconsultorum Senatusconsulto additam. Iustinianus autem hoc Senatusconsultum sustulit, permisitque domino potestatem, si quid tale servus commiserit, eum castigandi, atque avellendi à muliere, simul denuntians, non impune laturum dominum, si hac potestate non utatur, *d. l. ult. Cod. de sen. Claud. toll.*

TITULVS XIV.

De Obligationibus.

1 *Ratio ordinis.*
2 *Duo insignes errores notati.*
3 *Neque definitionem neque divisiones hic propositas continere omnem speciem obligationis.*
4 *Obligationum summa divisio.*
5 *Quid sit & quam vim habeat obligatio naturalis.*
6 *Explicatur l.* 10. *de obl. & act.*
7 *Quares faciant, ut tantum naturalis, non etiam civilis sit obligatio.*
8 *Non omnium naturalium obligationum eundem esse effectum iure civili, & quasqualem habeant.*
9 *Obligatio mere civilis.*
10 *Obligatio mixta.*

TRIA esse disciplinæ iuris summa capita seu objecta didicimus §. *ult. sup. de iur. nat. gent. & civ.* personas, res, actiones. De iure personarum, id est, eo iure, quod cuique competit pro conditione & statu personæ, disputatum à titulo tertio usque ad finem libri primi. Rerum tractatio suscepta *tit.* 1. *lib.* 2 ubi diximus, rei appellatione in hac distinctione objectorum, significari non tantum ea quæ dominii nostri sunt, cæteraque jura in rem, quæ vendicari possunt: verum etiam ius ad rem, quod uno verbo dicimus obligationem: nec male eos facere, qui totius hujus argumenti tractationem ad duo capita revocant, dominium & obligationem, dominij verbo omnia in rem jura complectentes. De dominio ejusque acquirendi modis actum hactenus. De obligationibus earumque contrahendarum & distrahendarum ratione nunc sequitur. Quæ tractatio continuatur usque ad tit. sextum libri 4. ubi initium fit disputationis de actionibus. 1

Duo igitur errores hic nobis vitandi sunt. Quorum unus eorum est, qui ita obligationes à rebus separant, tanquam ad tertium juris objectum, id est, actiones pertinerent: alter eorum, qui eas referunt ad objectum primum, quod est de jure personarum. In priore errore Theophilus est & vulgo interpp. qui existimant, hic initium fieri doctrinæ de actionibus, præmittique obligationes, ut actionum causas earumque matres, ut loquuntur. Hoc autem falsum esse, vel ex uno hoc apparet, quod ista consideratione non magis obligatio ad actiones pertinet, quam dominium, quam cætera in rem jura, quam ipsum jus personæ: quippe quæ & ipsa singula suas actiones habent & pariunt, §. 1. & 2. §. 13. *inf. de act.* Alter error Vulteij est, qui *lib.* 1. *diss. schol. cap.* 56. & *ad hanc rubr.* contendit, obligationes referendas esse ad jus personarum. Quem temere secutus est D. Anton. Matth. *Colleg. Inst.* 2. *dist.* 3. Vtitur Vulteius duplici fere argumento. Primum est, quod obligatio personæ inhæret. Atqui eadem ratione multo magis usum & usumfructum ad jus personarum referri oportebat. Sed quid certius est, quam ea omnia, quæ in bonis & patrimonio nostro sunt, ad tractatum rerum pertinere, nec solum res corporales, verum etiam incorporales, *sup. tit. de reb. corp. & incorp.* quo loco inter res incorporales cum hæreditate, usufructu, servitutibus, numeratur etiam obligatio, ut res in bonis nostris & subjecta acquisitioni, *add. l.* 49. *de verb. sign.* Apparet vero, Vulteium obligationes tan- 2

tum consideraſſe in relatione ad perſonam debitoris, cum præcipue hic considerandæ sint ratione creditoris, qui eas contrahendo sibi acquisivit, easque suo modo vendendo, donando, legando in alium transferre potest: quæ ostendunt, obligationes à parte creditoris esse in commercio, quod de jure perſonarum, puta libertatis, civitatis, familiæ, nemo dixerit. Sed etsi obligationes considerentur ex parte debitoris, ut perſonæ ejus inhærentes, tamen ad jus perſonarum ne isto quidem respectu referri possunt. Ius enim perſonæ dicitur, quod perſonam afficit, quatenus perſona est, id est, id ius, quo quisque in civitate censetur propter statum & qualitatem perſonæ suæ. Quid autem obligatio commune habet cum statu debitoris? Quis ita perſonas unquam distinxit, ut dixerit, quasdam perſonas esse obligantes, quasdam obligatas? aut hominum alios esse creditores, alios debitores? Nimirum obligatio etsi perſonam obligati afficit, non tamen afficit, quatenus consideratur ut perſona, sed quatenus ut debitor. At debitor dicitur intuitu rei, quæ debetur. Neque enim hic finis summus est obligationis ut perſonam nobis obligatam habeamus, sed ut rem in obligationem deductam consequamur, *l. 3. de obl. & act. l. stipulatio* 38. §. *alteri* 17. *de verb. oblig.* Quamobrem sive essentiam obligationum spectemus, sive obiectum earum, sive finem ultimum, non alio referri possunt aut debent, quam ad eam disciplinæ nostræ partem, quæ est de jure rerum. Alterum argumentum Vulteij tale est. Si obligatio ad jus rerum pertineret, uti dominium pertinet, tum ex obligatione quoque, uti ex dominio, competeret actio in rem: at actio ex obligatione in perſonam est: ergo ipsa obligatio ad jus perſonarum, non rerum, referenda Πρῶτον ψεῦδος & error perspicuus πρῶτον ἐπιφανές. Non enim ideo actio ex obligatione in perſonam esse dicitur, quia per eam aut perſonam, aut jus aliquod, quod in perſonam aut perſonæ sit, persequimur: (quippe semper persequimur rem aliquam externam, eam, quæ ex obligatione præstanda est.) Sed quia hæc actio in perſonam obligati dirigitur, & semper adversus eum locum habet, cum in rem actio cum re ambulet, & sequatur poſſeſſorem, *leg. actionum* 25. *de oblig. & act.* Quinimo contra si obligatio jus esset perſonæ, actio, quæ de eo jure competeret, ad classem actionum in rem referenda esset, non ad eas, quæ in perſonam competunt; argumento actionum præjudicialium, quæ de statu & vero jure perſonarum competunt, quas in rem esse expresse scriptum est in §. *præiudiciales* 13. *infr. de act.* quanquam hoc etiam negavit Vulteius, quia vidit sententiæ suæ repugnare. Sed de his opulentius suis locis §. 1. & d. §. 13. *infr. de act.* Hoc titulo primum docetur, quid sit obligatio; deinde dupliciter ea dividitur à causis efficientibus: postremo prima & præcipua ejus species subdividitur in quatuor species inferiores. Quoniam vero neque definitio, neque divisiones hic propositæ omnes species obligationum continent, sed ad eas duntaxat pertinent, quæ actionem, eamque efficacem, jure civili producunt. & tamen illæ quoque, quæ vel non producunt actionem, vel eam producunt, quæ exceptione repelli potest, suum quendam usum & effecta jure civili habent, recte facturi videmur, si prius quam ad ea declaranda accedimus; quæ hic à Iustiniano tradita sunt, naturam diversitatemque obligationum à capite repetitam explicemus. Omnis obligatio vinculum quoddam juris est, quo adstringimur ad aliquid præstandum. Cæterum cum ad hoc aliquando nos adstringat sola æquitas & ratio naturalis, interdum mera subtilitas juris: ut plurimum autem ius naturæ ac civile simul, pro hac juris varietate obligatio in tres species recte dividitur, in puram naturalem, meram civilem, & mixtam. Naturalis obligatio est naturæ & æquitatis vinculum, quo ita adstringimur ad aliquid dandum vel faciendum, ut nulla eo nomine sit actio jure civili. Dicitur naturalis non à natura, seu naturali instinctu nobis cum brutis animantibus communi, sed à natura humana, id est, recta ratione, quæ sola quod æquum est, dictat. Itaque naturalis obligatio non est duplex, ut quidam opinati sunt; una, quæ sit ex jure gentium & humani generis propria; altera, quæ sit ex jure naturali omnium animantium communi, & in bruta quoque cadat, in quæ nec consensus nec intellectus cadit: sed una & simplex, quæ tota est ex jure gentium, ut ipsa æquitas, cujus vinculo sustinetur. *leg. Stichum* 95. §. 4. *de solut.* quod etiam Paulus confirmat *leg. cum amplius* 84. §. 1. *de reg. iur.* ubi ait, cum natura debere, quam jure gentium dare oportet. Hæc obligatio conscientias quidem hominum devincit, cum sit vinculum naturæ & æquitatis, *d. leg.* 95. §. 4. *de solut. d. l.* 84. §. 1. *de reg. iur.* quo loco verbo *oportet* quædam necessitas moralis significatur: in foro tamen exteriori & jure civili eam efficaciam non habet, ut actionem aut exactionem producat: id quod ex enumeratione specierum, quæ ad hoc genus obligationis pertinent, liquere potest. Nam quod in *l.* 10. *de obl. & act. l. fideiussor.* 16. §. 4. *de fideiuss.* dicitur, naturales obligationes non eo solo æstimari, si actio aliqua ex his competat: verum etiam si soluta pecunia repeti non potest, id non totum ad puras naturales pertinet, sed posterius duntaxat: pars autem præcedens ad mixtas, eas scilicet, quæ nascuntur ex contractibus juris gentium, & quæ ipsæ nonnunquam absolute naturales dicuntur.

1 2 3 4 5 6

l.

l. debitor 59. verſ. videamus, ad ſent. Treb. l. ſi ita ſtipulatus 126. §. 2 verſ. ſupereſt, de verb. oblig. nimirum quia tota eſſentia ſua ſunt ex iure gentium, *l. 5. de iuſt. & iur.* à jure autem civili præter nudam confirmationem nihil habent: quo tamen reſpectu cum etiam civiles ſint, nomine civilium frequentius appellantur, propter auctoritatem iuris civilis. Ut naturalis tantum, non
7 etiam civilis ſimul ſit obligatio, facit aut qualitas conventionis, aut perſonæ paciſcentis contrahentiſve, aut qualitas perſonæ & negotii ſimul. Principio non omnis conventio obligationem civilem parit, ſed illa duntaxat, quæ vel in proprium nomen contractus tranſit, vel cui præter conventionem alia ſubeſt obligandi cauſa, vel quæ legitima dicitur, aut quæ contractui incominenter adjecta, *l. 6. l. 7. in pr. §. 2. & 4. de pact.* Ex cæteris, quæ ſolo placiti fine ſtant, naſcitur duntaxat obligatio naturalis: quippe nudis pactis vim talem obligandi Romanæ leges tribuere noluerunt, ut ex iis etiam ultro agere liceret, *d. l. 7. §. 4. de pact. l. 10. C. eod. l. ſi tibi 27. Cod. de collat.* Plura dicemus infra ſub § *ultim.* Secundo facit qualitas perſonæ contrahentis, ut ex conventione quantumvis idonea, tantum naturalis obligatio oriatur; veluti ſi pupillus, intelligens quod agit, contraxerit ſine tutoris auctoritate; *l. ſi pupillus 127. de verb. oblig. l. 1. in fin. de novat. l. cum illud 25. §. 1. quand. dies, leg. ant ſervum, leg. 14. de oblig. & action. l. 13. de cond. ind.* aut is; cui bonis interdictum eſt, *l. 6. de verb. obl.* Perſonæ & negotij qualitas ſimul, veluti ſi mulier interceſſerit, filius famil. mutuam pecuniam acceperit, *leg. 16. §. 1. ad ſent. Vell. l. 9. in fin. cum ſeq. de ſenat. Maced.* Præter hæc etiam citra ullam conventionem ſola officii & pudoris ratio naturalem obligationem inducit. Qualis eſt cauſa beneficii accepti. Unde obligatio ad *mútúum*, *leg. ſed & ſi 25. §. conſuluit. 11. de hared. pet. per leg. ſi pignore 54. §. 1. de furt.* & quæ hujus ſpecies eſt, manumiſſio, unde operarum officialium debito naturalis, *leg. ſi non ſortem 26. §. libertus 12. de cond. in d.* Ad hanc claſſem refero etiam eam, quæ oritur ex voluntate teſtatoris teſtamento minus ſolenni declarata: item eam, qua hæres legatis oneratus tenetur ea integra præſtare citra detractionem Falcidiæ,
leg. 2. Cod. de fideic. leg 5. §. ſi quis 15. de don. int.
2 *vir. & uxor. leg. 1. l. ult. Cod. ad legem. Falcid.* Naturalium harum obligationum quædam in totum juris civilis auxilio deſtituuntur, quædam non omnino hujus auxilii ſunt expertes. Prioris generis eſt obligatio beneficii accepti, in qua nulla neceſſitas præter illud honeſtatis naturalis vinculum, quo ad gratitudinem & remunerationem obſtringitur is, qui beneficium accepit, ſi vir bonus haberi velit, ad exigendum autem vel retinendum obligatio nulla. Puto etiam, ipſum jus gentium pudori cujuſque rorum hoc reliquiſſe. Quippe *alia eſt*, ut ait Cicero pro Planc. *debiti gratia, alia pecunia:* neque convenit beneficia fœnerari aut in calendario ſcribere. Quo etiam pertinent illa Senecæ 3. *de benef. Cum res honeſta ſit referre gratiam, deſinit honeſta eſſe, ſi neceſſaria eſt*, id eſt honeſtatis gradum excellentem amittit; quod ſequentia indicant, *Non enim magis laudabit quiſquam gratum hominem; quam eum, qui depoſitum reddidit, aut quod debebat, citra judicium ſolvit.* Et mox: *Non eſt glorioſa res gratum eſſe, niſi tutum eſt ingratum fuiſſe.* Operarum tamen, quæ ex cauſa manumiſſionis patrono naturaliter debentur, obligatio hunc jure civili effectum habet, ut ſolutæ per errorem repeti non poſſint, *d. l. 26. §. libertus, de cond. ind.* Ejuſdem fere conditionis eſt & obligatio teſtamenti minus ſolennis & ad integra legata præſtanda: nam etiam quod ex his cauſis per errorem facti ſolutum eſt, jure civili reperi poteſt, *l. 7. C. de cond. ind. leg. 9. C. ad leg. Falc.* Similiter ſi is, qui bonis interdictum eſt, quid promiſerit, adeo jure civili non tenet obligatio, ut ne fidejuſſores quidem admittat, quaſi negotium nullum geſtum ſit, *l. 6. de verbor. obl.* Tantundem dici poteſt de tranſactione alimentorum Senatuſconſulto prohibita, *l. eleganter 23. §. 2. de cond. ind.* item interceſſione mulierum, niſi quod obligatio hinc nata actionem parit, ſed quam inefficacem reddit perpetua Senatuſconſulti exceptio, *l. qui exceptionem 40. d. t. l. 9. C. eod.* Filius autem familias, qui mutuam pecuniam accepit, ſi paterf. factus ſolverit, non reperit, *d. l. 40. l. 9. in fin. de ſen. Marc.* Cæteræ obligationes naturales, quæ ex conventione deſcendunt, eoſdem pene effectus ſi unam dempſeris actionem, jure noſtro habent, quos habet naturalis & civilis ſimul. Ac de hujuſmodi obligationibus potiſſimum agunt Juriſconſulti, cum aiunt aut negant, naturaliter quem obligari, ut videre eſt *l. 13. l. ſi pœna 19. l. frater 38. l. quod pupilus 41. l. ſi quod 64. de cond. ind. l. 10. de obl. & act. l. 1. de novat. l. propen. de obl. & act. l. 5. §. 1. de ſolut.* & ſimilibus locis. Effectus iſti principales hi ſunt, debiti hujus naturalis cum alio quovis compenſatio, *l. 6. de compenſ.* ejuſdem ſoluti per errorem retentio, *d. l. 10. de obl. & act. d. l. 19. d. cond. ind. l. 1. §. id quod 17. ad leg. Falc. l. 3. C. de uſur.* Præterea quod ita naturaliter debetur, conſtitui poteſt, *l. 1. §. pen. de pec. conſt.* item novari, *l. 1. in fin. de novat.* Poteſt & fideijuſſor huic obligationi accedere, *§. 1. inſ. de fideiuſſ.* denique & pignus *lib. 5. de pign.* Minus tamen efficacitatis eſt in obligatione pupilli ſine tutoris auctoritate contracta: quippe quæ acceſſiones duntaxat recipit, principalia autem illa ut pupillo nocentia reſpuit: quo adſpectu, quod

pupillus

pupillus ita promiſit, ne natura quidem deberi dicitur, *d. l. 41. de cond. ind. d. l propen. de obl. & act.*

9 Obligatio mere civilis eſt vinculum ſolius juris civilis, ſeu *Πάνσοδικαίου*, quo quis ita tenetur, ut ſummo jure in eum ſit actio, ſed quæ jure prætorio infirmetur, oppoſita perpetua exceptione. Hujus generis ſunt omnes illæ, quæ ſola juris ſubtilitate nituntur contra naturalem æquitatem; veluti ſi quis metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapſus aliquid promiſerit, aut ſi poſt conſtitutam obligationem debitor cum creditore pactus ſit, ne à ſe peteretur, §. 1. *& ſeqq. inſ. de excep.* Hoc genus obligationis propemodum ſine re eſt, & exitu inutile, *l. 3. § 1. de conſt. pec. l. nihil interſt. 112. de reg. jur. l. 14. de compenſ.*

10 Mixta obligatio ſeu naturalis & civilis ſimul, eſt vinculum æquitatis pariter & juris civilis, quo quis ita adſtringitur, ut actio efficax in eum detur. Mixtam hanc obligationem vocamus, propterea quod eam & naturalis ſuſtinet æquitas & ſimul juris civilis firmat auctoritas. Unde etiam ſola plenam præſtandi neceſſitatem habet, actionemque & exactionem producit. Ex quo porro etiam hoc eſt, quod ſola proprie & abſolute obligatio in uſu juris vocatur quemadmodum & debitoris in proprie intelligitur, à quo invito pecunia exigi poteſt, *l. debitor 108. de verb ſign.* & ex adverſo creditor, qui exceptione perpetua removeri non poteſt, *l. 10. eod. tit.* alij per abuſionem *l. 16. §. 4. de fidejuſſ.* Denique hinc intelligimus, ad hoc genus obligationis tantum & definitiones & diviſiones hoc titulo propoſitas pertinere. Eſt vero quod apprime notandum eſt, mixta hæc obligatio aut vere talis, aut præſumptive; qualis eſt obligatio judicati, & confeſſi; item iuriſiurandi neceſſarii, Quippe res judicata pro veritate accipitur, *l. poſt 56. de re iud. l. 207. de reg. jur.* confeſſi in jure pro judicatis habentur, *d. l. 56. l. 1. de confeſſ. l. un. C. eod.* juriſiurandi quoque aut potius ſententiæ ex eo latæ eadem ferè vis eſt. Hujus generis etiam obligatio eſt, quæ dicitur literarum, *inſ de lit. obl.* Jam ad explicationem textus accedamus.

TEXTUS.

Nunc tranſeamus ad obligationes. Obligatio eſt juris vinculum, quo neceſſitate adſtringimur alicujus rei ſolvendæ ſecundum noſtræ civitatis jura.

NOTÆ.

OBLIGATIONES] Th. & Accurſ. putant hic initium fieri doctrinæ de actionibus. Sed peram: nam non minus obligatio res eſt incorporalis & ad ſecundum juris objectum pertinet, quam hæreditas, uſusfructus, ſervitutes, *ſup. de reb. corp. & incorp. & §. ult. de uſ. & hab.*

JURIS VINCULUM] Omnis obligatio eſt juris vinculum: obligatio civilis, vinculum juris civilis naturalis, vinculum æquitatis, *l. 95. §. 4. de ſolut.* civilis mera, rigoris ſeu *Πάνσοδικαίου*, *inſ. de exc. in pr.*

NECESSITATE] Propter actionem, quam obligatio parit. Itaque nec obligatio naturalis huc pertinet, ex qua jure civili agi non poteſt, quamvis moralem neceſſitatem adjunctam habeat; veluti quæ ex nudo pacto naſcitur, *l. 7. §. 4. de pact. iunct. l. 84. §. 1. de reg. iur.* nec civilis nuda, quæ propemodum ſine re eſt, & exitu inutilis, *l. 3. §. 1. de conſt. pec. l 112. de reg. iur.*

NOSTRÆ CIVITATIS IURA] Verba hæc reſpiciunt obligationem; ut non adſtringat, niſi juſta ſit & legitima. Fabrot.

COMMENTARIVS.

ESt *juris vinculum*] Rectè *vinculum*: quoniam qui nobis obligatus eſt, neceſſitate quadam præſtationis tenetur, ut effugere non poſſit, niſi vinculo hoc ſoluto: Metaphora ſumpta à vinculis corporeis. Concepta eſt definitio relatione facta ad perſonam debitoris, ita tamen, ut ſimul oſtendat quodnam hic ſit jus creditoris. Sequentia formam obligationis ſubjecto, effectu & cauſa efficiente remota adumbrant.

Neceſſitate adſtringimur] Effectus obligatio (ſic abſolutè nunc porro mixta vocabitur) ſemper adjunctam habet neceſſitatem præſtationis: quæ neceſſitas in eo conſiſtit, ut niſi obligatus præſtet id quod non debetur, jure judicio experti cum eo hoc nomine liceat, invitumque ad ſolutionem compellere.

Alicujus rei] Subjectum. Rei autem verbum generale eſt, & factum quoque comprehendit, *l. 1. in fin. de reb. cred.* Proinde ſive in dando conſiſtat obligatio, ſive in faciendo neceſſitas obligationis poſtulat ut utrumque præſtetur, *l. de verb. obl. §. ult. inſ. eod. l. 3. de obl. & act.*

Solvendæ] Solvi dicitur res in uſu juris, cum debita præſtatur, *l. ſolutam 49. de ſolut. l. ſirem 9. §. 3. & ſeqq. de pign. act.* eaque ſolutione tollitur obligatio, *inſ. quib. mod. toll. obl. in pr.* tametſi perſona obligati tantum adſtringi videtur, non res ipſa, niſi per conſequentiam, aut niſi pignori nexa ſit. Etenim obligationis non hæc vis eſt, ut aut corpus aliquod, aut ſervitutem noſtram faciat, aut per eam dominium aliudve jus in rem immediatè conſequamur: ſed jus tantum ad rem tribuit, id eſt, perſonam nobis obſtringit

ad

ad dandum vel faciendum, *leg. 3. de obl. & act.*

Secundum nostræ civitatis jura] Hæc verba referenda sunt ad totum illud, quod præcedit, *quo necessitate adstringimur alicuius rei solvendæ.* Temperatur enim hac adjectione non, ut malè Theophilus, potestas solvendi, sed necessitas: ut intelligamus adstringi nos non quibuslibet modis, non ex quavis causa, sed secundum jus civitatis nostræ: item necessitate non quavis sed in qua insit ea cogendi ratio, quæ jure civitatis nostræ sit approbata. Quod si cum Theophilo verba hæc ad id solum, quod proxime præcedit *rei solvendæ*, referimus, falsam efficimus sententiam, nimirum, eum, qui non rectè solvit, non esse obligatum. In eodem errore fuit & Accursius.

TEXTUS.

1. *Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera deducitur: namque aut civiles sunt, aut prætoriæ. Civiles sunt, quæ aut legibus constitutæ, aut certo jure civili comprobatæ sunt. Prætoriæ sunt, quas prætor ex sua jurisdictione constituit, quæ etiam honorariæ vocantur.*

NOTÆ.

1. OMNIUM OBLIGATIONUM] Scil. ad actionem producendam efficacium: de quibus solis etiam concepta definitio.

AUT JURE CIVILI COMPROBATÆ] Prioris generis est obligatio literarum & verborum pacti legitimi, furti nec manifesti, damni injuria dicti, &c. huius sunt omnes, quæ nascuntur ex contractibus juris gentium, *l. 7. de pact.*

PRÆTOR EX SUA IURISDICT.] Ex quibus scil. actionem in personam dedit §. 8. *& seqq. inf. de act.*

COMMENTARIVS.

Aut civiles aut prætoriæ] Distributio obligationis à causis efficientibus remotis. Nulla enim est obligatio (vera scilicet & efficax, de qua sola hic disputatur) quæ non aut iure civili aut prætorio constituta vel recepta sit. Illud hoc monendi sumus, cum civiles obligationes opponuntur naturalibus, appellatione civilium prætorias quoque contineri; sicut in universum, cum jus civili opponitur naturali, eius appellatione etiam prætorium venit. Nam jus prætorium pars est juris civilis generaliter sumpti, §. 3. *sup. de iur. nat. gent. & civil.* At cum obligationes civiles prætoriis opponuntur, per civiles intelligi eas duntaxat, quæ legibus aliave parte juris civilis, quæ parem legibus auctoritatem habet, constitutæ aut confirmatæ sunt: quemadmodum cum in genere ius civile opponitur prætorio, id ius significatur, quod ex legibus, plebiscitis senatusconsultis, decretis Principum, auctoritate prudentum descendit, *l. 8. de iust. & iur.* Similis huic est divisio actionum, §. 3. *inf. de act.*

Constitutæ aut comprobatæ] Sit igitur civilium obligationum hæc quædam subdivisio, quod earum quædam jure civili constitutæ sunt, quædam simpliciter approbatæ seu receptæ, prioris generis sunt paucæ, ex contractu obligatio literarum & & verborum, *inf. tit. 22. & tit. 16.* ex delicto, qua tenetur fur nec manifestus *arg* §. 4. *inf. de noxal. act. junct pr. inf. de perpet. & temp. act.* item is, qui damnum iniuria dedit. cujus quadrupes pauperiem fecit, qui arbores furtim cecidit, *inf. tit. de leg. Aquil. & si quadrup. paup. fec. l. 1. arb. furt. cæs.* Referunt huc vulgo & eas, quæ descendunt ex pactis speciali lege confirmatis, quæ dicuntur legitima, *l. 6. de pact.* quale verbi causa est pactum donationis, & pollicitatio dotis, *l. si quis 35. §. ult. C. de donat. l. 6. C. de dot. prom.* Illa quoque obligatio constitutione civilis est, qua tenetur is, cui ex Senatusconsulto Trebelliano restituta est hæreditas. In posteriore genere sunt innumerabiles, omnes nimirum illæ, quæ nascuntur ex contractibus juris gentium, *l. 7. de pact.*

Quas prætor ex sua Iurisdictione] Naturalem æquitatem secutus, Nam omnis obligatio prætoria naturalis quoque est: à prætore autem introducta dicitur ea, ex qua prætor in personam in foro civili actionem dedit. Cuiusmodi est illa, qua pater & dominus tenentur ex contractu filii aut servi; qua constituens pecuniam ei, qui constituitur, qua is, qui detulit jusjurandum iuranti: item quæ ex furto manifesto, rapina, iniuriis nascitur, cæteræque omnes, quibus obstrictus est, honoraria actione tenetur, *vid. inf. §. 8. & aliquot seqq. de act. & tit. quod cum eo, qui in al. pot.* i. cum §. 4. *de nox. act. & §. ult. de leg. Aquil.*

TEXTUS.

2. *Sequens divisio in quatuor species dividitur, Aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio. Prius est, ut de iis, quæ ex contractu sunt, dispiciamus. Harum æque quatuor sunt species. Aut enim re contra-*

huntur, aut verbis, aut literis, aut consensu: de quibus singulis dispiciamus.

NOTÆ.

2. AUT EX CONTRACTU, &c.] Hæc divisio sumpta est à causis efficientibus proximus seu factis obligatoriis; sine quibus nulla aut jure civil aut honorario confirmatur *l.* 37. *de obl. & act.* Accuratior est, quam illa aut Caij *l.* 1. aut Modestini *l.* 52. *hoc tit.*

EX CONTRACTU] Contractus est conventio obligationem pariens citra speciale legis adminiculum. Hac definitione excluduntur tum conventiones liberatoriæ, tum pacta nuda & legitima, quorum illa obligationem non pariunt, hæc pariunt ob specialem confirmationem, *l.* 6. *l.* 7. §. 4. *de pact.* Labeonis definitio *l.* 19. *de verb. sign.* particularis est: tam enim contractus sunt negotia ex uno latere obligatoria, ut mutuum & stipulatio, quam utrinque, ut venditio, locatio. Et quid notius. illa συναλλαγμάτων distributione in μονόπλευρα καὶ δίπλευρα?

AUT RE, AUT VERBIS, &c.] ἐπιβλέψεις earum, quæ ex contractu: quæ non ita accipienda est, quasi quædam sine consensu contrahantur, quædam consensu: sed ita, quod quædam solo consensu, quædam non solo, *l.* 1. §. *pen. de pact.*

COMMENTARIVS.

1 *Vnde sumpta sequens hæc divisio.*
2 *Rectene Aristoteles delictum speciem faciat* συναλλάγματος.
3 *Præter quatuor ordinarias obligationum causas, quæ hic recensentur, esse & alias quasdam irregulares & extraordinarias.*
4 *Modestini obligationum divisio minus accurata in l.* 52. *de obl. & act.*
5 *Quid sit conventio sive pactio aut pactum in genere, & quotuplex.*
6 *Quid pactum nudum, quod passim absolutè pactum. Et cur ex eo iure civili non detur actio.*
7 *Pacta legitima & in continenti contractibus adiecta. Item n.* 10.
8 *An pacta ex continenti adiecta à parte actoris insint etiam in contractibus stricti juris.*
9 *De conventione non nuda, quæ uno nomine contractus. Ejus definitio, divisio, cum explicatione l.* 19. *de verb. sign.*
10 *Hodiè etiam ex pacto actionem dari juxta scita juris Canonici.*
11 *Explicatur subdivisio obligationum primæ speciei.*

1 AVT enim ex contractu, &c.] Ἐπιβλέψεις seu secunda obligationum divisio à causis efficientibus proximis. Nulla enim est obligatio, quæ non ex causa aliqua, & regulariter quæ non ex facto aliquo obligati præcedente nascatur: nec ulla jure civili aut honorario confirmatur, quæ non propriis viribus consistat, ut loquitur Papinianus, id est, quæ non propria causa constituta sit, *l. obligationes* 27. *hoc tit. de obl. & act.* Causæ seu facta obligatoria quatuor hic ponuntur à Justiniano, totidemque obligationis species his causis inter se distinctæ, contractus, quasi contractus, maleficium, quasi maleficium. Aristoteles 5. *ethic.* 2. uno συναλλάγματος hæc omnia comprehendit. Duo enim ille genera συναλλαγμάτων facit, ἑκούσια & ἀκούσια, volontaria & involuntaria: ἑκούσια appellat commercia, conventiones, contractus: ἀκούσια maleficia & delicta. Verum enim si vox Græca συναλλάγματος respondet verbo Latino commercii aut contractus, valde abusive delictum dicitur species συναλλάγματος: ipseque Aristoteles *cap.* 5. ejusdem libri negat, correctionem delictorum ad justitiam συναλλακτικὴν pertinere. Ut ut est, in jure nostro συνάλλαγμα tantum ad commercia refertur, *l.* 7. §. 2. *de pact. l. Labeo* 19. *de verb. sign.* commercium autem uno modo usurpatur pro conventione & contractu; atque hæc à delictis perpetuo separantur. Unico tantum loco delictum appellatur contractus, non quidem involuntarius, sed malus, *leg. si rerum* 52. *de rei vind.* ubi Triphonius scribit, actionem rerum amotarum *ex malo contractu*, aut, ut est in codice Florentino *ex male contractu oriri* Papianus quoque verba Demosthenis in oration. contra Aristogitonem, ἐπανόρθωμα τῶν ἑκουσίων, καὶ ἀκουσίων ἁμαρτημάτων, Latine reddidit, *delictorum, quæ sponte vel ignorantia contrahuntur, coercitio, l.* 1. *iunct. l.* 2. *de legib.* Illud vero frequens apud nostros est, ut appellatione contractus & maleficii etiam quasi contractus & quasi maleficia significentur, *l.* 16. *de neg. gest. leg. contractus* 23. *de reg. iur. l.* 1. *leg.* 4. *l. ex contractibus* 49. *hoc. tit.* § 1. §. 10. §. *rei* 17. & *seq. inf. de act.* §. 1. *inf. de perp. & temp. action.* Porro sciendum est, quatuor causas obligationis, quæ hic à Iustiniano recensentur, esse quidem illas principales & ordinarias: cæterum esse præterea quasdam obligationes, quæ ex nulla quatuor istarum causarum proficiscuntur, sed ex sola & singulari æquitate. Cujusmodi species obligationis est, quæ à Celso proponitur in *l. si & me & Titium* 32. *de reb. cred.* item ex qua ad exhibendum agitur, *l.* 3. §. 3. *ad exhib.* quam nullum omnino factum obligatorium præcedere constat. Item illa, qua in duplum obstringitur, qui tignum alienum ædibus suis bona fide junxit, §. *cum in suo* 29. *sup. de rer. div.* denique omnes illæ, ex quibus actiones in factum subsidiariæ dantur

dantur, §. *ult. inf. de leg. Aquil. l. in rem* 23. §. *item quæcunque* 5. *de rei vend.* Sed nec omnis obligatio, quæ ex conventione est, eadem est ex contractu, veluti quæ datur ex pacto legitimo, vel ex constituto. Quod mox perfectius intelligetur. Atque hanc ego causam esse arbitror, quod Gajus *leg.* 1. *pr. hoc tit.* causas & fontes obligationum indicaturus, contractus & maleficij tantum meminit, cautionis gratia subiiciens, eas, quæ extra hæc facta nascuntur, proprio quodam jure nasci ex variis causarum figuris. Sic ergo habendum, duo illa, contractum & malencium esse causas obligationum generales & ordinarias ac principes, esse tamen & alias nonnullas, sed quæ sint extraordinariæ & irregulares, ut nec certo nomine significari, nec certa regula comprehendi possint. Videtur autem Gajus in *d. l.* 1. nomine contractus & maleficij etiam quasi contractum & quasi maleficium intelligere: quæ tamen cum singula proprie & distincte considerare volumus, à contractu & maleficio diversa esse, idem recte docet, *l.* 5. *eod.* & ex eo Iustinianus *inf. tit. de obl. quæ quasi ex contr.* & *de obl. quæ quasi ex del.* Igitur pro quadruplici illa consideratione causarum quadripartita quoque est obligationis
4 divisio. Extat alia obligationis ex causis distributio apud Modestin. *l. obligamur* 52. *hoc tit.* sed minus accurata. Confundit enim eo loco Modestinus causas remotiores cum propinquis: nimirum causas juris & facti; causas, propter quas obligatio constituitur, cum jure, quod obligationem constituit, aut confirmat. Plura etiam vitia istius divisionis alij observarunt. Ego singula ad amussim examinare nolim: nam pinguius aliquando disputant Iurisconsulti.

De iis, quæ ex contractu] Quid sit contractus, intelligi non potest, nisi prius in genere constet, quid sit conventio: est enim contractus species conventionis, *l.* 1. § 3. *l.* 7. *de pact.* Conventio seu pactio (idem enim hæc duo, & item pactum in genere sumptum, valent) est duorum vel plurium in idem, placitum & consensus, definitore Vlpiano *d. l.* 1. §. 2. *de pact. l.* 3. *de pollic.* In idem, id est, id eandem rem, in hoc, ut aliquid fiat, aut non
5 fiat, prout placuit. Conventionum duæ sunt species: aut enim ex publica causa fiunt, aut ex privata, *l.* 5. *de pact.* De publicis tractare non est hujus loci. Privata conventio aut nuda est aut non nuda, *d. l.* 7. §. 1. 2. & 4. *de pact. l.* 10. *God. eod. l.* 15. *de præscr. verb.* Non nudam conventionem Doctores vulgo vestitam & pactum vestitum appellant, verbo magis quam sensu inconcinno.
6 Nuda conventio est, quæ in nudis placiti & conventionis finibus stat, nec certum nomen habens, nec ullam obligandi causam præter conventionem, *d. l.* 7. §. 1. 2. & 4. *de pact. l.* 27. *C. de locat.* in libris nostris etiam pactum simpliciter & passim appellatur, *d. l.* 7 § 4 & *seqq. l.* 10. *C. eod. l.* 15. *de præscr. verb. l. l.* 27. *C. de locat. l.* 1. *Cod. de pact. conv. l.* 5. *C. de contr. stipul. l.* 5 §. 2. *de solut.* Appellatur pactum nudum, quia solum pactum est, nihil amplius, *l.* 23. *Cod. de pign.* nimirum eadem translatione, qua nudam vocem, nudam voluntatem nudum consensum, nudam proprietatem, &c. dicimus. Græcis ψιλὸν συμφωνον. Quod definiunt, ἰσυγκ μὴ περιγραφὴν δὲ τινι, ἀλλὰ μόνον συνθήκην δόξαν. Hæc conventio eam vim obligandi jure civili Romanorum non habet, ut ex ea actio detur, *d. l.* 7. § 4. & *seq. l. divisionis* 45. *depact. l.* 8. *l.* 15. *de præscr. verb. l.* 10. *l.* 10. *l.* 21. *l. si certis* 28. *C. de pact. leg. sive apud* 28. *C. de transact. l.* 3. *de rer. permut. cum similibus.* Imo proverbij vice olim iactatum fuisse, *ex pacto actionem non nasci*, indicant Impp. in *d. l.* 10. *C. depact.* & *d. l.* 1. *C. de pact. conv. tam sup. dot.* & *ideo omnibus pactis stipulatio subiici debet, ut ex stipulatu actio nasci possit*, ut ait Paul. 2. *sent.* 22. §. *ult.* Cæterum quæ pacta liberationis causa interposita sunt, jure prætorio exceptionem pariunt, *d. l.* 7. § 4. & *seqq. l.* 13. *d. l.* 18. *C. eod.* &c. Nimirum conditores juris Romani hujusmodi conventionibus vim coactricem subtraxerunt, ut sola paciscentium fide staretur, honestius atque ad excitandum virtutis studium conducibilius esse existimantes, quædam relinquere hominum inter se spontaneæ fidei & probitati, quam omnia vinculis legum & necessitato adstringere. Quo pertinet locus Cornificij *lib.* 2. *ad Herenn. Pacta sunt, quæ sine legibus observantur ex conventione: quæ etiam juri præstare dicuntur.* Cui similis est apud Ciceronem *lib.* 2. *de invent.* Et explodendi, ut ἀπολίτους, qui negant, potestatem civilem constituere posse, ut non nisi sub certo modo & forma obligatio ex consensu nascatur. Qua de re uberius disserimus in tractatu de pactis, quem nuper edidimus, *c.* 5. & 6. ubi etiam nova opinionum circa hoc argumentum monstra profligamus. Excipiuntur ex hoc genere pacta duo, 7
quæ obligationem & actionem pariunt: primum illa, quæ manente simplici forma conventionis specialim ad efficaciam obligationis sunt confirmata vel jure civili, quæ pacta dicuntur legitima, *l.* 6. *de pact.* quale est v. c. pactum donationis; *l. si quis* 35. *C. de donat.* item quo dos constituitur; ut *l. e. C. de et. prom.* vel jure prætorio, ut constitutum, & conventio de pignore, *l.* 1. & *passim*, *de pec. const. l. si tibi* 17. §. 2. *de pact. l.* 1. *de pign. act.* Deinde & pacta bonæ fidei contractibus incontinenti adjecta, quæ his contractibus tanquam pars eorum inesse creduntur, *l.* 7. §. 5. *de pact. l.* 13. *C. eod.* Unde etiam ex hujusmodi pacto actio ejus contractus, cujus in continenti interpositum est, competit, *l. fundi* 79. *de contr. empt. l.* 6. §. 1. *de act.*

empt. l. 11. *C. de pact.* Cæterum hæc res non una indiget cautione & distinctione. Primum enim non quævis pacta huc pertinent, sed ea duntaxat, quæ sunt κατὰ φύσιν τοῦ συναλλάγματος, secundum naturam contractus, aut quæ aliqua saltem ratione præstationes contractus, cui adiiciuntur, tangunt, aut contractum promovent, *d. leg.* 7. §. *quinimo*, & *seq. de pact.* & *ibi comm. DD. leg. pacta* 72. *de contr. empt.* Unde Iason ait, pactum, quod est contra naturam contractus, non vestiri cohærentia contractus. Deinde nec omnium contractuum hoc commune est, ut pacta, quantumvis ex continenti adjecta, contractibus insint & actionem pariant: sed proprium contractuum bonæ fidei: neque tamen omnium ex æquo, sed maxime eorum, qui solo consensu itidem, ut pacta, constant, ut emptio, locatio, &c. quorum etiam contractuum exempla fere in hac disputatione proferuntur, ut videre est plerisque locis modo citatis. Qui autem contractus, cum sint bonæ fidei, solo consensu non consistunt, sed re perficiuntur, ut commodatum, depositum, iis pacta, quorum substantia in solo consensu, tam facile inesse, & incorporari, ut sic loquar, non possunt: nec alia exempla pactorum, quæ hujusmodi contractibus insint, occurrunt, quam quæ de dolo, culpa aut casibus fortuitis præstandis interponuntur, *l.* 5. §. *interdum* 10. *commod. leg.* 1. §. *sæpe* 35. *depos. leg.* 23. *de reg. iur.* præter exemplum de præstatione usurarum in depositio irregulari, 8 *leg. Lucius* 24. & 2. *seqq. depos. disp.* Quod attinet ad contractus stricti juris, Bachov. ad Treutl. *disp. de pact. thes.* 10. putat, distinguendum inter contractus, qui re fiunt, ut mutuum, & qui verbis, ut stipulatio. Pacta mutuo adjecta ad obligandum & agendum non prodesse, propterea quod re obligatio contrahi non potest ultra id, quod datum est, *leg. si tibi* 17. *in pr. de pacto, leg.* 11. §. 1. *de reb. cred.* adhæc nullas in mutuo esse præstationes doli aut culpæ, & si qua de his pactio fiat, eam esse extra naturam contractus: denique ob eandem causam, & quia præterea stricti judicij est, nec usuras ex mutuo citra stipulationem exigi posse, *leg.* 3. *Cod. de usur.* Quod autem quibusdam casibus usuræ pecuniæ creditæ, aut frumenti vel hordei mutuo dati accessio ex nudo pacto debetur & peti potest, *leg. etiam* 30. *de usur. l.* 5. & *l.* 7. *de naut. fæn. leg.* 12. *Cod. de usur.* id non ex eo fieri, quod in continenti hæc pacta adiecta sint, & proinde mutuo insint, sed quia speciatim & nominatim jure civili confirmata sunt: esse enim pacta legitima. Stipularionis vero diversam causam esse: licet enim & ipsa contractus sit stricti juris, & ideo non facile extensionem recipiat, tamen quia verbis perficitur, magnamque in eo cum pactis affinitatem habet, *d. l.* 7. §. *quod fere* 12. *de pact.* facilius admissum esse, ut pacta in continenti facta stipulationibus contineri iisque inesse intelligerentur, *arg. l. lecta* 40. *de rebus cred.* nec obstare *l. quicquid* 99. *de verb. obl.* nam quod pacto stipulationi statim subjecta placuit, id perinde habendum, ac si verbis stipulationis expressum esset. Quæ licet probabiliter à Bachovio disputentur, veriori tamen mihi videtur sententia Cujacij, Busij, in *d. l.* 7. Donelli, in *d. l. lecta*, & in *l.* 13. *C. de pact.* qui etiam stipulationem hinc removent. Neque enim frustra est, quod ubi pro regula traditur, pacta in continenti facta ex parte actoris inesse, nominatim additur *in bonæ fidei judiciis*, *d. l.* 7. §. *quinimo*, *d. l.* 12. *de pact.* Quorsum enim hæc adjectio *in bonæ fidei judiciis*, nisi ut intelligamus, in strictis judiciis non idem juris esse. Sic cum dicitur, in bonæ fidei contractibus usuras ex mora deberi; *l. mora* 32. §. 2. *de usur.* hoc significatur deberi in bonæ fidei, non in stricti juris judiciis, *leg.* 3. *Cod. de usur.* Similiter cum dicitur, exceptiones inesse bonæ fidei judiciis; *l.* 3. *de rescind. vend.* hoc dici intelligimus, in his solum inesse, non etiam in strictis judiciis: nam in strictis non veniunt exceptiones nisi nominatim contestatæ, *l.* 9. *l. ult. C. de except.* Et certe ineptum esset ac supervacuum, de bonæ fidei judiciis nominatim addere, si pacta in continenti facta pariter inessent omnibus contractibus, quibus subiiciuntur. Nec ullum in libris nostris locum reperio, quo probari possit, pactum stipulationi appositum actionem parere, aut legem stipulationi dare, actionemve ex stipulatu formare, ita stipulationi inesse, ut ad id quod pacto comprehensum est, ex stipulatu agi possit; pactum augere, informare, extendere verborum obligationem. Paulus autem in *d. l. lecta*, cum pactum subjectum stipulationi inesse dicit, non significat, id actionem parere cum in casu illic proposito non id pacto agatur, ut quid detur, quod prius dari non debuit; sed ut de eo, quod datum oportuit, aliquid remittatur: quale pactum ex parte creditoris valere ad agendum natura sua non potest. Alij nec mutuum hinc removendum putant, quorum sententiam late tuetur Gœd. *de cont. stipul. cap.* 8. *conclus.* 2. Nos fusius hæc exequimur in eo, quem modo dicebamus, tractatu de pactis, *c.* 9. & *seq.* Conventio non nuda sive vestita est; quæ puri placiti fines egreditur: quod ex duabus notis cognoscitur, si proprium nomen sortita est, vel si prætor conventionem alia obligandi causa subsit, id est, si negotium civile gestum sit, *d. l.* 7. §. 2. *de pact.* Hæc conventionis species uno verbo appellatur contractus. Et igitur contractum sic definio; Contractus est conventio habens nomen speciale, aut eo deficiente civilem obligandi causam. Definitio tantum

9 non

non iisdem verbis proposita *d.l.7.§. 1. & 2.* Itaque duo sunt harum conventionum genera: unum earum, quæ speciale nomen habent, ex quo genere sunt emptio venditio, locatio conductio, societas, mandatum, depositum, commodatum, pignus, & similes contractus, qui quod certum nomen habent, dicuntur contractus nominati, & obligationem actionemque certo jure producunt, non utique propter nomen, quod extrinsecum quid est atque accidens, sed propter utilitatem commercij, cujus indicium est, quod certo ac proprio nomine appellantur; vel potius quia hæ conventiones ob frequentiorem usum talem accepere vim ac naturam, quæ etiamsi nihil specialiter dictum sit, ex ipso nomine satis intelligatur, *D. Grot. 2. de jur. bell. & pac. 12. n. 3.* Alterum genus est earum conventionem, quæ nomine quidem proprio carent, sed quibus præter consensum subest causa, ut hoc exprimit Iur sconsultus, *d. l. 7. §. 1.* Et hæ quoque conventiones obligationē & actionem pariunt. Causam definio dationem vel factum certa lege, puta si quid tibi dedi aut feci ea lege, ut vicissim mihi aliquid dares aut faceres, uti & Iurisconsultus *d. l. 7 §. 2.* ipse hoc explicat, & innumeris locis significatur, *l. 5. per. tot. l. 8. l. 15. de præscr. verb. l. 6. l. si pro fundo 33. C. de transact. l. 6. C. de rer. perm. & simil.* alias negotium dicitur, *d. l. 15. de præscr. verb.* & negotium civile, *l. 1. de æstim. act.* id est, tale, quod constituit συνάλλαγμα: unde obligatio & actio civilis; ne quis hic somniet de causa impellente aut finali, quæ paciscentes movit: nam talis causa etiam in nudis pactis est; ut, dabo tibi Stichum, tu mihi Pamphilum: dabo tibi equum, tu mihi insulam facies: dabo tibi partem bonorum ut à lite discedas, *l. 21. C. de pact. l. 28. C. d. de transact.* Videamus autem ne definitio contractus à nobis proposita nimis lata sit. Nam Labeo in *l. 19. de verb. sign.* contractum sic definit, ut dicat, esse ultro citroque obligationem, id est, negotium, unde ultro citroque obligatio nascitur: at nostra definitio etiam ea negotia complectitur, ex quibus unus tantum obligatur, qualia sunt mutuum & stipulatio, quæ Labeo *d. loc.* expressè à contractu distinguit. Sed animadvertendum est, Labeonem eo loco non definire generaliter, quid sit contractus, aut quæ sit propria hujus verbi significatio, sed quid prætor eo verbo significet, cum hæc tria finitimæ significationis in edicto conjungit, actum, contractum, gestum. Nam cum hæc singula per se posita & vi sua generalia sint, apparet, Labeonem ea non ex propria significatione, sed ex sententia prætoris illa conjungentis distinguendo ad certas species referre, verbumque contractus ad eas species traducere contractuum, quæ mutuam obligationem pariunt. Nos vero hoc certo tenebimus, substantiam contractus in eo non consistere, ut ultro citroque obliget; sed non minus propriè si unus tantum alteri, quam si invicem contrahentes inter se ex conventione obligentur, contractam dici obligationem & negotium ipsum appellari & esse contractum: id quod satis ostendit vetus & recepta contractuum divisio *hoc text. & in l. 1. eod.* proposita, *item in l. 1. §. pen. de pact.* Apparet autem ex disputatione Vlpiani, in *d. l. 7. §. 1. 2. de pact.* unde nostra contractus definitio sumpta est, neque pacta legitima, neque ea, quæ contractibus adiiciuntur, contractus esse aut cum contractibus confundenda: sed esse & manere pacta nuda: quamvis enim communem vim obligandi cum contractibus habeant: tamen neque in proprium nomen transeunt, nec causam, cur dare aut facere debeas, ullam habent præter conventionem: utique si per se spectentur, illa sint adminiculo legis, hæc sejuncta à contractu, in quo sunt. Cæterum DD. hæc etiam pacta vestiverunt, alterum vestimento assistentiæ legis, alterum cohærentiæ contractus: quippe qui nuda ea pacta sola appellant, quæ efficaciam obligandi non habent, & in terminis juris gentium manserunt. Quod etsi ratione non careat, tamen veteres omnem conventionem extra contractum, non alio nomine, quam nudi pacti simpliciter appellare solent, etiam quæ obligandi efficaciatem habet, *l. 6 l. 7. §. 5. de pact. l. 10. l. 13. C. eod. l. etiam 30. de usur. l. 12. C. eod. l. 6. C. jur. dot.* Vsu iam pridem receptum esse constat, ut etiam ex nudo & simplici pacto actio detur, ita ut pacti nunc eadem vis sit, quæ stipulationis. Tantum meminerimus, distinguendas esse promissiones serias, meditatas & utiles, ab inconsideratis, temerariis atque inutilibus, cum quis non dispositivè, ut loquuntur, nec serio, sed vel narrativè, vel per jocum & aliud agens aliquid pronuntiat, ut ex illis tantum, non ex his obligatio & actio nascatur. Et hoc etiam jure Canonico satis expressè cautum est *c. 1. & c. 3. x de pact.* & videmus, pleraque etiam alia ad simplicitatem juris gentium hodie reducta. Conanus vir eruditione minimè vulgari præditus existimat, ne jure quidem gentium ex nuda conventione obligationem oriri, *lib. 5. comm. c. 1.* sed ei occurritur à D. Grotio *lib. 2. de jur. belli & pac. c. 11.*

Aut re contrahitur aut verbis, &c.] Τῶν διαλύσεων primæ speciei, id est, earum obligationum, quæ sunt ex contractu sumpta à causis obligationem ex contractu proximè constituentibus: nam contractus quidam re perficiuntur, quidam verbis, quidam literis: id est, obligationem tum demum producunt, cum vel res, vel certa verba, vel scriptura intervenerit: quidam consensu fiunt, id est, præter consensum quomodocumque declaratum ad sui perfectionem nihil desiderant.

Itaque propoſita diviſio non ſic accipienda eſt, quaſi in ea obligationes, quæ conſenſu dicuntur contrahi, opponantur obligationibus, quæ non contrahuntur conſenſu: nullus enim contractus, nullave obligatio ex contractu ſine conſenſu eſſe poteſt, *l.* 1. §. *pen. de pact.* ſed ita, ut obligationibus, quæ non ſolo conſenſu fiunt, ſed præter conſenſum rem, verba aut literas requirunt, oppoſitam intelligamus eam ſpeciem, quæ ſolo conſenſu contrahitur, nihil amplius ad conſtitutionem obligationis deſiderans, Denominatæ enim ſunt hæ ſpecies ab eo, quod cujuſque proprium eſt, & in unaquaque eminet.

Aut literis] Hanc ſpeciem obligationis videntur veteres comprehendiſſe ſub ea, quæ re contrahitur; quoniam ex literarum obligatione qui agit, pecuniam petit ut mutuam. Certè plurium, quæ ex contractu ſint, illi non meminerunt, quam horum trium, re, verbis, conſenſu, *l.* 1. §. *l.* 4. *hoc tit. l.* 1. § 3. *de pact. l.* 8 §. 1. *de fideiuſſ. l.* 1 § 1. *de novat.* Et tamen hanc obligationem jam tum in uſu fuiſſe conſtat ex *tit. C. de non. num. pec.*

TITULUS XV.

Quibus modis re contrahitur obligatio.

Continuatio. Quando obligatio dicatur re contrahi: & quæ obligationes huc pertineant.

HOc titulo exponitur prima ſpecies obligationum, quæ non ex ſolo conſenſu naſcuntur, ſed demum cum aliquid ad conventionem acceſſit, illæ nimirum, quæ naſcuntur ex contractibus, qui præter conſenſum rei, interventum ad perfectionem ſui requirunt; quæ obligationes ob id re contrahi dicuntur. Quid ſit re obligationem contrahi, nulla certa definitione, ſed exemplis oſtenditur. Rectius feciſſent Compoſitores, ſi primum commoda aliqua definitione rem declaraſſent, ac tum ſingulas enumeraſſent ſpecies: nam utrumque ad genus aliquod & ſpecies ejus generis cognoſcendas eſt neceſſarium. Nunc & inſufficiens videtur enumeratio ſpecierum, & difficilis eſt omiſſarum inveſtigatio. Poteſt autem hæc obligatio ſic deſcribi; Obligatio re contrahitur, cum datum aliquod aut factum ad conſenſum accedens obligationem inducit. Rem enim hic generaliter accipimus, ut & facta comprehendat. Neque vero obligationes illæ ſolæ huc pertinent, quæ ex contractibus nominatis, qui hic memorantur, mutuo, commodato, depoſito, pignore, naſcuntur; ſed etiam quæ ex contractibus innominatis: ex quibus omnibus obligationem non naſci conſtat, niſi datum aliquod aut factum ad conventionem acceſſerit, *l.* 1. §. 2. *de rer. permut. l.* 3. *C. eod. l.* 7. § 2. *de pact. l.* 5. *& paſſ. de præſcr. verb.* diſerteque Paulus *in d. l.* 1. §. 2. *de rer. permut.* hac nota permutationem diſtinguit ab iis contractibus, qui nudo conſenſu perficiuntur, quod in permutatione res tradita demum initium obligationi præbet. Videri tamen poſſunt veteres propriè & in ſpecie tunc obligationem re contrahi dixiſſe, cum res tradita vel in genere vel in ſpecie reddenda eſt: ideoque ſolummodo quatuor illos hujus generis contractus nominatos, quorum id proprium eſt, mutuum, quod id agitur, ut res ejuſdem generis, commodatum depoſitum, pignus, quibus agitur, ut eadem ſpecies reſtituatur, huc retuliſſe, *l.* 1 § 2. *cum* 4. *ſeqq. de obl. & act.* quod & Juſtinianus ſecutus ſit. Conventio reſtituendi titulo & nomine contractus incluſa eſt.

TEXTUS.

Re contrahitur obligatio, veluti mutui datione. Mutui autem datio in iis rebus conſiſtit, quæ pondere, numero, menſurave conſtant; veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, ære, argento, auro, quas res aut numerando, aut metiendo, aut appendendo in hoc damus, ut accipientium fiant. Et quoniam nobis non eadem res, ſed alia ejuſdem naturæ & qualitatis redduntur, inde etiam mutuum appellatum eſt: quia ita à me tibi datur, ut ex meo tuum fiat: & ex eo contractu naſcitur actio, quæ vocatur certi condictio.

NOTÆ.

RE CONTRAHITUR] Ex Cajo *l.* 1. *de. obl. & act.* Re contrahi obligatio dicitur, cum datio aliqua aut factum ad conſenſum accedens obligationem inducit, *l.* 2. §. 3. *de reb. cred. l.* 1. § 2. *de rer. perm. l.* 5. §. 2. *& ſeqq. l.* 8. *in fin. de præſcr. verb.* & propriè, cum res tradita vel in genere, ut in mutuo; vel in ſpecie, ut in commodato, depoſito, pignore, reddenda eſt.

PONDERE, NUMERO, &c.] Quoniam hæ res ita comparatæ ſunt, ut aliæ aliarum vice fungantur, & mutuo tantundem præſtent; quod non item contingit in aliis: quibus ideo in creditum

ire

ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest, *l. 2. §. 1. de reb. cred.*

UT ACCIPIENTIVM FIANT] Beët. *in 2. Top. Quod mutuum datur, ex meo fit accipientis*, &c.

NON EADEM RES, SED ALIÆ] Boët. *d. loc.* Paulus *d. l. 2. Mutuum damus recepturi non eandem speciem, quam dedimus; sed idem genus.*

EIUSDEM NATURÆ ET QUALITATIS] Id est, ejusdem generis & eadem bonitate: & hoc natura mutui continetur, *l. 3. de reb. cred.* Lucæ *c. 6. δανίζετε, ἵνα ἀπολάβητε τὰ ἴσα.*

CERTI CONDICTIO] Mutuum contractus est μονόπλευρος, eum solum obligans, qui mutuum accepit; ac proinde una tantum hinc nascitur actio, quæ appellatur certi condictio. Si stipulatio numerationi adjecta, non ex numeratione sed ex stipulatione nascitur, *l. 6. & 7. de novat.* ejusdem tamen naturæ actio est, idemque nomen obtinet, *inf. tit. prox. in pr. l. 9. l. 24. de reb. cred.*

COMMENTARIVS.

1 *Definitio mutui, ejusque definitionis per partes explicatio.*
2 *Materiæ mutui, & an panes ad numerum mutuo reddi dentur.*
3 *Cur mutui datio duntaxat consistat in rebus consumptibilibus.*
4 *Emendationem D. Salmasii in l. 2. §. 2. de reb. cred. non videri necessariam.*
5 *Forma hujus contractus propria.*
6 *Singularia quæ hic recepta.*
7 *Finis & effectus; tum consequentia.*
8 *Debitorem non prohiberi eandem rem, quam accepit, in specie reddere.*
9 *Commodum æstimationis auctæ, & incommodum deminutæ, ad creditorem pertinere.*
10 *In æstimatione ineunda, si debitor in eam condemnandus, cujus tempus aut loci ratio habeatur*
11 *Speciale esse, quod nummi mutuo accepti etiam in alia forma & materia reddi possunt.*
12 *Aucto aut deminuto nummorum valore eos reddi oportere ea æstimatione, qua est æum solvuntur, secundum comm.*
13 *Esse quidem de natura mutui, ut eadem bonitate res reddantur: de substantia non esse.*
14 *Etymon mutui.*
15 *Duplex ne sit, an una generalis certi condictio.*

1 MVtuum est contractus, quo res, quæ pondere, numero, mensura constant, alicui ita dantur, ut ejus fiant ea lege, ut is quandoque reposcenti creditori tantundem ex eodem genere reddat. Constituitur mutuum non solo ac nudo consensu, sed rem intervenire ac tradi oportet, puta pecuniam numerari &c. quod Paulus sic expressit, *mutuum non potest esse, nisi pecunia profiscatur, l. 2. §. 3. de reb. cred.* Atque in tantum hoc obtinet, ut nec ultra, quam datum est, obligatio contrahi possit, veluti si tibi dederim decem, ut undecim reddas, non amplius quam decem condici poterunt, *l. 11. §. 1. eod. tit. l. si tibi 17. de pact.* Quod si simpliciter convenerit, ut tibi certam pecuniæ summam mutuo darem, hæc conventio mutuum non est, sed nuda pactio, nec nomen, nec συνάλλαγμα habens, ac proinde nec eum, qui se daturum promisit, extra stipulationem jure civili obligat, *per vulgat.* Planè si pecunia apud aliquem iam sit verbi gratia ex causa depositi, potest ea nudi voluntate transferre & converti in causam mutui fictione brevis manus, *l. 9. §. ult. de reb. cred.* In hoc igitur causam efficientem & simul rei gerendæ formam communem cernere licet. Illud notandum, mutuum non semper accipi pro ipso contractu, sed sæpè etiam pro re mutuo data: quod etiam accidit deposito, commodato, pignori.

Quæ pondere, numero, mensura] Materia mutui sunt res, quæ pondere, numero, mensura constant, id est, quæ ex certo pondere, numero, mensura æstimantur, & hoc modo sunt in commercio, ut vinum, oleum frumentum, pecunia numerata. Non 2
autem res omnes, quæ appendi, numerari, &c. possunt: alioqui nihil ferè esset, in quo mutuum non consisteret: aliud scilicet est, pondus, numerum, mensuram habere; aliud, ex pondere, &c. constare. Glossa in *l. 2. §. 1. de reb. cred.* negat, panes ad numerum mutuo dari posse: quod alij contra simpliciter affirmant, sed rectè Bart, in *d. l. 2. §. 1.* sic distinguendum censet, ut si panes limitatam in civitate quantitatem habeant, id est, definitum pondus, possit in his mutuum consistere ad numerum: sin minus, non nisi ad pondus. Ideo autem in his 3
rebus duntaxat mutui datio consistit, *quoniam earum datione possumus in creditum ire, eo quod functionem eandem in genere recipiunt per solutionem, quam in specie*; id est, quoniam hæ res naturæ ita comparatæ sunt, ut aliæ aliarum vice fungantur, ita ut re ejusdem generis soluta, non aliud, sed idem, quod creditum est, videatur redditum: quod secus est in cæteris rebus. Nullæ enim aliæ res tam sunt æqualis æstimationis, ut in suo genere solutæ, aliæ aliarum vice fungantur, & mutuo tantumdem præstent: ideoque si non eadem res, quæ accepta est, sed alia ejusdem generis redderetur, aliud pro alio solveretur; quod non licet invito creditore. Ad hunc modum disputat Paul. in *d. l. 2. §. 1. de reb. cred.* Doctissimus Salmasius *lib. de usur. cap. 1.* textum emendat; & pro *functionem recipiunt*; reponit *suffectionem recipiunt*; ne bis idem, dici videatur, cum idem sit, ut ait, solutio, quod

functi o

functio. In quo, viro clarissimo assentiri non possum. Primum quia functionis verbum latius patet, quam solutionis, & ad omnia refertur, quæ vice mutui tantundem præstant, aut quorum alterum alterius vicem explet, *l. 6. de reb. cred.* etiam ubi nulla intervenit solutio: veluti cum pignoribus fungi dicimur in vicem satisdationis, *l. 7. de prat. stip.* vel noxæ deditione fungi, *l. liber. homo. 37 § 1. ad leg. Aquil. §. 2. inst. de nox. act.* Deinde quia Iurisconsultus ita ut ibi loquitur, loqui non potuit, nisi & quod acceptum in specie redditur, recte dicatur suffici. Sed in his non sunt positæ opes Græciæ. Forma hujus contractus propria consistit in ipsa mutui datione, sive dominij rerum in accipientem translatione. Idque adeo mutui proprium esse creditum est, ut etiam nomen ab eo acceperit, *quod de meo tuum fiat, d. l. 2 § 2. de reb. cred.* Ex hoc autem intelligimus, & eum, qui credit, dominum esse oportere, & eo animo rem tradi accipique, ut is qui accepit, dominus fiat, *d. l. 2 § pen. l. in omnibus 55. l. de obl. & act. iunct. l. si ego 18. §. 1. de reb. cred.* Enimvero si debitorem meum jussero tibi dare pecuniam, aut si inter nos convenerit, ut pecuniam ex mandati causa debitam crediti nomine retineas, obligaberis mihi, quamvis meos nummos non acceperis. Item si lancem tibi vendendam dederim, ut nummis utereris, perinde mihi obligaberis, ac si vendidissem ipse, pretiumque tibi tradidissem. Admissa enim est in his omnibus fictio brevis manus, auctore Vlpiano in *l. 11. & l. 15. de reb. cred.* Quanquam difficilior videtur Africanus in *l. qui negotia 34. mand.* vid. *Duar. tract. 8. ad African.* Illud quoque utilitatis causa receptum, ut si v. c. nummi alieni crediti fuerint, iis bona fide consumptis mutuum confirmetur, & condictio nascatur: & generaliter, ut quod numerandi præstat pecuniæ translatio, hoc ea ab initio non translata, præstet consumptio, *l. 11. in fin. & 2. ll. seqq. l. 19. §. 1. de reb. cred. l. 17 de solut.* Finis est, ut is qui rem mutuo accepit, pro commodo suo ea uti, eamque consumere possit, atque ut aliquanto post rem ex eodem genere, & tantundem (quo æquè bonam quoque intelligimus) creditori reddat, *d. l. 2. in pr. de reb. cred. l. 2 §. 2. de obl. & act.* quod ipsum natura obligationis mutui continetur, licet de eo nihil nominatim convenerit. *l. 3. de reb. cred.* Ad effectum quod attinet, transit rei mutuo datæ dominium in debitorem cum obligatione restituendi rem ejusdem generis. Vnde est, quod rei, quam mutuo accepit, interitu non liberatur, §. 2. *hoc tit. l. 1. §. 4. de obl. & act.* nimirum duplici de causa: tum quia regulare est, ut res pereat suo domino: *l. 9. C. de pign. act.* tum quia mutui debitor, generis debitor est: genus autem nunquam perit, *l. 11. C. si cert. pet.* Creditori hoc nomine acquiritur actio, quæ vocatur certi condictio, *hoc text. in fin.*

Numerando, metiendo, &c.] Quod si v. c. obsignatæ dentur custodiendæ, naturam cujusque corporis imitantur, & tum depositum est.

Vt accipientium fiant] Quæ res mutuo dantur, in hoc dantur, ut accipientis fiant, *l. 1. §. 2. de obl. & act. l. 2. de reb. cred.* Cujus rei ratio est, quia nisi ea lege darentur, ne uti quidem illis liceret, quoniam usus earum sine consumptione planè nullus est.

Non eadem res] In mutuo non hoc agitur, ut res eadem numero, quæ data est, reddatur, sicuti in commodato, deposito, pignore, sed alia ejusdem generis; seu, ut veteres loquuntur, mutuum damus non recepturi eandem speciem, sed idem genus, *d. l. 2. de reb. cred.* alioqui ex causa mutui nulla fieret alienatio. Secundum quod Vlpianus, 8 respondet, non alienari nummos, qui sic dantur, ut restituantur, *l. qui sic 55. de solut.* Quod tamen non eo pertinet, ut non liceat debitori eandem speciem, quæ accepta est, si fortè ea usus non sit, creditori restituere, atque eo modo se liberare, quasi hoc sit contra conventionem, ut putabat Azo: nam totum hoc solius debitoris gratia cautum intelligitur, ut scilicet ille re mutua utatur, si velit: sin autem usus non sit, nihil prohibet, quominus eandem reddat, dum reddat non deteriorem: sic enim vel maxime res ejusdem generis ejusdemque bonitatis redditur, quod solum hujus contractus obligatio exigit, *Ioan. Bart. in d. l. 2. n. 3. Z. s. n. 9. Don. n. 5.* Porro dum res redda- 9 tur ejusdem generis, eademque bonitate, idque suo loco ac tempore, aut alias ante litem contestatam, quantacumque sit præsens æstimatio, debitor liberatur ita ut æstimatio præcedentis temporis in quæstionem non veniat, sed & auctæ commodum & incommodum deminutæ pertineat ad creditorem, per *l. vinum 12. de reb. cred.* quippe æstimatio extra rem est, magisque proficiscitur ex rerum copia aut inopia, quam bonitate. *Don. ad d. l. 3. n. 15. & seq.* At enim æstimatio, quia credita non est, pro re credita invito creditori obtrudi non potest, *arg. l. 2. §. 1. l. 1. de ree. perm. DD. comm in d. l. vinum. Vvesemb. par. de reb. cred. num. 12.* quamvis contrarium usus servet. *Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 1. c. 2. n. 12.* Quod si tamen 10 necesse sit condemnationem fieri in rei peritæ æstimationem, quia forte res præstari non possit, aut commutata præcedentis temporis æstimatio, quam æquum sit actorem consequi in ea incunda tempus litis contestatæ spectandum erit, &, si mora facta sit, quantum æstimatio postea crevit, præstandum, *d. l. vinum l. ult. de cond. tritic. l. quotiens 59. de verb. obl. l. 37. mandat.* Specialem rationem in nummis mutuo acceptis habet, quod

eos

eos necesse non sit reddi in eadem forma aut materia, nisi creditor ex ea re damnum aliquod passurus sit *l. creditorem 99. de solut. arg. l. qua extrinsecus 65. §. 1. de verb. oblig.* Quippe etiam tunc intelligitur idem genus nummorum redditum, cum v. c. pro aureis creditis tot argentei redditi sunt, qui eandem quantitatem efficiunt, puta pro uno aureo, qui valeat decem argenteos, totidem argentei probi & locabiles. Nam nummus non tam ex materia æstimatur, quam ex hominum instituto seu valore imposititio. Id est, in nummi non tam inspicitur corpus, materia, numerus, qualitas, quam potestas, valor, seu æstimatio, *l. 1. de contr. empt.* ut proinde, qui aureum debet, non præcisè corpus hujusmodi debere intelligatur, sed potius ipsius valorem seu potestatem publica lege ei impositam. Sic accipiendum illud Senecæ *6. de benef. c. 5. pecuniam dicuntur reddidisse, quamvis numeravimus pro argenteis aureos, &c.* Cæterum ita demum nummos mutuo acceptos solvere in alia forma aut materia licet, si id fiat sine injuria creditoris: si damnum ex ea re passurus sit creditor, non licet, juxta responsum Pauli *d. l. creditorem 99. de solut.* Atque hinc pendet 12
decisio nobilissimæ quæstionis, si post contractum æstimatio nummorum creverit aut decreverit, utrum in solutione facienda spectare oporteat valorem, quem habebant tempore contractus, an qui nunc est tempore solutionis: intellige si nihil de ea re expressè dictum sit, neque mora intervenerit. Car. Molinæus *tract. de usur. n. 693. & seqq. Hotom. illustr. quæst. 15. Don. ad l. 3. de reb. credd. num. 10. & 11.* contendunt tempus contractus inspiciendum esse, id est, ea æstimatione nummos reddendos, non quæ nunc est, sed quæ initio fuit, cum dabantur. Nimirum nihil illi in pecunia numerata præter æstimationem considerandum putant, totamque nummi bonitatem in hac ipsa æstimatione consistere: ac proinde creditori non facere injuriam, qui eandem æstimationem, quam accepit, reddit: tantum enim reddere eum, quantum accepit, quod ad solutionem mutui sit satis. Itaque secundum horum sententiam, si 100. aurei mutuo dati sint, cum aureus valebat asses 50. reddantur autem, cum singuli valent asses 55; debitor reddens creditori aureos 90. aut in singulos aureos 50. asses reddit, quantum accepit, & liberatur: & vicissim si imminuta sit ad eundem modum aureorum æstimatio, non liberatur, nisi reddat aureos 110. aut in singulos aureos asses 55. Bartolus vero in *l. Paulus. 101. de solut. Bald. in l. res in dotem 42. de iur. dot. Castr. in lib. 3. de reb. cred. & DD. comm.* ut videre est apud *Boer. decis. 327.* contra censent, spectandum esse in proposito tempus solutionis, id est, aucto vel deminuto nummorum valore, ea æstimatione reddi eos oportere, non quæ tunc fuit, cum dabantur, sed quæ nunc est, cum solvuntur, neque aliud statui posse sine creditoris aut debitoris injuria. Quæ sententia, ut mihi videtur, & verior & æquior est. Nam quod contrariæ sententiæ auctores unicum urgent, in nummis non materiæ, sed solius æstimationis impositiciæ atque externæ, quam ob id vulgo extrinsecam nummi bonitatem vocant, rationem duci, nummumque nihil aliud esse, quam quod publicè valet, vereor, ut impliciter verum sit. Vtique enim materia numismatis fundamentum est & causa valoris: quippe qui variatur pro diversitate materiæ: oportetque valorem hunc justa aliqua proportione materiæ respondere: neque in bene constituta repub. nummo ea æstimatio imponi debet, quæ pretium materiæ, ex qua cuditur, superet, aut superet ultra modum expensarum, quæ in signanda pecunia fiunt; quod ad singularum specierum valorem parum addere potest. *Vid. Covar. de vet. coll. numism. cap. 7. num. 7.* Sed hoc ad actus & præstationes privatorum non pertinet. Illud pertinet, quod si dicimus, creditis nummis nihil præter æstimationem eorum creditum intelligi, necessario sequitur, creditorem teneri in alia forma aut materia nummos accipere contra definitionem Pauli in *d. l. 99. de solut.* etiamsi damnum ex eo passurus sit: nam qui recipit quod credidit, nihil habet quod conquerebatur. Sequitur & hoc, si contingat mutari nummorum bonitatem intrinsecam, id est, si valore veteri retento percutiantur novi nummi ex deteriore materia, quam ex qua cusi, qui dati sunt, puta si qui dati sunt, cusi fuerint ex puro auro, postea alij feriantur ex auro minus puro & mixto ex ære, debitorem restituendo tot mixtos & contaminatos, quot ille puros accepit, liberari cum insigni injuria creditoris: & contra interpp. pene omnium doctrinam, qui hoc casu solutionem faciendam esse statuunt ad valorem intrinsecum monetæ, qui currebat tempore contractus, testibus *Gail. 2. obs. 73. n. 6. & 7. Borcholt. de feud. ad cap. un. qua sunt regal. num. 62.* Illud enim maximè in hac disputatione considerandum est, quoniam hic finis nummi principalis est, ut serviat rebus necessariis comparandis, auctore Aristotele *1. Polit. 6.* quod mutata monetæ bonitate sive extrinseca sive intrinseca pretia rerum omnium mutentur, & pro modo auctæ aut imminutæ bonitatis nummorum crescant aut decrescant: quod ipsa docet experientia: eoque facit *l. 2. C. de vet. num. pot. lib 11.* Crescunt rerum pretia, si deterior materia electa, aut manente eadem materia valor auctus sit: decrescunt electu materiæ melioris, aut si eadem bonitate materiæ manente valor imminutus, fuerit. Fallitur enim imperitum vulgus, dum sibi

persuader, ex augmento valoris aurei aliquid sibi lucri accedere. Hoc autem fundamento posito, siquidem neutri contrahentium injuriam fieri volumus, ita definiendum videtur, ut si bonitas monetæ intrinseca mutata sit, tempus contractus, si extrinseca, id est, valor impositicius, tempus solutionis in solutione facienda spectari debeat. Atque ita sæpissimè judicatum est. *Boër. decis. 327. Ann. Robert. lib. 1. rer. jud. c. ult. Mynsi. 4. obs. 1. Gail. d. obs. num. 6. & seqq. Borcholt. d. d. un. quæ sunt regal. num. 58. & seqq. Christin. vol. 3. decis. 1. num. 2. D. Iac. Coren. decis. Cur. supr. Holl. 23.*

13 *Ejusdem naturæ qualitatis*] Id est, ejusdem generis & eadem bonitate. Luc. c. 6. vers. 34. *δανίζουσιν ἵνα ἀπολάβωσι τὰ ἴσα.* Atque horum alterum ut res ejusdem generis reddantur, mutuo essentiale est. *l. 2. de reb. cred.* alterum, ut eadem bonitatem, natura quidem mutui continetur, sed de substantia sive essentia mutui non est, *l. 3. eod.* Itaque prius pacto mutari non potest, quin in alium contractum res abeat. Nam si hoc actum, v. c. ut pro oleo vinum, aut frumentum pro vino redderetur, non mutuum, sed permutatio est, *l. pen. C. de rer. perm.* sive contractus Do ut des, *l. 5. §. 1. de præscr. verb.* Posterius potest salvo manente mutuo ad cujus substantiam hoc solum requiritur, ut debeatur idem genus, *d. l. 2. arg. d. l. 3. junct. d. l. 5. §. 4.* Quæ in contractibus sint substantialia, quæ naturalia, quæ accidentalia, ex communi sententia tradit *Gab. Mudæus tract. de contr. empt. part. 3. num. 13. & seq. Phil. Matth. ad l. 27. de reg. jur. Bellon. 1. supput. c. 5.*

14 *Ut ex meo tuum fiat*] Bella hæc Iurisconsulti in *d. l. 2. §. 2.* allusio est, non vera hujus verbi originatio quod Varro *lib. 4. de Ling. Lat.* à voce Sicula *μοῖτον* deducit; *Si datur*, inquit, *quod reddatur, mutuum est, quod Siculi μοῖτον.* Sed & hoc ipsum videtur esse ex *μοὶ* & *τὸν* pro *μὸν. Grot. Flor. spars.* De quo plura D. Salmasius *lib. de usur. c. 1.* Cave autem credas, quod idem ibidem asserit, in mutuo de meo tuum non fieri: imo nisi de meo tuum fiat, non est mutuum, *d. l. 2. & passim de reb. cred.* sed vid. notata sub *§. ult. sup. quib. alien. lic.* D. Cujac. 11. *obs. 37.* à mutatione potius dictum existimat, quod mutetur hoc genere pecunia, cum pecunia, dum par quantitas accipitur & redditur quo etiam alludere videtur Cic. in epist. quadam ad Q. Metellum his verbis; *Quod autem scrib. pro mutuo inter nos animo, quid tu existimes esse is amicitia mutuum, nescio. Equidem hoc arbitror eum par voluntas accipitur & redditur.* Sed & verbum *mutare* à Siculo *μοιτᾶν* suum fecisse videntur Latini, D. *Salmasius d. loc.*

Quæ vocatur certi condictio] Mutuum contractus est *μονόπλευρος*, ex uno tantum latere obligationem pariens, non ultro citroque: nam is solus ex hoc contractu obligatur, qui mutuum accepit, & adversus hunc mutuanti datur illa actio, quam Justinianus ait vocari certi condictionem. De hac condictione magna est, licet non adeo magni momenti, quæstio, utrum scilicet specialis ea sit, an generalis; id est, utrum condictio certi ex mutuo propriam & distinctam naturam ab aliis certi condictionibus habeat, an sit ejusdem naturæ in genere cum cæteris, & cum his, ex quacumque causa competant, sub communi genere condictionis certi contineant. Prius placet interpretibus Citramontanis, duplicem certi condictionem statuentibus, unam specialem, quæ competat ex causa mutui (addunt aliqui & eam, quæ competit ex causa stipulationis, *inf. de verb. obl. in pr.*) alteram generalem, quæ competat ex causis & obligationibus cæteris, ex quibus certum debetur, quam superiori, ut speciem diversæ naturæ, opponunt *Accurs. Bart. Castr. Iaf. in l. 9. de reb. cred. Cyn. Salic. ad rubr. C. si cert. pet.* Posterius vero Ultramontanis visum est, qui unum duntaxat commune genus certi condictionis agnoscunt, sub quo tamen ea, quæ ex mutuo aut stipulatione, quam quæ ex aliis causis competit, contineatur, & ejusdem naturæ: quæ sententia verior est, per *l. 24. d. reb. cred. l. 5. §. 4. de obl. & act. & d. l. 9. de reb. cred.* qui locus apertè ostendit, in genere unam esse certi condictionem, in quo, quæcumque sit causa petendi, petitio omnis certi conveniat, sive petatur ex mutuo, sive ex stipulatione, sive ex causa legati, sive ex causa furtiva, &c. Quod si pro diversitate causæ agendi, quod medium concludendi Bartolus vocat, condictionem certi distinguere velimus, quod per me licet, tot erunt ejus species statuendæ quot sunt causæ agendi propriæ. Portavit Bartolus, condictionis certi ex mutuo hoc proprium esse, quod in ea instituenda speciali medio concludendi utendum sit, videlicet quia mutuavi: in cæteris vero speciebus, & condictione certi generali sufficere, si dicam me certum petere. Quod falsum est. Utique enim cum, exempli gratia, centum peto ex causa legati, utorque in eo condictione certi, concludere debeo, quia mihi legata, ut actio, speciem futuræ litis demonstret, *arg. l. 3. C. de edend. Zas. ad d. l. 9. de reb. cred. num. 9. & seq. Don. ibid. n. 4. & seq. Gædd. de contr. stipulat. c. 11. conclusion. 1.*

TEXTUS.

1. *Is quoque, qui non debitum accepit, ab eo, qui per errorem solvit, se obligatur, daturque*

daturque agenti contra eum propter repetitionem condictitia actio. Nam perinde ei condici potest, si apparet, eum dare oportere, ac si mutuum accepisset. Vnde pupillus, si ei sine tutoris auctoritate indebitum per errorem datum est, non tenebitur indebiti condictione non magis quam mutui datione. Sed hæc species obligationis non videtur ex contractu consistere; cum is, qui solvendi animo dat, magis voluerit negotium distrahere, quam contrahere.

NOTÆ.

1. PER ERROREM] Rectè *per errorem*: nam qui sciens se non debere solvit, non repetit, *l.* 1. §. 1. *l.* 6. § 3. *de cond. ind.* propterea quod donasse censetur, *l.* 53. *de reg. jur.* Errorem an facti duntaxat intelligere debeamus, an etiam juri, *v. inf. de obl. quæ. q. ex contr.* §. 6.

CONDICTITIA ACTIO] Pro condictione *d.* §. 6. & alibi *leg.* 24. *de reb. cred. l.* 7. *de condict. furt.*

AC SI MUTUUM ACCEPISSET] Quod Cajus sic expressit, *eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus, l.* 5. § 3. *de obl. & act.* Unde Cujac. 8. *obs.* 34. & *par. C. de cond. ind.* solutionem indebiti factam in iis, quæ pondere, numero, &c. constant, promutuum vocat. Quod si aliæ res solvantur, quibus in creditum non itur, promutuum non est: & agendum sola condictione indebiti.

NON TENEBITUR INDEBITI CONDICTIONE] Quemadmodum nec ex mutuo, *l.* 59. *de obl. & act.* nisi solutione factus sit locupletior, *l.* 13. §. *de cond. ind.*

NON VIDETUR EX CONTRACTU] Vid. *inf. de obl. quæ. qua. ex contr.* §. 6.

COMMENTARIVS.

PEr occasionem disputationis de mutuo subjicitur hic aliquid de indebito per errorem soluto, ut ex textu apparet. Habet enim solutio indebiti multa cum mutui datione communia, quæ congessit *Cuiacius* 8. *observ.* 33. Duo hic referuntur, ut statim videbimus. Cæteroquin non est hujus loci proprium, tractare de obligatione eius, qui indebitam pecuniam quasi à debitore accepit: quippe quæ obligatio non est ex vero contractu, sed quasi ex contractu oritur, ut demonstrabitur suo loco. Planè, quis dubitans nominatim hac lege solverit, ut si postea appareret esse indebitum, redderetur, hoc casu magis est, ut ex vero contractu accipiens obligetur.

Re obligatur] Requiritur enim ad hanc obligationem producendam, ut quid solutum, sit sive naturaliter datum & præstitum solutionis causa, tanquam debitum.

Condictitia actio] Id est, condictio indebiti. Actio enim condictitia idem valet, quod condictio, *l. si quis* 24. *de reb. cred. l.* 7. *de cond. ca. dat.* §. 24. & *seq. inf. de act.*

Perinde ac si mutuum] Prima convenientia indebiti soluti cum mutuo ex duabus, quarum hic fit mentio. Sic Cajus in *l.* 5. § 3. *de obl. & act.* scribit, eum qui non debitum accepit, eadem actione teneri, qua debitores creditoribus, ubi debitorum, & creditorum nomen strictè ad mutui duntaxat causam refertur. Enimvero & qui indebitum accepit, & qui mutuum, tenentur quidem eadem actione, quod attinet ad idem actionis genus: uterque enim tenetur condictione certi, cæterum pro causæ petendi diversitate sunt etiam hæ diversæ species condictionis certi, condictio ex mutuo & condictio indebiti: differunt enim mutuum & solutio indebiti ratione obiecti: siquidem mutuum earum tantum rerum est, quæ pondere, numero, mensura constant: solvi autem per errorem quasi debita etiam quævis alia possunt; & soluta condici, quibus in creditum non itur. Quamobrem non satis causæ video, cur solutionem indebiti pro *mutuum* Cujac. vocet.

Unde pupillus, &c.] Altera Indebiti soluti cum mutuo similitudo. Ut pupillus mutuam pecuniam sine tutoris auctoritate accipiendo non obligatur, *leg* 59. *de obl. & act.* ita nec accipiendo pecuniam indebitam; nisi solutione factus sit locupletior, *l.* 13. §. 1. *de cond. ind.* quod generale est, *l.* 5. *de auct. tut. l.* 4. §. 4. *de dol. exc.*

Non videtur ex contractu] Ideoque melius à Gajo collocatur in earum classe, quæ quasi ex contractu nascuntur, *l.* 5. § 3. *de obl. & act.* Sed & à Justiniano ob hanc causam infra in eodem ordine reperta est, *t.* 28. *huius lib.* ubi nos etiam accuratius de ea disputamus.

TEXTUS.

2. *Item is, cui res aliqua utenda datur, id est, commodatur, re obligatur, & tenetur commodati actione. Sed is ab eo, qui mutuum accepit, longè distat: namque non ita res datur, ut ejus fiat; & ob id de ea re ipsa restituenda tenetur. Et is quidem qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu amiserit quod accepit, veluti in-*

cendio, ruina, naufragio, aut latronum hostiumve incursu, nihilominus obligatus manet. At is, qui utendum accepit, sanè quidem exactam diligentiam custodienda rei præstare tenetur, nec sufficit ei, tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterat eam rem custodire. Sed propter majorem vim, maioresve casus, non tenetur, si modo non ipsius culpa is casus intervenerit: alioqui si id, quod tibi commodatum est domi peregre tecum ferre malueris, & vel incursu hostium prædonumve, vel naufragio amiseris: dubium non est, quin de restituenda ea re tenearis. Commodata autem res tunc propriè intelligitur, si nulla mercede accepta vel constituta res tibi utenda data est: alioqui mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur. Gratuitum enim debet esse commodatum.

Notæ.

2. ITEM IS, CUI RES, &c.] Ex Cajo. *l.* 1. §. 3. *de obl. & act.*

ID EST, COMMODATUR] Commodare est rem certo modo gratis utendam dare, quod igitur usu consumitur, commodari non potest, nisi fortè ad pompam vel ostentationem, *l.* 3 §. *ult. commod.* quamvis auctores etiam in istiusmodi hoc verbum usurpant, vid. Salmas. *c.* 7. *de usur.* nec commodatum est, si merces intervenerit, sed locatio, *h.* §. *in fin.* nec si res utenda data simpliciter, sed precarium, quod statim revocari potest, secus ac iuris est in commodato, *l.* 1. & 2. *de prec.* junct. *l.* 17. §. 3. *commod.*

COMMODATI ACTIONE] Directa scil. contrariam de indemnitate sua habet commodatarius, *l.* 18. §. 2. & *seqq. eod.*

RE IPSA RESTITUENDA] Quoniam qui commodato dat, rei proprietatem retinet, *l.* 8. & 9. *commod.* qui mutuo, rem facit accipientis.

QUI MUTUUM ACCEPIT, SI FORTUITO CASU, &c. Tum quia res regulariter perit suo domino, *l.* 9. *C. de pign. act.* tam quia mutui debitor, generis debitor est, quod perire non potest *l.* 11. *C. sicert. pet.* nam genus non est quid materiale, sed intellectuale, quod passionem non recipit.

EXACTAM DILIGENTIAM] id est, *exactissimam*, *l.* 1 §. 4 *de obl. & act.* *quale quisque diligentissimus paterfam. suis rebus adhibet*, *l.* 18. *commod.* nimirum quia commodatum solam continet utilitatem eius cui commodatur; consequens est distinctioni *l.* 5. §. 2. *d. t.* ut & culpam præstet & diligentiam: quod & eodem loco expressum est. Diligentiæ autem verbo nostri ferè utuntur cum loquuntur de levissima culpa, *l.* 3. *de per. rei vend. l.* 23. *de reg. iur. l.* 47. §. *pen. de leg.* 1.

NEC SUFFICIT, &c.] QUANTAM SUIS REBUS] Hæc est media diligentia, quæ opponitur culpæ levi, id est, cum quis in eo peccat, quod diligens paterfamilias vitare solet, *leg.* 72. *pro soc. l.* 17. *de iur. dot. l.* 1. *de tut. & rat. distr.* exemp. *in leg.* 11. *de per. rei vend. l.* 31. *ad leg. Aq.*

MODO ALIUS DILIGENTIOR] Continet hic locus descriptionem diligentiæ summæ, cui opponitur culpa levissima, id est, cum quis alias mediocriter diligens, in eo peccat, quod vir diligentissimus vitare potuisset. In summa commodatarius præstat & dolum & omnem culpam: excipe species in *d. l.* 5. §. 10. & *d. l.* 18. *in fin. præc. commodat.*

MAIORESVE CASUS NON TENETUR] Casus fortuiti nullo judicio præstantur, *l.* 23. *de reg. iur. l.* 6. *de pign. act.* nisi debitor periculum in se ultro susceperit, *d. l.* 23. *l.* 1. §. 35. *depos. l.* 1. *C. eod.* aut culpa morave casum præcesserit, *l.* 18. *commod. l.* 1. §. 4. *de obl. & act. l.* 23. *l.* 82. §. 1. *l.* 91. §. 3. *de verb. obl.*

NULLA MERCEDE] Commodare enim officii est & humanitatis, *l.* 17. §. 3. *commod.* Petroni *Sive ergo nobis vendis, quod peto, mercator paratus est: sive quod humanius est, commodas, effice, ut beneficium debeam.* Mercede interveniente tollitur beneficium, tollitur gratia, quæ sunt vincula amicitiæ, *l.* 1. §. *ult. mand.*

COMMENTARIVS.

1 *Quid si commodare, & quid commodatum differat a precario.*
2 *Contractuum quosdam esse μιγνυμένους quosdam δικαίους alios medii generis.*
3 *Notatur duplex differentia inter commodatum & mutuum.*
4 *Dolum in omnibus contractibus præstari: casum fortuitum in nullo, & quid utrumque: tum in periculi nomine semper casus veniat.*
5 *Inter casus fortuitos non numerari, qui cum culpa coniuncti esse solent & qui est casus.*
6 *Quibus ex causis cesset regula de casibus fortuitis non præstandis.*
7 *Culpa quid & quotuplex: plenius quam vulgo.*
8 *Quid culpa lata, qua & dolo proxima.*
9 *Quid culpa levis.*
10 *Quid levissima, ubi & alia minus trita.*

11 *Latam*

11 *Latam culpam non minus quam dolum in omnibus contractibus præstari, reiecta Zasii distinctione.*

12 *Qui contractus dolum duntaxat recipiant: qui vero & culpam. Tum in quibus negotiis etiam officii debitor culpam præstet, & diligentiam.*

13 *Positivos, exactus, diligens, sæpe pro superlativis, exactissimus, diligentissimus, in hac disputatione poni, & contra.*

14 *Consectaria ex textu deducta.*

15 *Quando culpa à commodatario abesse intelligatur.*

16 *Commodatum proprie nullum nisi gratuitum.*

SEcunda species obligationis, quæ re contrahitur, ex quatuor, quæ hoc tit. recensentur, est
1 obligatio commodati. Commodare est rem alicui gratis certo modo utendam dare. Est rem utendam dare; proinde non tantum res mobilis, sed etiam soli commodari potest, veluti fundus, ædes: nam & habitationem commodari posse placuit, *l.* 1. § 1. *commod. l.* 17. *in pr. de præscript. verb.* Quod autem utendum datur, ejus rei non dominium transfertur, sed usus tantum accipienti ad tempus conceditur salva rei substantia. Ex quo intelligimus, id quod usu consumitur, commodari non posse, nisi forte dici causa ad pompam vel ostentationem, *l.* 3. §. *ult. l.* 4. *commod.* Quamquam auctores aliquando etiam in istiusmodi rebus hoc verbum usurpant, pro mutuo dare scilicet. Cicero *Verrin.* 5. *commodasti tritici modios sexaginta.* Ut & mutuari pro commodato accipere. *D. Salmas. cap.* 7. *de usur.* Deinde etiam hoc, commodatarium eam ipsam rem, quam accepit, finito usu restituere debere. Adjecimus *gratis*, quia nisi gratuito res utenda concedatur, commodatum non est, sed aliud genus contractus, *hoc text. in fin.* Denique consulto addimus, *certo modo*, ut hac nota commodatum (quod quidem etiam sic dictum putant, quasi cum modo datum) discerneremus à precario, quo quidem & ipso res utenda datur & gratis, sed simpliciter, non ad certum usum: cujus rei hic effectus est, ut precarium statim, cum videtur, revocare liceat etiam tunc cum ad certum tempus datum est: commodatum non licear, nisi finito tempore utendi præscripto, *l.* 1. *l.* 2. *l.* 12. *de precar. iunct. l. in commodato* 17. §. 3. *commod.* Et quia precarium nusquam transit in necessitatem obligationis, inde est, quod nec ulla jure civili eo nomine actio est, sed interdictum de precario introductum, *l.* 14 *de precar. l.* 14. §. 11. *de furt.* quod tamen cessat, cum quis de re sibi restituenda cautum habet, *l.* 15. §. 3. *de precar.* & tunc ager precario dans vel ex stipulata, si stipulatione sibi caverit; vel præscriptis verbis, si pacto, *l.* 2. §. 2. *l.* 19. §. *ult. eod.* ubi vocatur condictio incerti, quia condicitur possessio rei precario rogatæ, *vid. l.* 15. §. 1. *qui exceptionem* 40. §. 1. *de condict. indeb.* Plane ipse commodatarius quovis tempore rem reddere potest; quippe cui licet non uti, & beneficio renuntiare.

Re obligatur] Commodare non est convenire de re utenda danda, quod nudum pactum est, sed utendam dare & tradere: unde satis intelligitur, si qua hic contrahitur obligatio, eam non solo consensu contrahi, sed re, *l.* 1. §. 3. *de obl. & act.*

Commodati actione] Directa scilicet. Potest enim ex hoc contractu etiam commodatario actio quæri adversus commodantem, quæ contraria dicitur, sicut in deposito quoque & pignore usu venit, item in mandato, negotiis gestis, tutela, de quibus infr. suis locis. Nimirum quod hic notandum est, contractuum quidam sunt μονόπλευροι, qui ex uno tantum latere obligant, quidam διπλεύρους, qui ultro citroque, quidam mediæ inter hæc genera naturæ, ex quibus nec semper unus nec semper uterque obligatur: quamvis & hi inter διπλεύρους numerentur, *sup. tit. de auct. tut. in princ.* Primi generis sunt mutuum & stipulatio, quorum ea natura est, ut & ab initio ex uno tantum latere obligent, eum scilicet, qui accepit aut promisit, nec ex postfacto conditionem mutent. Secundi generis sunt emptio, locatio, societas, ex quibus statim mutua nascitur obligatio. Estque in his per utriusque contrahentis in obligatione constituenda ratio. Intermedii generis sunt commodatum, depositum, pignus: qui contractus natura comparati sunt, ad unum duntaxat obligandum: eum qui accepit videlicet: ut liquet ex fine principali contrahentium: neque ab initio eandem itidem obligant; sed fit tamen in his sæpe ex postfacto & accidenti, ut contra ille quoque, qui dedit; accipienti obligetur, veluti si accipiens in rem acceptam necessarias impensas fecerit, aut per causam rei damnum passus sit, quas impensas refundi damnumque ei sarciri æquum est, *l. in commodato* 17. §. 3. *l. in rebus* 18. §. 2. *l. pen. commod. l. si servus* 31. *de pign. act. l.* 5. *depos.* Atque hinc actiones, quibus commodatarius, depositarius, creditor pignoratitius tenentur, ut scilicet rem, quam acceperunt, restituant, nomen directarum acceperunt quæ vero ex contrario ipsis accommodantur de indemnitate eorum adversus commodantem, deponentem debitorem, contrariæ dictæ sunt. Unde *tit. commodati vel contra, depositi vel contra*, &c. Contrariæ actiones præter peculiariam commendationem ejus, quod agenti abest, nihil habent: quoniam in his de perfidia non agitur, sed tantum de indemnitate actoris; unde nec in litem in has juratur, nec damnatus

ex nulla causa sit infamis, *l. 5. depositi. l. 6. in fin. de his qui notant. infam. § penult. infr. de pœn. temere, litigant.*

3 *Ab eo qui mutuum accepit.*] Notantur in Gajo *l. 1. §. 4. de obl. & act.* quæ differentiæ inter mutuum & commodatum. Quarum prima est, quod is qui mutuum dat, rem facit accipientis: is vero qui dat commodato, proprietatem rei retineat, *l. 8 & seq. commod.* cui proinde eadem res in specie seu eadem eodem numero finito usu restituēda sit. Altera, quod is qui mutuum accepit, fortuita amissione ejus quod accepit, non liberetur; cujus rei ratio sub *princ. hujus tit.* indicata est: commodatarius vero liberetur, si res sine facto ejus perierit exemplo cæterorum debitorum qui speciem aliquam debent, *l. 5. de reb. cred. si ex legati 23. de verb. obl.*

Sane quidem exactam diligentiam] Si res alienæ vel aliis debitæ peremptæ, deperditæ, aut deteriores apud nos factæ fuerint, quæritur, non in commodato tantum, sed in omnibus fere contractibus & negotiis, ad cujus id damnum pertineat. Quæstio diffusa & perquam difficilis, cujus sedes in π est *l. contractus 23. de reg. iur. l. 5 §. 2 commod.* In Institutis hoc potissimum loco tractatur. De eo inter omnes convenit, aliud in proposito statuendum esse, si dolo malo, aliud si culpa debitoris, aliud si casu fortuito quid eorum, quæ diximus contigerit. De dolo & casu facilis præceptio est, culpæ difficilior explicatio. Dolus est machinatio consulto ad nocendum alteri adhibita, *l. 1 §. 2. de dol. mal.* Eum omnes contractus recipiunt sive quod idem valet, in omni contractu dolus præstatur, *d. l. 5. §. 2. commod. d. l. 23 de reg. iur.* Cujus definitionis hæc sententia est; Quicquid quovis in contractu dolo malo factum est à debitore, quo res periret, deterior fieret, aut deperderetur, detrimentum esse debitoris, perindeque eum teneri ac si nihil eorum accidisset. Adeo autem in omni judicio dolus præstatur, ut nec conventione contrarium effici possit, videlicet ne dolus præstetur, cum talis conventio sit contra bonos mores, inviteque ad delinquendum, *d. l. 23. de reg. jur. l. 1. § illud 7. depos. l. si unus 27. §. 3. & 4. de pact.* Plane de præterito dolo paciscī licet, & actionem quæsitam remittere, *l. 7. §. si paciscar 14. d. l. 27. §. 4. de pact.* Casus fortuiti contraria definitio est: nam ut dolus ab omnibus & in omnibus judiciis præstatur, ita contra casus fortuiti nullo judicio & à nemine præstari dicuntur, *d. l. 23. de reg. iur. in fin. l. 6. Cod. de pign. act.* ubi verba illa, *in nullo bonæ fidei judicio*, adjecta non sunt ad excludenda judicia stricti juris, per *leg. 23. de verb. obl. leg. 5. de reb. cred.* sed addita propter eos contractus bonæ fidei, in quibus solius debitoris utilitas versatur, cujus generis est commodatum, nam si hic non præstatur casus, multo minus illic præstari debet, ubi solius creditoris commodum vertitur, quantumvis contractus sit stricti juris, ut bene *Don. ad d. l. 6. num. 21.* Casum fortuitum definimus omne, quod humano captu prævideri non potest, aut cui præviso non potest resisti, *l. in rebus 18. commod. l. ex conducto 15. §. 2. locat. d. l. 6. Cod. de pignor. act.* Alio generali nomine casus & vis major dicitur, *l. 13. in fin. de pign. act. l. si merces 25. §. vis major 6. locat. l. 1. §. 4. de obl. & act.* item fatum & damnum fatale, *l. 16. de rei vend. l. 5. §. 4. commod. l. 3 §. 1. naut. caup. stab. leg. 2. in fin. de peric. & commod. rei vend. cum simil.* Qui vero periculum dicit, is quidem plerumque etiam casum fortuitum intelligit, *leg. 4. leg. 11. de reb. cred. l. 17. §. 1. 2. pen. de præscr. verb. l. 12. & 2. seq. de peric. & comm. l. C. commod. l. 9. C de pign. act.* Sed non semper. Nam interdum etiam periculo nostro res esse dicitur, in qua culpam præstare & maxime levissimam nos oportet, non etiam casum improvisum, *l. 13. §. 1. de lib. ea leg. qui mercedem 40. locat. l. non ob eam 25. pro soc. l. 14. §. qualis 16. de furt. l. 1 §. sæpe 35. depos. leg 3. pr. naut. caup. stab.* & passim hæ phrases occurrunt, *periculum custodiæ subire, periculo culpæ vel negligentiæ subiici, adstringi illigari, l. un. §. 4. furt. ad naut. leg. tutores 39. §. tutores 12. & 1. seq. de adm. tut. d. leg 1. §. sæpe depos.* Sed & appellatione casus interdum negligentia significatur. Cujus scribens ad legem duodecim tabb. *casu* inquit, id est negligentia, *l. 6. de incend. ruin. naufr.* quæ interpretatio confirmatur, *leg. capitalium 28. §. incendiarii 11. vers. nam fortuita, de pœn.* & ita capē *leg. 5. §. 2. leg. 11. §. 2. eod.* Casus fortuiti varii sunt veluti à vi ventorum, turbinum, pluviarum, grandinum, fulminum, æstus, frigoris, & similium calamitatum, quæ cœlitus immittuntur. Nostri vim divinam dixerunt, Græci θεῖα βίαν *l. si merces 25. §. vis major. locat.* item naufragia, aquarum inundationes, incendia, mortes animalium, ruinæ ædium, fundorum chasmata, incursus hostium, prædonum impetus, &c. fugæ servorum, qui custodiri non solent. Quæ species passim occurrunt, *d. l. 23. de reg. iur. d. l. 5. § 4. l. 18. commod. l. 15. § 2. locat. d. l. 3. §. 1. naut. caup. stab.* His adde damna omnia à privatis illata, quæ quominus inferrentur, nulla cura caveri potuit, *leg. ad eos 19. commod. leg. si ea 31. de act. ampt. l. de damno 41. locat.* Ad casus autem fortuitos non sunt referendi illi casus, qui cum culpa conjuncti esse solent: cujusmodi sunt furta *leg. cum duobus 52. §. 3. pro soc. leg. 14. §. 1. de peric. & comm.* item incendia intrinsecus orta, *leg. 3. §. 1. de off. præf. vig. l. 11. de peric. & comm. rei vend.* Quamobrem qui rem furto amissam, vel incendio,

dio, verbi causa servorum negligentia orto, consumptam dicit, is diligentiam suam probare debet. Quod vero incendium in alienis ædibus obortum occupat ædes vicinas, aut quod fulmine excitatur, aut à grassatoribus vel incendiariis immittitur, id inter casus fortuitos numerari debet, *vid. Gail. 2. obs. 21. Sande lib. 3. tit. 6. num. 9. Fachin. 1. contr. 87. Don. ad leg. 6. Cod. de pignor. act. num. 6. & 3. seqq. Sichard. ibid. num. 4. Moller. 4. semestr. 31. D. Tuld. in comm. ad tit. de leg.*
6 *Aquil. cap. 8.* Porro regula de casibus fortuitis non præstandis proposita, certa & perpetua est: ubi nihil amplius debitori obiicitur, quam casus fortuitus: cessat autem si aut mora casum præcesserit, aut debitor rei periculum in se ultro susceperit. Etenim moræ intervenientis hic effectus est, ut obligatio perpetuetur. Quod hanc habet sententiam; Si res debita post moram à debitore factam perierit, ipsius id detrimentum esse, perindeque eum perpetuo teneri, ac si res adhuc extaret, *leg. 23. de verb. oblig. l. nemo 82. §. 1. l. si servum 91. §. 3. eod. add. Christin. vol. 2. decis. 117.* Conventio quoque in negotio gerendo interposita de casu præstando facit, ut debitorem damna fatalia sequantur, *leg. 1. §. sæpe 35. depos. l. 23. de reg. iur. leg. 1. Ced. depos.* Medium inter duo illa extrema, dolum & casum fortuitum, culpa est. Hæc neque unius est generis, neque quævis à quovis debitore præstatur. Proinde quæstio de præstatione culpæ huc redit, primum ut norimus, quid sit culpa, & quotuplex; tum quæ culpæ species quibus in contractibus præstentur. Culpam definio omne factum
7 inconsultum, quo nocetur alteri injuria. Facti nomine etiam quod omissum neglectumve est, intelligimus: nam & non facere, quod facere oportet, culpa est, *l. si servum 91. pr. de verb. oblig.* sicut è contrario & negligentiæ adscribitur, quod temere & inconsulte quis agit. Dicimus *factum inconsultum*, ut culpam secernamus tum à dolo, tum à casu fortuito. A dolo, quia dolus non est sine consilio & proposito nocendi, culpa est ἀπροαιρέτως. A casu fortuito, quia quod inconsiderate & per negligentiam fit, humanitus vitari & prudenti ac diligenti consilio caveri potest; unde culpa alio nomine negligentia dicitur, *§. seq. hoc tit. l. 1. §. is quoque 5. de obl. & act. l. socius socio 72. pro soc. leg. cedere diem 213. §. ult. de verb. sign.* Græcis ἀμέλεια. Damna autem fatalia nec consilio se regi patiuntur, nec humana prudentia averti possunt. Addimus *injuria*; nam quod jure permittente fit, non magis delictum est, quam id factum quod alij non nocet, *leg. Gracchus, C. ad leg. Iul. de adult.* Species culpæ quod sint, & quid singulæ, in libris juris, quos habemus, ex professo traditum aut explicatum non est: meminerunt tamen prudentes culpæ latæ, item levis, & levissimæ. Quamobrem tres hasce culpæ species, aut si mavis gradus, faciemus iisdem appellationibus inter se distinctas, latam, levem, levissimam: nam & ex adverso tot sunt species seu gradus diligentiæ. Est enim diligentia quædam minima seu infima; est media, μετὰ ἐπιμελείας: est & maxima, quam Græci μεγάλως, item ἄκρως, & ἀκριβῶς appellant. *vid. Scholiast. Harmenop. lib. 6. tit. 2.* Latam culpam è regione opponimus infimo gradui diligentiæ, ut sit omissio 8
ejus diligentiæ, quam omnes homines suis rebus adhibere solent; aut id factum in re aliena, quod nemo admitteret in re propria. Itaque in lata culpa est, qui non prospicit, curat caver, quod omnes, qui modo sensu communi præditi sunt, provident, & intelligunt, se cavere aut curare debere, *dict. leg. cedere diem, §. ultim. leg. lata 223. de verbor. sign. leg. quod Nerva 32. depos. leg. penult. §. secundo, de jure & fact. ign.* veluti si quis noctu ædium ostia aut fenestras, per quas de plano intrari potest, apertas reliquerit; aut si quis rem fidei suæ commissam in loco publico aut eo, quo quivis accedere potest, incustoditam iacere patiatur, credens, neminem venturum qui auferat. Hac eadem culpa peccat, si quis rem, quam vendere debebat, corrumpi passus sit, *leg. mulier 22. §. 3. ad sen. Trebell.* item purator arboris, qui non proclamans ramum deiicit, eoque ictu prætereuntem interficit, *leg. 7. ad leg. Corn. de sicar.* Alia exempla hujus culpæ habes *in libr. 8. §. ultim & libr. 29. §. 3. mand.* In summa, quicunque non facit in re aliena, quod vel minimum diligens homo in sua faceret, hujus culpæ reus est; Dicitur & culpa latior, *dict. leg. 32. depos.* gravior, *leg. homo liber. 54. §. secundo, de acquir. rer. dom.* Item lata, magna, crassa, supina, dissoluta negligentia, *leg. magna 226. de verbor. sign. leg. 7. §. 2. de adm. tut. leg. 7. §. 1. de susp. tut. leg. 29. princ. mand. leg. cum sex. 55. de adil. edict. leg. 6. de iur. & fact. ignor.* & passim per periphrasin culpa dolo proxima, *leg. 4. de mag. conv. leg. cum res 47. §. pen. de legat. 1. l. 8. §. 3. deprecar. l. 22. §. 3. cum similibus.* Levem culpam opponimus diligentiæ 9
mediæ, ut intelligatur esse omissio ejus diligentiæ, quam hominum natura desiderat, id est, mediocris, & quam vulgo homines frugi suis rebus adhibere soliti sunt, *argum. d. l. 32. depos.* aut id admissum in re aliena, quod diligens paterfam, non committeret in re sua. Et ideo in jure nostro non exigitur ad consuetudinem hominis diligentissimi, sed ad eum modum, quo quis curat res proprias, *hic text. leg. 1. §. 4. de oblig. & act. leg. haredes 25. §. non tantum 16. famil. ercisc. leg. 1. de tut. & rat. distr. l. 17. de iur. dot. l. socius*

socio

ſocio 72 *pro ſoc. l.* 22. §. 3. *ad Trebell.* modo ne nimium negligenter in ſuis quoque rebus verſetur: nam in abſtracto hoc magis conſideratur, quam in concreto, relatione habita ad diligentiam talem, qualem communiter bonus & diligens paterfam. ſuis rebus præſtare conſuevit, non qualem unus è multis, ſed qualem magna pars patrumfam. *leg. quod ſæpe* 35. §. *ſi res* 4. *de contr. empt. l.* 14. *de pign. act. l.* 11. *de peric. & comm. rei vend.* Itaque levi culpa peccat, ſi quis verbi gratia non clauſerit feneſtras altiores, quam ut de plano intrari poſſint, & fures admotis ſcalis ingreſſi fuerint: aut ſi incendium domeſticorum negligentia exortum ſit, quod adhibita conſueta boni patrisfam. diligentia præcaveri potuiſſet, *l.* 11. *de peric. & commod.* Levi culpæ & imperitia fere annumeratur *l. imperitia* 131. *de reg. iur. l.* 8. §. 1. *ad leg. Aquil. l.* 9. §. *pen. locat.* Puto autem, imperitiam in artifice, ſeu qui peritiam alicujus rei profitetur, pro levi culpa habendam, *l.* 9. § 5. *l.* 13. §. 5. *locat. l.* 12. *de furt.* in aliis pro leviſſima. Denique huic culpæ obnoxius eſt, quicumque non providet quodcunque à diligente provideri potuit, *l. ſi putator* 31. *ad leg. Aquil.* Hæc ſpecies fere in uſu juris ſola ſignificatur, quoties verbum culpæ abſolute ponitur, aut dolo opponitur, ut innumeris locis videre eſt, *l.* 5. §. 2. *commod. l.* 23. *de reg. jur. l.* 11. *de neg. geſt. l. haredes*, §. *non tantum, fam. erc. l.* 5. §. 3. *de in lit. jur. l.* 1. §. *ſæpe* 35. *depoſ. l. ſocius ſocio* 72. *pro ſoc. l. in rebus* 17. *de iur. dot. l.* 5. *l.* 8. *C. de pign. act. cum ſimil.* Leviſſimam culpam opponimus diligentiæ ſummæ, ut ſit omiſſio ejus diligentiæ, quam vigilantiſſimus quiſque atque attentiſſimus paterfam. ſuis rebus adhibet, *l. in rebus* 18. *commod. l.* 1. §. 4. *de obl. & act. l.* 3. *de peric. & comm. rei vend.* §. 1. *inf. de obl. quæ quaſ. ex contr.* aut id commiſſum in re aliena, quod diligentiſſimus paterfam. omitteret. Quare hanc culpam qui præſtat, non excuſabitur, ſi eam rebus alienis diligentiam præſtiterit, quam aut ipſe aut plerique ſuis rebus adhibere ſolent, modo quis alius diligentior majori cura adhibita damnum, quod illatum eſt, vitare potuerit: nam ad exactiſſimam diligentiam hæc culpa dirigitur, *hoc text. d.* §. 1. *in fin. inf. de obl. quæ qu. ex cont. d. l.* 1. §. 3. *de obl. & act. d. l.* 18. *comm. d. l.* 72. *pro ſoc.* §. *ult. inf. de ſociet.* Exempli gratia, non carebit culpa leviſſima ſi quis feneſtras verſus publicum, remotiores à locis, in quibus dormit familia, non munivit clathris aut ferreis perticis. Leviſſimæ culpæ mentio fit *l. in lege* 44. *ad leg. Aquil.* paſſim per oppoſitum indicatur verbo diligentiæ aut cuſtodiæ, quo ſumma & exactiſſima ſignificatur, *d. l.* 5. §. 2. *commod. l.* 23. *de reg. iur. l. cum rei* 47. §. *pen. de legat.* 1. Etſi vero non omnis culpa ejuſdem gradus ſecundum hanc diſtinctionem æqualis eſt: nam qualitas facti & circunſtantiæ ſemper augent aut minuunt culpam, ita ut in hominum actibus certis terminis circumſcribi nequeat. Tamen ad cognitionem hujus materiæ poterit nobis ſufficere trium graduum diſtinctio, ut bene oſtendit *Decian. lib.* 1. *tract. crim. c.* 6. & *Pet. Faber ad l. contractus, de reg. jur.* prudenterque notat D. Tuldenus, *comment. ad hunc tit. cap.* 8. cum varia hæc ſint atque incerta, nimiſque vaga, quam ut ſingula ſcientiæ & perpetuis regulis ſubiici poſſint, magiſque ad prudentiam referantur & arbitrium judicis: tamen generalibus his præceptis & definitionibus religionem judicis ſufficienter inſtrui poſſe, iiſdemque arbitrium illius dirigendum. Reſtat nunc, ut videamus, qui contractus quam culpam recipiant. Lata culpa dolo comparatur, perindeque ut dolum in omni contractu hanc culpam præſtari placet: non quod revera & facti genere dolus eſt: contrarium enim oſtendit ejus definitio, & loci, in quibus à dolo aperte diſtinguitur, *l.* 22. §. 3 *ad Trebell. l.* 7. *ad leg. Corn. de ſic. l. tutori* 20. *C. de neg. geſt. l.* 7. *C arb. tut.* ſed quia prope fraudem ac dolum accedit, *leg. ſi fideiuſſor.* 29. *mand. l.* 7. §. 1. *de ſuſp. tut.* & doli ac malitiæ quaſi conſanguinea eſt: unde etiam paſſim culpa dolo proxima vocatur. Nam quod legimus, latam ſeu magnam culpam dolum eſſe; *l. quod Nerva* 32. *d. poſ. leg.* 226. *de verb. ſign.* dolum accipi debere etiam latam culpam; *l.* 5. §. *dolum* 15. *ut in poſſ. leg.* magnam negligentiam etiam in doli crimen cadere: *l.* 1. §. *is quoque* 5. *de obl. & act.* id ad communem juris effectum referendum eſt; quoniam lata culpa interpretatione juris dolum repræſentat, jure effectum doli patitur. Et quod Celſus ſcribit, eum, qui lata culpa peccat, fraude non carere, in eo reſpicit ad violentam præſumptionem, quæ jure pro explorata habetur. Explodenda enim eſt diſtinctio Zaſij inter latam culpam ignaviæ & verſutiæ, quamvis eam probet *Mynſ. in* §. *ſuſpectus, ſup. de ſuſp. tut.* nam verſutiæ culpa quid aliud eſt revera, quam dolus, quam malitia? Ex hac porro interpretatione eſt, quod quotieſcunque contractus dolum recipere dicitur, verbo doli etiam lata culpa intelligatur, etiamſi in lege latæ culpæ mentio non fiat, adeoque etſi dolus notetur particulis taxativis, *ſolum, duntaxat*, &c. *l.* 3. §. 1. *naut. caup. ſtab. l.* 5. §. 2. *commod. l.* 23. *de reg. jur. l.* 1. §. *ult. depoſ. l.* 1. §. 1. *ſi menſ. falſ. mod. l.* 8. §. 3. *de prec. l. ſervum* 180. §. *cum quidam* 12. *de legat.* 1. §. *ſeq. hoc tit.* cum ſimilibus. Atque hoc etiam procedit in cauſis famoſis, & nonnunquam etiam cum ex cauſa delicti civiliter agitur ad pœnam, *l.* 11. §. *ult. de his qui notantur infam. l.* 7. §. 1. *de ſuſp. tut. l.* 1. §. 2. *ſi in qui teſt. lib. l. pend. de incend. ruin. naufr.* quibus locis refutantur, qui ſimpliciter negant in cauſis famoſis & delictis latam culpam dolo

dolo comparari. Per *leg. 3. cum 2. seqq. de serv. cor. rupt. in furti 50. §. ult. de furt.* add. quæ nos sub §. *suspectus*, *de susp. tut. lib. 1. tit. ult.* Planè in causis criminalibus; & præsertim, capitalibus hæc comparatio sive doli & culpæ exæquatio locum non habet: sed in his placet dolum solum pro facto accipi latam culpam pro dolo non haberi, ac proinde nec eodem modo coërceri, *l. 7. ad leg. Corn. de sicar.* nisi forte res sit mali exempli. Quo casu punitur & qui nocendi animum non habuit, *l. 3. § 2. d. tit. l. si quis 38. §. qui abortionis 5. de pœn.* Dolus ut hoc obiter hic moneam, in criminibus significat malum propositum, quo proposito deficiente plerumque nec delictum est; veraque malitia in his requiritur. Ut verba quoque propriè ac naturaliter accipienda sint, non ficte aut civiliter. Levis & levissimæ culpæ alia ratio est.

Harum neutra in omnibus contractibus præsta- 12
tur, sed in quibusdam duntaxat. Sunt enim quidam contractus, qui dolum, quo nomine nunc porro etiam latam culpam intelligi volumus, tantum recipiunt: sunt qui præter dolum etiam culpam levem, quam deinceps usum juris sequentes culpam simpliciter appellabimus: sunt denique, in quibus præter dolum & levem culpam præstatur etiam culpa levissima; quod more veteribus usitato contrariæ rei præstatione, nimirum diligentiæ, indicabimus. In hac autem varietate hæc regula & distinctio iure communi comprobata est, ut, siquidem tale sit negotium, *in quo ejus, qui quid suscepit, nulla versatur utilitas*, aut in quo debitor officii est debitor, quale est depositum, tum dolus solus præstetur. Ubi vero utriusque contrahentium utilitas vertitur, ut in empto, locato, dote, pignore, societate, rerum communione, ibi præter dolum præstetur & culpa. Quod vero utilitatem ejus duntaxat, qui accipit non etiam ejus, qui dedit, continet quale plerumque est commodatum, in eo & culpa præstetur, & diligentia, *leg. 5. §. 2. leg. 10. leg. in tribus 18. commod. leg. in navem 31. circa fin. locat.* Quæ regula servata eadem distinctione accommodanda quoque est contractibus innominatis, *dict. leg. 10. §. 1. commod. leg. 17. §. 1. & 2. de præscr. verbor.* item legatis ac fideicommissis, quatenus natura eorum id patitur, *leg. servus 108. §. cum quid. 12. de legat. 1. iunct. leg. cum ers 47. §. pen. eodem. leg. mulier. 22. §. 2. ad Trebell.* Quod vero ejus qui precario rogavit, item agrimensoris dolus tantum coërcetur, id specialem rationem habet, *leg. 8. §. 3. de precar. leg. 1. §. 1. si mensor. falsum. mod.* ut & illud, quod placet nautas, caupones, stabularios in eo, quod receperunt, plusquam culpam præstare, *leg. 3. §. 1. naut. caup. stab.* Cæterum prædicta distinctio ita obtinet, si nihil aliud nominatim convenerit, alioqui lex contractus servanda est, excepto si placuerit, ne dolus præstetur, *leg. 23. de reg. iur.* Finge enim convenisse, ut in depositio culpa quoque præstaretur, aut in commodato dolus tantum; nec minus, nec plus, quam quod placitum est præstabitur, *leg. 1. §. convenit 6. depos. leg. 1. Cod. eod. leg. 5. §. interdum 10. commod.* Possunt vero & sine conventione justæ causæ intervenire, ob quas placeat etiam officii debitorem culpam præstare. Veluti si officium sit publici muneris, ut tutela & cura, *l. 1. de tut. & rat. distr. l. 7. C. arb. tut.* aut si quis se negotio obtulit, veluti si depositarius, cum dominus rem secum ferre aut apud alium relinquere constituisset, eum ultro hortatus sit, ut apud se potius deponeret: quo casu non solum culpa sed etiam custodia & diligentia in depositio præstanda, *l. 1. §. sæpe 35. depos.* Eodem numero & negotiorum gestor voluntarius & mandatarius quoque haberi potest, *l. 11. de negot. gest. § 1. in fin. inf. de obl. quasi ex contr. l. 23. de reg. iur. l. 13. l. in re 21. C. mand.* Hæc suis locis in progressu singulis in contractibus diligentius confirmabimus. Illud hic obiter notandum, non eodem sensu dici præstare diligentiam, & præstare dolum culpam, casum fortuitum. Cum enim diligentiam præstandam esse dicimus, eo significamus, diligentiam esse adhibendam: cum dolum, culpam, casum fortuitum, non adhibenda hæc, sed removenda esse, & debitorem propter hæc teneri. Figuratæ enim hæ locutiones sunt, præstare dolum, præstare culpam, præstare casum aut fatum, pro præstare damnum, quod dolo, culpa, fato contingit.

Exactam diligentiam] Quoniam commodatum solam utilitatem continet ejus, qui commodato accepit, consequens est distinctioni *dict. l. 5. §. 2. commod.* quod & eodem loco expressum est, à commodatario & culpam præstari & diligentiam, id est, in commodato venire culpam non modo levem, sed etiam levissimam: siquidem, ut supra demonstravimus, diligentiæ verbo culpæ opposito in usu juris plerumque exactissima significatur. Gajus *leg. in rebus 18. eod. in rebus commodatis*, inquit, *talis diligentia præstanda est, qualem diligentissimus quisque paterfamil. rebus suis adhibet.* Idem alibi ait, *eum, qui utendum accepit, exactissimam diligentiam custodiendæ rei præstare compelli. leg. 1. §. 4. de obl. & act.* Justinianus exactam diligentiam dixit, sed eodem plane sensu, ut apparet ex eo, quod mox subiicit, non sufficere tantam diligentiam adhibere commodatarium rebus commodatis, quantam suis rebus adhibet, modo res ab alio diligentius custoditi potuerit. Sic Constantinus in *leg. 21. Cod. mand.* exactum officium dixit, pro exactissimo. Ulpianus diligentem custodiam pro diligentissima- 13

ma, *d. l.* 5. §. *custo diam* 5. *commod.* Paulus diligentem patremfam. pro diligentissimo: *l. hæres* 25. §. *non tantum* 16. *fam. erc* quemadmodum vice versa superlativus nonnunquam pro positivo ponitur quod æstimandum ex natura, contractus. Jurisconsulti enim non semper eodem modo loquuntur. Quod si, proponas, aliquem suâ duntaxat gratiâ, quod interdum fit, commodasse, sponsæ forte vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur, dolus solus præstabitur, ut in deposito, *d. l.* 5. §. *interdum* 10. *comm.* Quod si sua & commodatarij gratia, quod item fieri potest; culpa æstimatur, ut in pignore, dote, &c. *d. l. in rebus, in fin pr. eod.*

14 *Si modo alius diligentior*] Hinc tria elicimus. 1. etsi commodatarius ad communem modum diligens in rebus suis eadem diligentia tractaverit res alienas: tamen hoc non sufficere ad eum excusandum, cum alius diligentior rem custodire potuisset. 2. Si commodatarius ipse sit summe diligens, nihil amplius ab eo exigi, quam si eandem diligentiam, quam suis rebus præstat, etiam adhibeat commodatis. Quippe cum major ab alio expectari non possit. 3. Si commodatarius ad communem modum diligens non sit, sed natura in suis rebus ignavior, licet aliquanto diligentius versetur in rebus commodatis, quam in suis, non eo tamen minus teneri eum actione commodati, si alius diligentius curando rem servare potuit.

Majoresve casus non tenetur] Casus fortuiti nullo in contractu præstantur, *l. contractus, de reg. iur. l.* 23. *de verb. obl.* nec si solius debitoris utilitatem contineat; quale est commodatum, *l.* 5. §. 4. *l. in rebus* 18. *commod. l.* 1. §. 4. *de obl. & act.* De commodato tamen ob prædictam causam dubitari potuit; & videtur ad removendam istam dubitationem pertinere, quod præscriptum est *l.* 6. *C. de pign. act.* casus fortuitos nullo bonæ fidei judicio præstari; nimirum ut intelligamus, nec commodatum hic excipi.

Si non ipsius culpa] Culpa abesse intelligitur
15 si re commodata usus sit juxta præscriptum in utendo modum. Itaque si alicui in hoc res commodata sit, ut eam peregre secum ferret, isque incursu hostium aut latronum vel naufragio rem amiserit, non tenebitur. At si cui, exempli gratia, quasi amicos ad cœnam invitaturo argentum commodavero, is si id peregre secum portaverit, casum naufragij, impetum hostium, latronum, piratarum, præstare debebit, *d. l.* 18. *comm. d. l.* 1. §. 4. *de obl. & act.* Si res commodata usu deterior facta sit, ita commodatarius non tenetur; si ea usus sit in eam rem, in quam utendam accepit, nec ulla culpa intervenerit, veluti si equus usque ad certum locum utendus datus in ipso itinere deterior factus sit sine culpa commodatarij, *l.* 10. *l. ult. commod.*

Si nulla mercede] Commodatum nisi gratuito 16
non contrahitur. Commodare enim officij est & liberalitatis, *l. in commodato* 17 §. 3. *d. tit.* ubi Paulus beneficium illud appellat. Mercede intervenient tollitur beneficium, tollitur gratia; quæ sunt vincula amicitiæ, *l.* 1. §. *ult. mand.* Cum igitur merces pro usu rei datur aut constituitur, non commodatum, sed locatio est: aut si non statim merces constituatur, nec tamen gratis res utenda detur, sed eo animo ut tantum mercedis nomine præstetur, quantum postea definiri placuerit, contractus innominati genus est, §. 2. *inf. locat. l. si polienda* 22. *de præscr. verb.*

TEXTUS.

3. *Præterea & is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur, teneturque actione depositi: quia & ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur. Sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit: culpæ autem nomine, id est, desidiæ ac negligentiæ, non tenetur. Itaque securus est, qui parum diligenter custoditam rem furto amiserit: quia qui negligenti amico rem custodiendam tradit, non ei, sed suæ facilitati, id imputare debet.*

NOTÆ.

3. RES ALIQVA DEPONITVR] Id est, cui gratis hanc operam suscipienti custodienda datur, *l.* 1. *depos.* Depositi in genere sumpti species est sequestratio, *l.* 5. §. 1. & 2. *l.* 7. *l.* 17. *eod.*

ACTIONE DEPOSITI] Directa: nam contrarium judicium depositario datur ad consequendam indemnitatem, *d. l.* 5. *pr.*

DE EA RE, QVAM ACCEPIT] Quare etiamsi nummi deponantur, eadem corpora restitui oportet; excepto casu *l.* 24. *cum. seqq. eod.* qui notissimos depositi terminos egreditur.

SI QVID DOLO] *l.* 1. §. *ult. l.* 20. *depos. l.* 1. §. 5. *de obl. & act. l.* 23. *de reg. iur.* idque secundum regulam *l.* 5. §. 2. *commod.* quoniam in depositio nullum commodum est depositarij. Etsi autem dolus tantum hic mentio fit, tamen & lata sive latior culpa etiam in depositi judicium venit, puta si quis omiserit, quod omnes & vel minimum diligentes facerent in suo, *l.* 32. *depos. l.* 1. *Cod. d. l.* 1. §. 5. iunct. *l.* 223. *de verb. sign.* quippe quæ culpa ut dolo ac malitiæ quasi consanguinea dolum interpretatione juris repræsentat. Passim dicitur culpa

dolo

dolo proxima. Exempl. *l.* 22. §. 3. *ad Treb. l.* 7. *ad leg. Corn. de fic.*

CULPÆ, &c. AC NEGLIGENTIÆ NON TENETUR] Extra quam si convenerit, ut culpa quoque præstetur, aut ultro se deposito obtulerit, *l.* 1. §. 6. & 35. *depos.* quoties autem culpæ aut negligentiæ simpliciter mentio fit, levis culpa significatur, *l.* 5. §. 2. *commod. l.* 23. *de reg. iur. l.* 1. §. 5. *de obl. & act. l.* 72. *pro soc. cum simil.*

NEGLIGENTI AMICO] Cajus *d. l.* 1. §. 5. Schol. Harm. *lib* 6. *tit.* 2. §. 55. Theod. Hermopol. ad *d. l.* 23. *de reg. iur.*

COMMENTARIVS.

1 *Quid sit depositum, & an etiam consistat in re immobili.*

2 *An quemadmodum deponens quovis tempore rem repetere, ita & depositarius eam pro arbitrio restituere possit.*

3 *Ad quid depositarius teneatur.*

1 TErtia species obligationis, quæ re contrahitur, est ex depositio. Deponere est, rem alicui, qui gratis hanc operam suscipiat, custodiendam dare, *l.* 1. *depos.* In eodem significatu utimur & verbo commendare, *l. Lucius* 24. *eod. l. commendare* 186. *de verb. sign.* Rem hic intelligimus, sive ea certa species sit, sive quantitas, puta pecunia numerata, *d. l. Lucius*, & *seq.* §. 1. *eod.* In quo depositum differt à commodato, *l.* 3. §. *ult. commod.* An vero, quemadmodum commodatum etiam rerum immobilium est, *leg.* 1. §. *ult. dict. tit.* ita & depositum in his consistere possit, quæritur. DD. comm. id negant, argumento sumpto ab etymologia nominis, quod à ponendo dictum, *dict. leg.* 1. *depos.* tum quod nullum depositum rei immobilis exemplum in jure nostro extet: postremo quod cura rei immobilis in speciem mandati transeat, *argum. leg.* 5. §. *sed si* 4. *de præscr. verb.* Intelligunt autem depositum non in genere, sed in specie dictum: nam in sequestrationem, quæ depositi quoque in genere sumpti species est, *l.* 5. & *seq. leg. licet* 17. *depos.* quin etiam res immobiles veniant, nemo dubitat, *l.* 7. §. *ult. qui satisd. cog. arg. leg. un. Cod. de proh. seq. pec. cap.* 1. *de sequestr. Clement. un. eod.* quod ipsum etiam superiora argumenta elevare videtur. Nam si res immobilis, de qua controversia est, recte deponi dicitur, cum ea à litigatoribus aut judice sequestro collocatur, atque ex ea depositioni ei, qui vicerit, actio depositi sequestraria competit, cur non similiter res immobilis non litigiosa deponi dicatur, cum ea à domino alicui custodienda traditur, ut hic quoque in eum, qui id recepit, actio depositi detur, utut fortassis ea res depositi communis modum excedat, legemque mandati annexam habeat? *argum. d. l.* 5. §. 4. *de præsc. verb. leg. Lucius* 24. *depos.* Addidi, *qui gratis hanc operam suscipiat.* Nam ut commodatum, ita quoque & depositum gratuitum esse debet: illic dans officium præstat, hic accipiens. Si merces promissa sit, depositum esse desinit, & aut locatio est, aut incerti contractus genus, *l.* 1. §. *si vestimenta*, & §. *seq. depos.*

Re obligatur] *L.* 1. §. *is quoque* 5. *de obl. & act.* Sola quippe conventio depositum non facit, sed rem poni apud alium oportet, eaque tradita initium obligationi præbet.

Teneturque actione depositi] Actione nimirum depositi directa. Nam contrarium judicium depositario datur ad consequendum, quod sibi per causam & occasionem rei acceptæ abest, *l.* 5. *depos.* Potest vero, is, qui deposuit, quovis tempore rem depositam repetere, & repetenti etiam ante tempus constitutum, reddenda est, *l.* 1. §. *propen. & ult. eod.* At ex contrario depositarius ante tempus statutum rem restituere volens officio suo non liberatur, nisi justissima causa interveniat, *l.* 5. §. 2. *eod.* ut bene Castr. in *dict. l.* 1. §. *pr. pen. & pen. & Costal ibid.* Vitiosa enim est quorundam in hac re deponentis & depositarij comparatio. Etenim cum totum hoc negotium ex utilitate deponentis æstimetur, etiam ad voluntatem ejus dirigendum est; quam sine incommodo depositarij mutat, si rem ante tempus definitum repetat: At non sine incommodo deponentis futurum est, si depositario permittamus officium, quod semel suscepit, contra legem contractus deponere. Ita ex adverso commodatum pro libitu quidem accipientis reddi, sed pro arbitrio danti, repeti non potest, *l. in commodato* 17. §. 3. *commod.* 2

De ea re restituenda] In specie. Qui enim rem custodiendam dat, nihil in alium transfert, sed aperte hoc agit, ut res sibi custodiatur, restituaturque reposcenti. Quare etiam, si nummi deponantur, eadem corpora restitui oportet: nisi forte nominatim convenerit, ut depositarius, si opus haberet, pecunia uteretur, & redderet tantundem: quæ res notos depositi terminos egreditur, *l. Lucius* 24. *cum ll. seq. l. si sacculum* 29. §. 1. *depos.*

Si quid dolo] In depositio nullum commodum est depositarij: quin onus potius est, rem alienam gratis custodire: ac proinde secundum regulam de eo solo tenetur, si quid dolo ejus perierit, *leg.* 5. § 2. *commod. leg.* 1. §. *ultim. l. si fuse* 20. *depos. leg.* 1. §. *is quoque* 5. *de obl. & act. l. contractus, de reg. iur.* Qui autem dolum dicit, latam culpam non excludit: quia ea pro dolo habetur, ut superius demonstravi. Itaque etsi doli hic tantum mentio fit, sciendum tamen est, etiam latam culpam in depositi judicium venire, *leg. quod Ner-*

va. 32. depos. l. 1. §. is quoque 5. de obl. & act. l. 1. C. depos.

Culpæ nomine, id est, desidia ac negligentia] Quoties culpæ aut negligentiæ simpliciter mentio fit, levem culpam sive negligentiam his nominibus significari, §. *præced.* probatum est: quod his locus confirmat. &, unde desumptus est *l.* 1. §. 5. *de obl. & act. item l.* 72. *pro. soc. & §. ult. inf. de societ.* Igitur depositarius culpam aut negligentiam leviorem non præstat, extra quam si in deposito convenerit ut ea quoque præstetur, *l.* 1. §. *si convenerit* 6. *depos.* aut si ultro se deposito obtulerit, *d. l.* 1. §. *sæpe* 35. *eod.*

Furto amiserit] Furtum plerumque cum culpa patrisf. rem suam non bene custodientis coniunctum est: ideoque socius & venditor & creditor periculum furti præstant, *l. cum duobus* 52. §. 3. *pro soc. l.* 14. §. 1. *de per. & com. rei vend.* nisi doceant, culpam omnem abesse: quod aliquando fieri potest, *l.* 14. §. *idem* 5. *de furt.*

Sua facilitati id imputare] Hæc quoque ratio est, cur depositarius negligentiæ nomine non teneatur, quia qui negligenti amico rem custodiendam committit, de se queri debet, *d. l.* 1. §. 5. *de obl. & act.* & se ipsum accusare, qui homini adeo dissoluto & supino, ut ne mediocri quidem diligentia in curandis rebus propriis utatur, rem suam commisit. Scholiastes *ad Harmenop. lib. 6. tit.* 2. Vtique ut ad suum saltem modum depositarius rem depositam curet, merito exigitur, *l. quod Nerva. de pos.* Adde omnino quæ nos ad §. *ult. in f. de soc.*

TEXTUS.

4. *Creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur: quia & ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur actione pignoratitia. sed quia pignus utriusque gratia datur, & debitoris, quo magis pecunia ei credatur, & creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum: placuit sufficere, si ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhibeat; quam, si præstiterit, & aliquo fortuito casu rem amiserit, securum esse, nec impediri creditum petere.*

NOTÆ.

4. RE OBLIGATUR] Vt res pignori obligetur, etiam nudo consensu effici potest, *l.* 1. *de pign. act.* at ut creditor obligetur ad pignoris restitutionem, prius traditum esse oportet, *l.* 1. §. 6. *de obl. & act.*

ACTIONE PIGNORATITIA] Directa scil. hac autem debitor efficaciter demum experitur soluto debito, *l.* 9. §. 3. *de pign. act.* Creditori vero & hîc contraria competit, ut in casibus *l.* 3. *l.* 8. *l.* 9. *pr. eod.* Ab hac actione longe diversa est illa in rem prætoria, quæ hypothecaria dicitur, & solidatur creditori adversus possessorem pignoris, §. 11. *inf. de act.* quanquam & ipsa interdum pignoratitiæ nomine designetur, *l.* 3. §. 3. *ad exhib. l.* 41. *de pign. act.*

EXACTAM DILIGENTIAM] Exactam diligentiam hoc loco positam pro ea, quam vulgo homines frugi suis rebus adhibent, & quæ præstari solet in contractibus, qui utriusque gratia fiunt, arguit ipsa Iustiniani illatio. Tralatitium autem est in ejusmodi negotiis non leviſſimam culpam, ut in commodato, sed levem duntaxat præstari, *l.* 5. §. 2. *l.* 18. *in fin. pr commod. l.* 31. *in fin. locat.*

FORTUITO CASU] *l.* 6. *C. de pign. act.* Exclusio autem casus fortuiti non includit semper culpam leviſſimam: sed sæpe & hæc ipsa simul cum illo, ad quem proxime accedit, excludi intelligitur, *l.* 5. *C. dot. l.* 28. *C. de locat. l.* 4. *Cod. de pe. rie. tut.*

COMMENTARIVS.

1 *Pignoris significatio.*
2 *Etiam sola conventione pignus contrahi: sed ut nascatur obligatio pigneratitia, traditionem intervenire oportere.*
3 *Quando actio pigneratitia nascatur: & quid ea differat ab hypothecaria.*
4 *Ad quid creditor pigneratitia teneatur.*
5 *In actione pigneratitia levem duntaxat culpam non etiam leviſſimam, venire, cum accurata remotione contrarium.*

QVarta & postrema species obligationum, quæ re contrahuntur, ex pignore est. Pignus in jure nostro triplicem fere significationem habet. Nam & rem significat pro debito creditori obligatam, §. *item Serviana* 7. *inf. de act. tit.* π. & *C. de distr. pign.* & jus creditori in ea re constitutum, *tit. qui pot. in pign. & quib. mod. pign. vel hyp. solu.* & denique contractum, quo jus illud constituitur, *l.* 1. §. *ult. de pact. l.* 5. §. 2. *commod.* 1

Contrahitur autem pignus non sola traditione, 2
sed etiam nuda conventione, quamvis traditum non sit, *l.* 1. *de pign. act.* hoc est, jus in rem creditori quæritur simul ac placuit eam pignori obligatam esse, licet possessionem non acceperit: ejusque juris persequendi causa actionem in rem jure prætorio constitutam habet Servianam aut quasi Servianam, quæ etiam hypothecaria dicitur,

pil.

l. pignoris 17. *de pign.* §. *Serviana inf. de act.* Cæterum ut obligatio pigneratitia constituatur, unde debitori actio sit adversus creditorem ad pignus soluto debito repetendum, rem prius tradi necesse est: atque hac consideratione pignus est contractus realis. Hinc intelligere licet, non agi hic de pignore legali, nec de pignore prætorio, aut judiciali, nec de eo, quod testamento constituitur; sed de conventionali duntaxat; adeoque de pignore propriè dicto, non de hypothecæ: nam pignus & hypotheca sic ferè distingui solent, ut pignus dicatur, cum possessio transit in creditorem, hypotheca cum res apud debitorem manet, *l.* 6. §. 2. *de pign. act.*

Re obligatur] Obligationi pignoratitiæ non constitutio pignoris, sed acceptio, causam præbet. Necesse quidem non est, ut res pignori obligetur, eam pignoris causa tradere creditori: potest enim pignus vel nudo consensu constitui, *l.* 1. *de pign. act.* At vero ut ex pignore obligetur creditor, id non efficitur, nisi re tradita acceptaque, *l.* 1. §. *creditor.* 6. *de obl. & act.* Cum enim hæc obligatio eo pertineat, ut res eadem, quæ pignori obligata est, restituatur, traditum esse prius oportet creditori, quam restituere possit.

Actione pigneratitia] Directa scilicet; quæ datur debitori adversus creditorem, ut rem pigneratam, cujus possessio apud eum fuit, una cum fructibus restituta, *l. debitor* 40. §. *ult. de pign. act. l.* 1. *cum* 2. *seqq. C. eod.* & demum debito omni exsoluto intentari potest, *d. l.* 9. 3. *eod.* Creditori vero
3 & hic contraria competit adversus debitorem, si forte is pignus recuperavit, aut in conventione creditorem decepit, *l.* 3. *d. l.* 9. *pr. eod.* aut si creditor in rem pignoratam necessarias impensas fecit, *l.* 8. *eod.* Ab actione igitur hac pigneratitia toto genere differt actio, quæ hypothecaria dicitur; quippe hypothecaria in rem est, daturque creditori ad pignus persequendum contra quemcumque possessorem, *d.* §. *Serviana inf. de act. l. pignoris* 17. *de pign.* At pigneratitia est in personam, competitque debitori adversus creditorē & adversus hanc solum. Hypothecaria jure pignoris soluto expirat pigneratitia tunc demum efficax est. Illa occasione juris creditori in re constituti à prætore datur: hæc ex contractu nascitur re pignoris causa tradita acceptaque. Veteres tamen abusivè hypothecariam quoque pigneratitiam interdum appellant, *l.* 3. §. 3. *ad exhib. l.* 13. *de cond. ind. l. rem alienam* 41. *de pign. act.* & aliis locis.

Sufficere si exactam diligentiam] Supra §. 2. *huius tit.* hanc Regulam ex Ulpiano *l.* 5. §. 2. *commod.*
4 tradidimus, In contractibus, qui utriusque contrahentis gratia fiunt, & dolum præstari & culpam. Culpam ex usu actorum juris interpretati sumus levem duntaxat, non etiam levissimam. Et vero nec ratio juris patitur, ut in negotiis, quæ ex utilitate utriusque contrahuntur, eandem à debitore diligentiam requiramus; quam præstaret, si ejus solius commodum ageretur: sed quemadmodum plus præstat, quam ille, cujus nulla versatur utilitas, ita minus ab eo exigendum, quam verbi causa à commodatario, qui beneficium accipit: quamobrem etiam Ulpianus hæc tam diligenter distinguit, eosque contractus, qui utriusque utilitatem continent, medios facit inter depositum, quod tantum dolum, & commodatum, quod etiam culpam levissimam recepit. Ex quo vel uno intelligimus, ubi vertitur utriusque utilitas, esse quidem, quod præter dolum, cujus appellatione etiam lata culpa venit, præstetur, quod tamen non sit culpa levissima: levis igitur tantum sit necesse est. Hoc idem planè confirmat Gajus *l. in rebus* 18. *in fin. pr. commod.* ubi disertè scribit, culpam in contractibus, qui utriusque gratia fiunt, non æstimari, sicut regulariter æstimatur in commodato. Ex numero contractuum, qui utriusque commodum spectant, & pignus est: eoque expresse refertur & ab Ulpiano, *d. l.* 5. §. 2. *commod.* & à Iustiniano hoc ipso in loco, addito insuper qua in re utriusque utilitas versetur, nimirum creditoris in eo, quod pecunia ei cautior est, debitoris, quod ei creditur, cum absque eo foret, ut non crederetur. Itaque sciamus, prædictam regulam ad contractū pignoris quoque pertinere, & secundum eam definiendum, quid in actione pigneratitia veniat: venire nimirum & dolum & culpam, *d. l.* 5. §. 2. *commod. l.* 9. § *est præterea* 5. *de reb. auct. iud. poss.* Hoc autem modo cum nostri simpliciter loquuntur, sub dolo latam culpam comprehendunt, culpæ nomine levem duntaxat intelligunt, ut superius abundè probatum est. Culpæ igitur in pi-
5 gnore æstimatio facienda non est, ut in commodato, ut etiam culpam levissimam, quæ summæ diligentiæ opponitur, creditor pigneratitius præstare compellatur, sed ut in empto, locato, dote, cæterisque ejusdem naturæ contractibus, ut levem tantum, *d. l.* 5. §. 2. *d. l. in rebus* 18. *in fin. pr. commod.* Quod etiam non obscurè hic indicat Iustinianus, cum ex eo, quod pignus utriusque gratia contrahitur, infert, sufficere, si creditor exactam rei custodiendæ diligentiam adhibeat. Hæc enim illatio arguit, Iustinianum pignus considerare, ut contractum medium inter commodatum, quod solius commodatarij, & depositum, quod solius deponentis utilitatem continet; ac proinde velle, ut etiam in præstationibus medium teneatur, & à creditore exigatur plus quidem, quam à depositario; minus autem, quam ab eo, qui utendum accepit, juxta receptam distinctionem, *d. l.* §. 2. *d. l.* 18. *circa fin. pr. commod.* Negotium tamen facessit, quod hic scriptum est de exacta diligen-

tia, tum quod tantum excluditur casus fortuitus, ut etiam in *l.* 13. §. *ult. de pign. act. l.* 19 *C. de pign.* Qui quod iisdem locis traditum est, creditorem pignoris præter culpam & custodiam debere, atque adeo, quod exprimitur in *d. l.* 13. §. *ultim. in actione pigneraitia culpam venire, ut in commodato?* Respondeo, ex iis, quæ relata sunt, satis patet, plus præstandum esse in commodato, quam in pignore: & ideo hoc loco exactam diligentiam contra mentem Imperatoris non esse accipiendam pro exactissima, qualis à commodatario exigitur, quæ penè modum excedit, & qualem diligentissimus aliquis, & unus fortè è multis, suis rebus adhibet; sed secundum hujus contractus naturam pro diligentia stata, id est, ea, quam in suis rebus plerumque præstare solent diligentes & frugi patresfa. nihil enim amplius à creditore Paulus exigit *l.* 14. *de pign. act.* quanquam fatendum est, incommodè hanc speciem diligentiæ exactam à Iustiniano appellari, quod vim superlativi habet: consistit enim in mediocritate, non excedens modum, quem hominum natura, quæ mediocribus contenta est, desiderat. Quod autem tantum casus fortuiti excluduntur, ex eo non continuo sequitur summam atque exactissimam diligentiam à creditore præstandam esse, seu eum etiam leviſſimæ culpæ nomine teneri. Nam leviſſima culpa, quoniam, quod verbum ipsum indicat, vix culpa est, sæpè non consideratur, & cum casibus fortuitis, ad quos proximè accedit, & ipsa excludi intelligitur, ut in *l.* 5. *C. de pign. act. l. in iudicio* 28 *C. de locat. l.* 4. *C. de peric. tut.* Vnde etiam est, quo aliquando duo contractus, quorum in altero dolus & culpa levis, in altero etiam culpa leviſſima præstatur, si conjungantur, quasi utriusque eædem essent præstationes, ut in *d. l.* 13. § *ult. de pign. act. l. contractus* 23. *de reg. jur.* Sed neque diligentiâ aut custodia culpæ opposita semper significat diligentiam summam aut custodiam plenam, qualem præstat commodatarius, sed interdum mediam, ut culpæ levi in non faciendo ex adverso respondeat, *l. quod. sæpe*, 35 §. *si res* 4. *de contr. empt. leg.* 10. §. 1. *commod. d. l.* 18. *C. de locat.* eodemque modo custodia accipienda in *d. l.* 13. §. *ultim. de pign. act.* & *d. l.* 19. *C. de pignor.*

Aliquo fortuito casu] Nam casus fortuiti à nemine præstantur, *d. l. contractus de reg. iur. l. quæ fortuitis, C. de pign. act.* nisi culpa aut mora casum præcesserit, aut nominatim placuerit casum quoque præstari; de quo iam explicatum est sup. §. 2.

TITULUS XVI.

De verborum obligationibus.

3 *Continuatio.* 2. *An verborum obligationis plures causæ, quam stipulatio.*
2 *Pomponiana stipulationis definitio explicata: ubi & alia.*
4 *Vsus stipulationum quam varius jure civili.*
5 *Stipulationem non habere certam & determinatam naturam: & quid inde.*

EXposita est prima species obligationum quæ cum ex contractu sint, solo tamen consensu non consistunt, illæ nimirum, ad quas constituendas præter conventionem rem interveniri oportet. Reliquæ sunt ejusdem generis adhuc duæ, quarum altera certis verbis, altera literis ad consensum accedentibus constituitur: unde illa verborum, hæc literarum dicta. De verborum obligatione prius agitur, atque in ea explicanda & hic & proximè sequentes quinque tituli consumuntur. Literarum obligatio brevius perstringitur, *tit.* 22. Verborum obligatio, si Gajo *lib.* 2. *tit.* 9. credimus, duobus olim modis contrahebatur, aut interrogatione præcedente, eamque subsequente responsione; aut interrogatione non præcedente, unoque tantum loquente, aut promittente: cujus modi duo profert exempla, *dictionem dotis*, & iusjurandum liberti ad operas & alia patrono præstanda. Verum in corpore juris nostri uno tantum modo contrahi verborum obligationem legimus, cum præcedit interrogatio, & sequitur congruens responsio, *hoc tit. in r. l.* 1. §. *verbis* 7. *de obl.* & *act. l. obligamur* 52. §. 1. *hoc tit.* Neque alia causa hujus obligationis in toto hoc tractatu assignatur, quam stipulatio; quo nomine appellatur integra illa verborum conceptio, quæ interrogatione & responsione constat. Igitur verborum obligatio est ea, quæ nascitur ex stipulatione. Stipulatio est contractus constans interrogatione & responsione certis verbis conceptis. Stipulationem contractum esse, abundè probavimus in explicatione §. *ult. sup de oblig.* Est autem μονόπλευρον tantummodo, obligans respondentem. A Pomponio definitur *verborum conceptio, quibus is, qui interrogatur, daturum facturumve se, quod interrogatus est, respondet*, *l.* 5. §. 1. *hoc. tit.* Verum Iurisconsultus eo loco genus non expressit, quod nec semper necessarium; formam tantum seu differentiam posuit: perinde enim hoc accipiendum est, quasi dixisset, *stipulatio est contractus constans conceptione verborum*, &c. Verbis utimur in omnibus ferè contractibus,

tractibus, sed excepta stipulatione ad substantiam contractus verba non pertinent. Deinde in cæteris contractibus sufficiunt quævis verba, nuda etiam & vulgaria; stipulatio solemnia & certo modo concepta desiderat. Ex quo rectè plerique colligunt, stipulationem esse contractum juris civilis. Nam etsi verborum usus omnium gentium communis est, & cum ratione juris gentium optimè convenit, ut quis ex consensu verbis declarato obligetur; tamen à simplicitate illius juris alienius est, ad substantiam alicujus actus exigere certam conceptamque verborum lingua nuncupandorum formulam: quod etiam Paulus non obscurè innuit *l. 1. locat.* facit item *l. si ita 126. §. 2. vers. superest de verb. ad. obl. d. Ioan. Gædd. de contr. & committ. stip. c. 2. concl. 1.* Stipulationum usus jure civili maximus est; ne quis putet, hanc 4
speciem conventionis frustra inductam esse. Quotiescumque enim, quod in multis causis est opus, sine re ac literis obligationem constitui volumus, necesse est ad obligandum promissorem, stipulationem adhibere: Nimirum leges Romanæ ex nuda conventione neminem obligari voluerunt, ne qualecumque promissum, & sermo sæpe inconsultus magis, quam ex voluntate proficiscens, necessitate juris promittentem illigaret, & litium quoque, ut opinor, præcidendarum causa; sed excogitata est conventio certo modo & forma concipienda celebrandaque, quam deliberati animi certum signum esse voluerunt, & ex qua certo jure actio competeret; quam conventionem stipulationem dixerunt, itaque stipulationum usus non tantum utilis est, verum etiam necessarius in fidejussoribus constituendis, *inf. de fidejuss.* obligationibus novandis, *l. 1. & l. 2. de novat.* interdum & in usuris, quas nobis præstari volumus, ut in strictis judiciis, *l. 3. C. de usur.* Sed & stipulationis vinculo cæteræ quoque conventiones & obligationes firmantur. Quod videre est tum in pactionibus nudis; quæ cum per se jure civili infirmæ sint ad producendam actionem stipulatione muniendæ sunt, *l. divisionis 45. de pact. l. petens C. eod. l. 3. & l. 4. C. de iter. perm.* Paulus 2. *sent. 22. Omnibus pactis*, inquit, *stipulatio subjici debet, ut ex stipulatu actio nasci possit*, tum etiam in contractibus juris gentium; ex quibus licet actio jure civili competat, tamen his etiam stipulatio utiliter accedit ut & firmior sit obligatio, & certior ratione præstationum, *l. 3. §. 1. de act. empt. l. 4. § ult. l. usur. l. quicquid. 99. de verb. obl.* Denique omnium ferè negotiorum novissima parte subjici etiam stipulatio, solet *l. Titia, 134. §. 1. de verb. obl. l. 7. §. quod fere 12. de pact.* Hinc fit, ut quæ omnium obligationum sunt communia, ea sub *tit. de verb. obl.* tanquam in Pandecte, tractentur, & stipulationi attribuantur. Quod nonnulli tradiderunt, stipulationem non esse contractum, qui per se consistat, sed alterius obligationis sive civilis sive naturalis accessionem & fulcimentum, per *l. 5. in pr. vers. conventionales h. t.* id DD. communiter, sic exprimunt, ut dicant, stipulationem non subsistere, quæ causam nullam præcedentem habet propter quam adhibita sit. Et rectè Nam 5
cum stipulatio non habeant certam & determinatam naturam, ut contractus cæteri sed ex variis causis, sæpè etiam ex injustis interponatur, merito requiritur, ut si eam valere volumus, de causa, propter quam interposita sit, constet; quod ex eo solo intelligi non potest, quod quis simpliciter dicatur stipulanti promisisse. En mvero in causa donationis, ut subsistat promissio non est necesse antecedere aliquid actum donationis, sed satis est, stipulatione ipsa hoc agi, & promittentem votum liberalitatis habere, *l. hoc jure 19. de donat.* Illud tamen addendum, summo adhuc jure ex stipulatione sine causa nasci actionem sed inefficacem eam reddi opposita doli mali exceptione, *l. 2. §. 3. de dol. mal. exc. l. si quis 36. hoc tit. Gloss. & Bart ind. l. 2. §. 3. Gomez. 2. var. resol. 11. num. 5.* quem perperam reprehendit *Suarez. in annot.*

TEXTUS.

Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione & responsione: cum quid dari fierive nobis stipulamur: ex qua duæ proficiscuntur actiones, tam condictio certi, si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu, si incerta sit: qua hoc nomine inde utitur, quod stipulum apud veteres firmum appellabatur, fortè à stipite descendens.

NOTÆ.

EX INTERROGATIONE ET RESPONSIONE] *l. 1. § 7. de obl. & act.* His duabus partibus constat illa verborum conceptio, quæ uno nomine stipulatio veteribus dicta, *l. 5. §. 1. h. t.* Græci ἐπερώτησιν, crediderunt

DARI FIERIVE] Materia. Nam stipulationum quædam in dando, quædam in faciendo consistunt, *§. ult. inf. eod. 2. eod.*

DUÆ ACTIONES] Præter has datur & condictio triticiaria, quippe quæ generalis est, si causam pecuniæ numeratæ excipias, *l. 1. de cond. trit.*

SI CERTA SIT] Nempe ratione rei in stipulatum deductæ; si appareat, quid, quale, quantumque sit in stipulatione: ubi autem hoc non apparet incerta est, *l. 74. & seq. h. t.*

Ex

Ex STIPULATU] Quæ in ſpecie & κυρίως ex ſtipulatu dicitur, l. 24. *de reb. cred.* alibi actio incerti ex ſtipulatu, *l. 4. de uſur.* Cæterum generaliter & φυσικῶς etiam rem certam ex ſtipulatu petentes, ex ſtipulatu agere dicimur, *l. 83. §. 6. de verb. obl. 42. pro ſoc. l. 28. de cont. empt. l. 14. C. de pact.*

SI INCERTA SIT] Exempla incertæ ſtipulationis pete ex *l. 75. de verb. obl.* Illa ſtipulatio incerta non eſt, *Triticum, quod in illo horreo eſt, dare ſpondes? d. l. 75. fac. l. 30. §. 4. ad leg. Falc. l. 7. §. 1. de contr. empt.* Itaque non leviter hîc errat Th. Quod ſi id quod in obligationem deductum eſt, 3 nullos certos fines habet, aut ad utiliſſimum deduci poteſt, ſtipulatio inutilis eſt; veluti ſi fundus ſine demonſtratione promiſſus *l. 96. §. 4. de iur. dot.* vinum triticum ſine deſignatione menſuræ, *l. 94. & ſeq. l. 115. pr. h. t.* Thalel. ad *l. 1. C. de dot. prom.* Harm. *lib. 4. tit. 8. §. 44.*

STIPULUM APUD VETERES FIRMUM] Hanc nominis rationem reddit & Paul. *5. ſent. 7.* & probat Doctiſſimus Salmaſ. *de uſur. c. 6.*

COMMENTARIVS.

1 *Verbo ſtipulationis non interrogationem tantum, ſed etiam reſponſionem, & ita totum contractum, ſignificari.*

2 *Etiam eum ex ſtipulata agere dici, qui certum ex ſtipulatione petit: & quando incertitudo ſtipulationem vitiet.*

3 *Stipulationis vera originatio.*

EX *interrogatione & reſponſione*] Verborum obligatio naſcitur ex interrogatione & reſponſione *l. 1. §. verbis 7. l. obligamur 52. de obl. & act.* Nam duabus hiſce partibus conſtat illa verborum conceptio, quæ uno nomine ſtipulatio à veteribus dicta eſt, *l. 4 §. 1. hoc tit.* non proprietate verbi (nam ſtipulari is dicitur, qui interrogat; alter promittere, ſpondere: interrogatio autem ſine reſponſione inutilis eſt) ſed propter partium neceſſariam conſequentiam, quia poſita una, altera quoque intelligitur; quod etiam in pleriſque aliis appellationibus uſu venit, ut in emptione, locatione, mandato, donatione, &c. Græci interpretes ἐπερώτησιν reddiderunt. Harum autem partium quædam ſunt communia; veluti ut & qui rogat & qui reſpondet verbis id faciat, ut uterque alterum exaudiat & intelligat: quædam reſponſionis propria, veluti ut qui reſpondet, illico id faciat; ut reſpondeat convenienter interrogationi. Sed de his poſtea explicatius.

Dari fierive] His verbis indicatur ſtipulationum materia nimirum non ſolum res in ſtipulationem deduci, ſed etiam facta; unde ſtipulationum quædam in dando, quædam in faciendo conſiſtere dicuntur, *l. 2. pro hoc tit. §. ult. inf. eod.*

Duæ proficiſcuntur actiones] Juſtinianus hoc paſſim & rectè obſervat, ut ad notitiam cujuſque contractus & obligationis etiam actiones adjungat, quibus id quod ex obligatione debetur, ſi ſponte debitor non ſolvat, ab invito obtinere liceat. Præter duas illas actiones, quas hic Juſtinianus commemorat, quaſque ait proficiſci ex ſtipulatione; datur & condictio triticiaria; quippe quæ, ſi cauſam excipias pecuniæ numeratæ, generalis eſt, *l. 1. de cond. tritic.*

Condictio certi] Hæc communem naturam habet cum ea, quæ competit ex mutuo, cæteriſque obligationibus, ex quibus certum petitur, *l. 9. l. ſi quis 24. de reb. cred.* dixi plura *ſub. pr. tit. præced.*

Si certa ſit ſtipulatio] Certa ſtipulatio hic non intelligitur ea, quam certo interpoſitam eſſe conſtat; incerta, de qua ambigitur: ſed certa & incerta dicitur ratione rei in ſtipulationem deductæ, quæ res certa ſit; id eſt, ſi appareat ex pronuntiatione quid quale quantumque ſit in ſtipulatione, ſtipulatio dicitur certa; ubi autem hoc non apparet incerta, *l. ſtipulationum 74. & l. ſeq. hoc tit.*

Ex ſtipulatu] Hoc verbum non ſignificat cauſam generantem: nam & conditio certi ex ſtipulatione naſcitur, quod hic expreſſum eſt & res ipſa loquitur. Atque in genere etiam qui rem certam ex ſtipulatu debitam petit, rectè & naturaliter dicitur ex ſtipulatu agere, *l. inter 83. § ſi rem 6. hoc tit. l. quod ſi 41. pro ſoc. l. 14. C. de pact. l. prædia 28. de act. empt.* ſed denotat materiam, & eſt nomen actionis ſpecialis. Unde explicandum quod tradit Ulpian. *d. l. 24. de reb. cred.* eum qui certum ſtipulatus eſt, ex ſtipulatu actionem non habere, ſed conditione certi id perſequi debere; nimirum non habere eum actionem, quæ in ſpecie & κυρίως ex ſtipulatu dicitur, & eſt actio ex ſtipulatu dicitur, & eſt actio ex ſtipulatu incerti, *l. 4. pr. de uſur.*

Si incerta ſit] Sed inquis, an non incertitudo ſtipulationem vitiat? Sanè aliquando. Interest enim, an res, quæ in obligationem deducitur, nullos certos fines habeat, ut ſi quis fundum ſtipuletur non adjecto nomine, vinum aut triticum ſine deſignatione menſuræ inſulam ædificari non demonſtrato loco: an ea certis finibus natura circumſcripta ſit; ut homo, equus, bos: illic ſtipulatio non conſiſtit, *l. triticum 94. cum ſeq. l. ita ſtipulatu 115. in pr. hoc tit.* hic contra, *vid. ſup. §. ſi generaliter 22 de legat.*

Quod ſtipulum apud veteres firmum.] Eandem 3 hujus nominis rationem reddit & Paulus *5. ſent. 7.* quam & D. Hottomannus probat, veriſſimam cenſet doctiſſimus Salmaſius *lib. de uſur. c. 6.* Varro autem

autem lib. 4 de lingua, cui ferè & Festus consentit, à *stipe* deducit. *Stipem* autem à *stipando* dictum scribit, eo quod veteres, cum ære gravi uterentur, acceptum maiorem assium numerum, non in arca ponebant, sed in aliqua cella stipabant. Aliam hujus verbi Etymologiam apud Isidorum *lib.* 3. *c.* 24. reperio, ubi scribit, stipulationem nomen inveniſſe à *stipula. Veteres enim*, inquit, *quando sibi promittebant aliquid, stipulam tenentes frangebant: quam iterum iungentes, agnoscebant sponsiones suas:* quod unde sumserit, nescio.

Forte à stipite] Stipes est fustis validus terræ defixus, teste festo. Durior autem videtur hæc notatio, & falsam esse arguit syllabæ quantitas in uno brevis in altero longæ D. Horomannus: legendum putat à στερεὸς, id est, denso & spisso. Sed nihil muto, cum Theophilus legat δὸν ἀπὸ στελέχους *à stipite*. Probabilius est, stipulum dictum ex Græco στυφελὸν & στυφλὸν, quod Grammatici exponunt στερεὸν, sive στιβῆν, *firmum, solidum. D. Salmas. d. loc.*

TEXTUS.

1. *In hac olim talia verba tradita fuerunt*; Spondes? Spondeo. Promittis? Promitto. Fidepromittis? Fidepromitto. Fidejubes? Fidejubeo. Dabis? Dabo. Facies? Faciam. *Verum autem Latina an Græca, vel qualibet alia lingua stipulatio concipiatur, nihil interest: scilicet si uterque stipulantium intellectum ejus lingua habeat; nec necesse est eadem lingua utrumque uti, sed sufficit congruenter ad interrogata respondere. Quinetiam duo Græci Latina lingua contrahere obligationem possunt. Sed hæc solemnia verba olim quidem in usu fuerunt: postea autem Leonina constitutio lata est, qua solemnitate verborum sublata sensum & consonantem intellectum ab utraque parte solum desiderat, quibuscumque tandem verbis expressum est.*

NOTÆ.

VTRUM LATINA, AN GRÆCA] *l.* 1. §. *ult. eod.* & sic stipulatio usu facta est juris gentium: quod de acceptilatione traditur, *l.* 8. §. *ultim. de accept.*

HÆC SOLEMNIA VERBA] Quæ etiam directa, *l.* 10. *C. de contr. stip.* civilia & legitima; quibus opponuntur vulgaria, *l.* 16. *de fidei. lib.*

QUIBUSCUMQUE TANDEM VERBIS] Leo verborum solemnes formulas in stipulationibus sustulit, & quorumvis verborum opportunitatem admisit, *d. l.* 10. Illa autem ad vim stipulationis adhuc requiruntur; ut fiat utraque loquente, ac proinde verba ex utraque parte interveniant; ut promittens respondeat congruenter interrogationi, idque sine notabili intervallo, & animo ac proposito contrahendæ verborum obligationis, *leg.* 1. *pr.* §. 1. & 2. *l.* 83. §. 1. *l.* 137. *hoc tit. l.* 12. *de duob. reis l.* 7. 12. *de pact.* Manet etiam nunc in vi obligandi notissima pacti & stipulationis differentia.

COMMENTARIVS.

1 *Ad substantiam stipulationis quænam adhuc requirantur.*
2 *Consectaria aliquot inde deducta.*
3 *Vt alia lingua, quam Latina, stipulatio fieri possit. à Sabino inductum videri.*
4 *Moribus hodiernis stipulationum & pactorum jura fere confundi.*

OLim non quævis verba vim adstringendæ obligationis habuere, sed ea demum, quæ solemnia erant & directa, atque à jurisconsultis in hanc rem concepta parataque: quod vel ex sola definitione stipulationis intelligere licet, quæ est apud Pomponium *l.* 5. §. 1. *hoc tit.* Etsi autem scrupulosa hæc verborum observatio à Leone postea sublata est, *l.* 10. *C. eod.* illud tamen ad vim atque substantiam stipulationis adhuc requiritur, ut fiat utroque loquente, ac proinde verba ex utraque parte interveniant, ut promittens respondeat congruenter interrogationi, idque sine notabili intervallo, & animo ac proposito contrahendæ verborum obligationis, *l.* 1. *pr.* §. 1. & 2. *l. inter.* 83. §. 1. *l. continuus* 137. *hoc tit. l.* 7. §. *quod fere* 12. *de pact.* Itaque mutus ad verborum obligationem non pertinet: sed neque surdus; qui quamvis ipse loqui potest, alium tamen loquentem audire non potest, *l.* 1. §. *pen.* & *ult. de obl.* & *act.* §. *mutuum* 7. *inf. de inut. stip.* Præterea & illud hinc sequitur, stipulationem inter absentes contrahi non posse: sed nec posse in scriptis; licet partes præsentes sint; quamvis secus sentiat Vvesembecius, Vtitur ille arg. *l. optimam* 14. *C. hoc tit.* & *l. non figuræ* 38. *de obl.* & *action.* Verum neutra id, quod vult, probat: sed illa hoc tantum, præsumptionem esse pro instrumento, in quo scriptum est, omnia solemniter esse acta, stipulationemque ritè factam; *l. sciendum* 30. *hoc tit.* §. *si scriptum* 16. *inf. de inut. stipul.* §. *ult. inf. de fideic.* hæc, non minus valere, quod literis exprimitur, quam quod verbis nuncupatur. Sed sciendum est,

hoc toties verum esse, quoties verba ad constitutionem actus necessaria non sunt: quemadmodum è converso cum scriptura ad essentiam rei requiritur, verba interveniſſe non sufficit, *l. contract.* 17. *C. de fid. instr.* Porro etiam hinc efficitur, nec eum obligari, qui sine verbis adnuit, *l.* 1. §. 2. *hoc tit.* ubi hoc quoque adiicitur, adnuentem tantum nec naturaliter obligari: sed hoc referendum est ad rationem juris civilis, quo jure propter defectum substantiæ obligationis ne quidem pro naturaliter obligato habeatur, qui adnuit tantum: non dubitandum non est, quin si quis interroganti serio adnuat, aut per literas respondeat, is jure naturæ obligetur. De congruentia interrogationis & responsionis dicemus sub §. *præterea* §. *inf. de inut. stipul.* Postremo actus stipulantis & promittentis etiamum continuus esse debet, *l. continuus* 137. *princ. hoc titul.* Cæterum non omne intervallum excluditur, sed longiusculum, ut verisimile sit, ad alia negotia discessum esse, animumque contrahendi depositum, *d. l. continuus hoc tit. l.* 12. *princ. de duob. reis*, quo loco pro verbo *prolatus*, ut hoc obiter moneam, mihi dubium non est, quin legendum sit *Proculus*. His ita concurrentibus stipulationem contractam esse intelligimus, nisi ex circunstantiis, aut iis, quæ acta sunt, probetur, non stipulandi, sed paciscendi animum partes habuisse, *l.* 7. §. *quod fere* 12. *de pact.*

Talia verba tradita] Neque aliis verbis stipulatio contrahi poterat. Itaque si quis, verbi causa, ita interrogasset, *Centum dare polliceris? Curabis hoc fieri?* Respondente altero, *Polliceor* aut *Curabo*, non contrahebatur verborum obligatio. Quin tanta erat olim in verbis stipulationum scrupulositas, ut etiam dubitarum sit, an valeret hæc conceptio, *Dabis? Quidni? leg.* 1. §. 2. *hoc tit.*

Latina an Græca lingua] Certum est, Romanos in omnibus actibus civilibus, qualis etiam est stipulatio, solemnibus formulis, ac verbis, ut tum dicebantur, legitimis, usos fuisse; ac proinde non nisi Latinis. Sed cum stipulationis magnus esset usus, & plerumque aliis conventionibus, quæ quacumque lingua fieri solitæ erant, hæc annecteretur, propter utilitatem receptum fuit, ut & ipsa quoque quacumque lingua fieri posset: videturque primus Sabinus hoc induxisse, ut Græca lingua posset stipulatio concipi: postea vero sensim ad aliam quamvis linguam idem jus productum, *l.* 1. §. *ult. hoc tit.* Sic stipulatio usu facta est juris gentium: quod & de acceptilatione traditur, *l.* 8. *ult. de acceptil.*

Solemnitate verborum sublata] Leo verborum solemnes formulas in stipulationibus sustulit, & quorumvis verborum oportunitatem admisit, *l.* 10. *C. hoc tit.* Illa tamen, quæ paulo ante memoravimus, post hanc constitutionem adhuc manserunt, & in vi obligandi, notissima pacti & stipulationis differentia. Mores vero hodierni pactorum & stipulationum jura ferè confundunt: tam enim ex nudo pacto, modo serio & deliberato initum sit, obligatio & actio nunc nascitur, quam ex stipulatione, sive hoc ex jure pontificio, ejusve juris interpretatione invaluit, sive ex eo, quod posterioribus sæculis grave visum fuit, etiam in nudis pactis fidem fallere. Itaque cum hodie stipulationis non major vis sit, quam cujusliber pacti, nulla amplius est stipulationis necessitas, nec minus pacto, quam stipulatione & fidejussores constitui, & novatio fieri, & usuræ promitti poterunt. Verbo tamen stipulandi plerumque adhuc utimur, *vid. Gomez. 2. resol. 9. n. 3. & 11. n. 3. Gudelin. lib. 3. de jur. nov. c. 5. Christin. vol. 2. decis. 91. Grot. 3. manuduct.* 1. *D. Tulden. comm. hic c.* 2.

TEXTUS.

2. *Omnis stipulatio aut purè, aut in diem, aut sub conditione fit. Purè, veluti,* Quinque aureos dare spondes? *Idque confestim peti potest. In diem, cum adjecto die, quo pecunia solvatur, stipulatio fit; veluti,* Decem aureos primis Calendis Martiis dare spondes? *Id autem quod in diem stipulamur, statim quidem debetur: sed peti prius, quam dies venerit, non potest: ac ne eo quidem ipso die, in quem stipulatio facta est, peti potest: quia totus is dies arbitrio solventis tribui debet: neque enim certum est, eo die, in quem promissum est, datum non esse, prius quam is dies præterierit.*

NOTÆ.

2. CONFESTIM PETI POTEST] *l.* 41 §. 1. *l.* 56. §. 4. *h. t. l.* 14. *de reg. iur.* quia puræ stipulationis, id est, cui nec conditio nec dies vel tacitè insit, dies statim & cedit & venit, *lib.* 213. *de verb. sign.* Ex humanitate tamen dilatio aliqua indulgenda, *l.* 105. *de solut.*

ADIECTO DIE] Nimirum certo: nam incertus conditionem facit, utique quoties incertum est, an sit extiturus, *l.* 21. *& seq. quand. dies leg.* Cæterum si certum sit extiturum esse, licet incertum quando, veluti, *Dabis, cum morieris?* hujusmodi dies in contractibus pro conditione non habetur, *l.* 16. cum. 2. *seqq. de cond. ind.*

STATIM

STATIM DEBETVR] *l.* 38. §. 16. *l.* 46. *h. t. l.* 213. *de verb. sign.* & ideo solutum, quamvis per errorem, repeti non potest, *l.* 10 *de cond. ind.* Alia hujus præsentis obligationis effecta habes *l.* 1. & 5. *de novat. l.* 3. §. *ult. l.* 4. *de pec. const.*

PETI PRIUS, &c. NON POTEST] *l.* 44. §. *de obl. & act. l.* 42. *h. t. l.* 9. *in fin. pr. de reb. cred. l.* 213. *de verb. sign.* quo respiciens Vlp. *l.* 41. §. 1. *h. t.* ait diem adjectum efficere, ne præsenti die pecunia debeatur: id est, ne debeatur plenè & efficaciter non ita, ut & peti possit.

ARBITRIO SOLVENTIS] Quoniam adjectio dici pro reo est, *d. l.* 41. §. 1. cui ob id liberum etiam ante diem solvere; & vel invito creditore, *l.* 50. *de obl. & act. l.* 70. *de solut. l.* 38. §. 16. *hoc tit.* nisi fortè dies creditoris gratia adjectus, *l.* 17. *de reg. jur.* ut in *l.* 15. *de ann. leg. l.* 17. §. 3 *de usur.*

COMMENTARIUS.

1 *Ex pura stipulatione quod statim agi posse dicitur, quomodo accipiendum, & expositus* §. *ult. inf. de inutil. stip.*

2 *Dies incertus quando conditionem facit: & quid hic interest inter legata & stipulationem.*

3 *Quid si apponatur dies finienda obligationis causa?*

4 *Effectus obligationis in diem, & num quod in diem debetur, ante diem rectè offeratur creditori, licet accipere recusanti.*

5 *Verùm ante diem prorsus nulla sit actio, an statim una cum obligatione ipso jure actio nascatur, sed quæ intentata exceptione temporali removenda sit.*

6 *Explicatio l.* 73. *de verb obl.*

7 *Formulæ quadam ejusdem efficaciæ, & alia notatu digna.*

DIvisio stipulationis à diverso contrahendi modo quæ tamen non magis ad stipulationem pertinet, quam ad conventiones cæteras: nullus enim contractus, nullaque conventio, quæ non fiat vel purè, vel in diem, vel sub conditione. Quamquam in depositio dies aut conditio adjecta nihil operetur, *l.* 1. §. *si depositum* 45. §. §. *seq. depos.*

1 *Idque confestim peti potest*] Puræ stipulationis dies, ita nostri loquuntur, statim & cedit & venit, *l. cedere* 213. *de verb. sign.* hoc est, id quod purè promissum est, confestim & debetur, & peti potest, *l. cum qui* 41. §. 1. *l. cum qui* 56. §. *qui ita* 4. *l. liber homo* 118. §. *h. t. l.* 14. *de reg. jur.* Idque efficit certa juris ratio: quippe posita pura nec impedita obligatione, actionem poni necesse est, farendumque, jus exigendi competere, *d. l. cedere d. l. liber homo* §. 1. Puram autem stipulationem ex re accipimus, non ex solis verbis; eamque intelligimus, cui nec conditio nec dies vel tacitè insit: alioqui pura stipulatio interdum & ea dicitur, quæ verbis pura est, cum tamen re dilationem habeat, & tempus tacitè complectatur; quæ huc non pertinet, *l. interdum* 73. *h. tit.* Non obstat definitioni propositæ quod scriptum est in §. *ult. inf. de inut. stip. eum, qui fundum aut hominem stipulatus est, non posse continuo agere, nisi tantum spatium præterierit, quo traditio fieri possit.* Hoc enim non ad jus petendi, sed ad ejus, quod petitur, solutionem, & executionem obligationis, referendum est; ut non continuo urgeatur & compellatur debitor ad traditionem aut solutionem faciendã, sed dilatio ei aliqua indulgeatur ex humanitate, & tantum temporis spatium, intra quod traditio commodè fieri, pecunia confici & solutio expediri queat. Licet enim difficultas præstandi non moretur actionem, *l. continuum* 137. §. *illud* 4. *hoc tit.* atque adeo qui decem hodie dari stipulatus est, ex ratione juris non præmature agat ac proinde nec in pœnam plus petitionis incidat, etiamsi nondum finito stipulationis die petat: *d. l. liber homo* §. 1. *eod.* quia tamen spatium aliquod inter contractam obligationem & solutionis exactionem intercedere æquum est, atque inciville, statim cum sacco venire creditorem; *arg. l. quod dicimus* 105. *de solut.* placet, debitori confitenti debitum, & parato solvere, modicum tempus ad solvendam pecuniam dari, nimirum id quod reis post condemnationem indultum est, ne deteriore conditione sit, qui ultro debitum agnoscit, quam qui neget & convictus condemnatur, *l. judicatum* 16. *jud. solv. junct. l. si debitori* 21. *de judic. Don. ad l.* 41. §. 1. *hoc tit, n.* 34. & *seqq.* Cæterum DD. vulgo id judicem pro re nata, proque personarum & causæ qualitate, definire & moderari oportere statuunt, *arg. l. in fraudem* 45. §. *fiscalibus* 10. *de jur. fisc.* & sanè nec præcisè tempus judicati servare magistratus cogitur, *l.* 2. *de re judic.* sed ex causa id vel arctare vel prorogare potest, *vid. Menoch. de arbitr.* 2. *cent.* 1. *caus.* 27. Dura autem nimis est Cujacij in *d. l.* 41. & Timæi Fabri *disp. annu.* 23. sententia, qui nullum laxamentum concedunt.

Cum adiecto die] Stipulatio in diem est, quæ fit adjecto die, quo pecunia solvatur. Diem hic certum accipere debemus, quoniam incertus conditionem facit, utique quoties incertum est, an exiturus sit; veluti in hac conceptione, *Dabis, cum Titius uxorem duxerit*; aut *cum Titius pubes factus erit? l. si dies* 21. & *l. seq. quando dies leg.* Nam si illud duntaxat incertum, quando sit exiturus, certum autem, exiturum esse; veluti si quis ita stipulatus fuerit, *Dabis, cum morior*, aut *cum morieris*? hujusmodi diem pro conditione 2

non haberi, argumento est quod soluta ante diem mortis pecunia repeti non potest, *l. 16. cum 2. seqq. de cond. ind.* Equidem scio, in legatis hanc distinctionem observari: ut, si ita legetur, *Hares meus cum morietur, decem dato*, id legatum quasi incerto die adscripto pro conditionali habeatur, ac proinde ad hæredem legatarij vivo hærede defuncti non transeat. Sin vero ita, *cum ipse legatarius morietur*, hoc quasi post certum diem relictum transmittatur, *l. 1. §. 2. l. hares 79. de cond. & dem. l. 4. quand. dies leg.* Sed non est talis legati. *Hares meus cum morietur, Titio decem dato*, & stipulationis hujusmodi *cum merieris decem dare spondes?* eadem ratio. In legato adjectio illa, *cum hæres morietur*, conditionem ideo facit, quia per eam vis legati in incertum eventum suspenditur: quippe quod præmoriente legatario effectum sortiri non potest. In stipulatione vero hæc adjectio *cum morieris* nullam incertitudinem parit: nam etsi ante promissorem stipulator decesserit, hæredi tamen ejus debetur, §. 4. *inf. eodem* Vnum etiam genus diei planè incerti contractum conditionalem non facit, nempe in hac oratione, *cum petiero, dare spondes?* quod ex proposito contrahentium intellectum est, quorum procul dubio in hujusmodi adjectione hæc cogitatio est, ut statim & sine mora, ubi petitum erit, solvatur non ut obligatio differatur in casum: ideoque si decessero prius, quam petiero, non videtur defecisse conditio, *l. si decem 48. h. t.* Sed nec dies certus adjectus simpliciter conventionem in diem
3 facit; verum ita demum, si adjectus sit solutionis & actionis differendæ causa, atque ut terminus à quo. Quod si opponatur dies, ut terminus ad quem, id est, finiendæ obligationis causa, puta hoc modo, *Vsque ad Calendas dare spondes?* aut *Quo ad vivam, dare spondes?* purè contracta obligatio intelligitur: cæterum petenti post Calendas, aut hæredi petenti obstabit exceptio pacti aut doli mali, *l. obligationum 44. §. 1. de obl. & act. l. eum qui 56. §. qui ita 4. hoc tit.* vide quæ *sub. §. seq.* Porro dies vel apertè adiicitur, ut in formulis usitatis, *Calendis Martiis, proximis nundinis, post biennium*: vel tacitè stipulationi, verbis alioqui puræ, inest, propter vel loci adiectionem, vel qualitatem rei promissæ, ut in stipulatione operis faciendi, fructuum nascturum *l. 114. l. continuus 137. §. 2. & 3. hoc tit. §. loca inf. eod.*

Statim quidem debetur] *L. stipulatio 38. §. inter. 16. centesimis 46 hoc tit. l. cedere 213. de verb.*
4 *sign.* Atque hujus præsentis obligationis intuitu hujusmodi stipulatio pura interdum dicitur, ut & ejusdem generis legatum, oppositivè nimirum ad stipulationes & legata conditionalia, *l. 9. §. 1. de novat. l. 79. de cond. & demonst.* Quid ergo est, quod Vlpianus in *leg. eum qui 41. §. 1. hoc tit.* ait, *diem adiectum efficere, ne præsenti die pecunia debeatur?* nimirum verbum debendi cum effectu eo loco Iurisconsultus accepit: ut si sensu, diem adjectum efficere, ut ante diem non debeatur plene & efficaciter, non ita, ut & peti possit: quod locus ipse satis evincit. Non negat igitur Iurisconsultus, diem stipulationis cessisse; quod pugnaret cum manifesta ratione juris; sed venisse negat. Etsi autem diei adiecti hæc vis est, ut ante diem agi non possit, alia tamen præsentis obligationis effecta sunt. Stipulatori hæc commoda affert, ut id debitum solutum ante diem, quamvis per errorem, repeti non possit: *l. 10. de cond. ind.* ut possit novari & constitui, atque ita possit, ut etiam ante diem obligationis principalis peti possit, *l. 1. & l. 5. de novat. l. 3. §. ult. & leg. seq. de pec. const.* In debitore hoc efficit, ut & ante diem vel invito creditore rectè solvat, *quod quis 50. de obl. & act. l. quod certa 70. de solut. l. stipulatio 38. §. inter. 6. l. continuus 137. §. 2. hoc tit.* quod interpretandum ex *l. 9. C. de solut.* Nam cum diei adjectio pro reo sit, non pro stipulatore, *d. l. 41. §. 1. eod.* medium tempus reo liberum esse debet ad solutionem: quæ etiam ratio redditur in *d. l. stipulatio, & d. l. quod certa.* Et vero quidni mihi liceat dilationi pro me introductæ renuntiare? *per vulg.* Et miror, adeo Cujacium in re tam aperta dissensisse, atque eo magis, quod sententiæ suæ firmamentum petit ex *l. item 18. de pec. const.* qui locus etsi solus esset, illum jugularet. Nihil sententiam Cujacii juvat *l. si soluturus 39. de solut.* nunquam enim obtinebitur, importunum tempus esse id, quod diem adjectum antecedit. Postea comperi, & Guillel. Masium dissentire, *lib. 1. singul. opin. cap. 4* cujus argumentis vel una hac responsione occurri potest, nempe quod cuique jure facere licet, id ei licere etiam altero invito. Planè; si apparet diem adjectum esse etiam creditoris gratia, aliud dicendum est; veluti si quid certo loco dari promissum fuerit, *l. 2. quod cert. loc. l. qui Roma 122. pr. hoc tit. facit l. 15. de ann. legat. l. 17. de reg. iur. Dom in d. l. 41 §. 1. num. 47. & seq. D. Tulden. comm. hi cap. 12.*

Peti prius, quam dies venerit] Quod in diem debetur sive ex stipulatione sive ex alia causa, id ante diem peti, eo nomine agi, debitoremve conveniri antequam dies venerit, non posse, innumeris locis proditum est, *l. certi 9. in fin. pr. de reb. cred. l. quotiens 21. de oper. libert. l. 7. l. 14. quib. ex ca. in poss. l. cedere 213. de verb. sign. l. obligationum 44. §. 1. de obl. & act. l. 14. l. qui hoc anno 42. l. interdum 73. l. existimo 98 §. 1. hoc tit. cum simil.* Atque hactenus quidem interpp. omnes conveniunt, quod etsi dies adjectus non impedit, quominus obligatio statim oriatur, tamen efficiat,

quominus

quominus statim agi possit. Cæterum non levis 5 quæstio est agitata Citramontanos inter & Ultramontanos, ut apparet ex Cyno & Saliceto in *l. un. C. ut act. ab hæred.* circa explicationem horum verborum. *agi, peti non posse*: utrum scilicet ea sic accipienda sint, ut nulla prorsus ante diem actio esse intelligatur; an vero sic, ut ipso quidem jure una cum obligatione protinus nascatur actio, sed quæ ante diem cum effectu intentari nequeat, æque intentata exceptione temporis & plus petitionis submoveatur. Ego in hac quæstione posteriorem sententiam, quæ Citramontanorum fuit, probandam censeo cum Salic. in *d. l. un.* & *Gomez. 1. resol. 11. num. 21.* Etenim posita causa obligationis proxima, præsenti videlicet obligatione, non potest non poni actio. Sed sunt alia hujus rei argumenta. Agenti ante diem dicitur obstare exceptio, §. *temporales* 10. *inf. de except.* At exceptio necessario præsupponit actionem. Qui ante diem agit, *præmature, male, & perperam* agere dicitur, *l. un. in fin. quand. dies vs. leg. ced. l. liber homo* 118. §. 1. *hoc tit. leg.* 2. §. *qui ita* 6. *de eo quod cert. loc. & tempore plus petere*, §. *si quis* 33. *inf. de action.* Qui autem nullam omnino actionem habet, si quid moverit, is non *male agere*, sed *inutiliter*, *l. bovem* 43. §. *pen. de ædil. edict. nec plus petere*, sed *nihil facere*, dicitur, *d. l. un. in fin.* Adhæc effectu nihil interesse, utrum stipulationi puræ factæ dies postea adiiciatur, an ab initio adiecto die stipulatio fiat, clare arguit *d. §. temporales, inf. de except.* & frigide contra disputat Don. ad *l.* 41. §. 1. *num.* 41. & 2. *seqq.* Denique si dies finiendæ obligationis causa, atque, ut loquuntur, adiectus per modum termini ad quem, adveniens obligationem & actionem ipso jure non tollit, sed hoc tantum efficit, ut per exceptionem actio eludatur; eriam adiectus differendæ obligationis & actionis causa, atque ut terminus, à quo, efficere non poterit, ne statim obligatio & actio nascatur; sed hoc tantum, ut mota ante diem actio exceptione temporali excludatur. Non obstat quod aiunt, contractus & obligationes pendere à voluntate contrahentium, *l. 5. C. de obl. & act.* actus agentium non operari ultra eorum intentionem, *l. non omnis* 19. *de reb. cred.* ut proinde, cum debitoris intentio non sit, ut ante diem obligetur, nec creditoris, ut obliget, dicendum videatur, nec ante diem adiectum obligationem & actionem nasci. Nam voluntate contrahentium ratio juris publici mutari non potest, quo placuit certis modis obligationem constitui & finiri, inter quos non est tempus, *l. obligationum* 44. §. 1. *de obl. & act.* Deinde non hoc in proposito agunt contrahentes, ne statim nascatur obligatio, sed ut differatur obligationis executio. *D. Bachov. hic.* Magis obstat *l. interdum* 73. *hoc tit.* ubi Iurisconsultus, propositis aliquot speciebus stipulationum, quæ ex re ipsa dilationem capiunt, subiicit, *tunc actionem incipere*, &c. Et mox, *non ante cedere diem*, &c. An dicimus, aliud juris esse, cum dies tacite inest, aliud cum aperte adiicitur; An potius exemplorum omnium, quæ in *d. l.* 73. confusim proponuntur, non unam eandemque esse rationem? Sane enim etsi stipulationes illic propositæ in eo omnes conveniunt, quod dilationem habeant, non eandem tamen habent omnes; sed aliæ ex tacita conditione, ut stipulatio operarum, aliæ ex conditione & die simul, ut stipulatio fructuum futurorum; aliæ ex die duntaxat, ut quod certo loco dari promissum est: secundum quæ nisi prædicta illa, *actionem incipere, diem cedere*, commode explicentur, in certissima juris principia impingatur necesse est. Sic ergo sentio, ex stipulatione, in diem concepta statim & obligationem nasci, & simul actionem quoad habitum & actum primum: sed diem adiectum impedire seu suspendere actum secundum, id est, exercitium actionis & operationem: breviter, ipso jure etiam actionem competere; sed quæ intentata ante diem stipulatione comprehensum exceptione repelli possit. Quid interest, actio ipso jure non competat, an quæ competit, per exceptionem removeatur, dicemus *inf. sub tit. de except.*

Ne eo quidem ipso die] Apparet igitur, in hoc genere dici debere, diem venisse, non cum dies stipularione comprehensus venit; sed cum is dies venit, qui illum sequitur. Est enim is, quo primum pecunia peti potest: non is, in quem stipulatio collata, *l. cedere diem* 213. *de verb sign.*

Totus arbitrio solventis] Tempus adiectum proreo, non pro stipulatore est, *l.* 41. §. 1. *hoc tit. l.* 17 *de reg. iur.* ideoque nisi partes adiecti temporis omnes præterierint, stipulator non rectè agit: ut puta, qui hoc anno, aut hoc mense dari stipulatus est, is non rectè petit, nisi omnibus partibus anni vel mensis præteritis, *l. qui hoc* 42 *hoc tit.* §. *ult. inf. de inut. stip.* Plane, si quis ita stipuletur, *Hodie dare spondes*? puram esse hanc stipulationem Papinianus respondit: neque enim in proposito diem differendæ actionis insertum videri, sed quo præsens ostendatur esse responsum, *l. liber homo* 118. §. 1. *eod.* Sive autem hac formula concepta sit stipulatio; *Proximis Calendis Martiis, hoc biennio, proximis nundinis, dare spondes*? sive ira, *Ante Calendas ante biennium, ante nundinas*? sive denique hoc modo, *post Calendas, post biennium, post nundinas*? non prius recte peti potest, quam Calendæ, biennium, nundinæ præterierint; ut promissio semper in tempus finitum, non cœptum referatur, *l.* 13. *l.* 41. *cum l. seq. l. eum qui* 56. §. *qui ita* 5. *l.* 138. *eod.* In diversis temporibus longissimum sequemur, sicut in summis sequimur

minimam, *l. 12. eod.* Quod si simpliciter hoc modo, *Calendis Ianuariis dabis?* nisi primas accipimus, inutilis futura est stipulatio, *d. l. 41. in pr.* Qui certam summam in tribus terminis se soluturum promisit, in ea causa à DD. habetur, ac si annua bima trima die promisisset, id est, uti universa summa in tres pensiones annuas dividatur. Sed recte prudentissimus D. Tuldenus hoc ita demum probandum ait, si per relationem aut saltem ex consuetudine hoc actum appareat: alioqui judicem tempus arbitraturum habita ratione summæ & personæ promissoris.

TEXTUS.

3. *At si ita stipuleris*, Decem aureos annuos quoad vivam dare spondes? *& pure facta obligatio intelligitur, & perpetuatur: quia ad tempus non potest deberi: sed hæres petendo pacti exceptione submovebitur.*

NOTÆ.

3. DECEM ANNUOS] sive in singulos annos, aut quotannis. Quæ adjectio fieri intelligitur non differendi, sed multiplicandi causa. Eo autem omisso, confestim quidem adhuc decem peti possunt, sed semel tantum, *l. 56. §. 4. h. t.*

QUOAD VIVAM] Quid si hoc omissum? Tum effectus obligationis etiam post mortem durabit, *l. 16. §. 1. eod.* Legati autem annui ratio nonnihil diversa *d. l. 16. §. 1. l. 4. l. 11. de ann. leg. l. 10. quand. dies leg.*

QUIA AD TEMPUS] Nam quod alicui deberi cœpit, certis modis deberi desinit, puta solutione, acceptilatione, novatione, &c. nihil autem horum est tempus, *l. 44. §. 1. de obl. & act.*

PACTI EXCEPTIONE] Vel doli mali, propter illa verba, *quoad vivam*, quæ finiendæ obligationi adjecta, *d. l. 56. §. 4. d. l. 44. §. 1.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid juris, si quis stipuletur decem quoad vivet, non addito annua.*

2 *Quid si decem in singulos annuos, omisso, quoad vivet.*

3 *Quid, cum obligatio unius summæ in plures pensiones dividitur.*

4 *Quibus rebus differat stipulatio in singulos annos à simili legato. Et qui istius differentiæ effectus*

5 *Quid juris in casu hic proposito.*

AGitur hic de efficientia dici stipulationi adjecti in modum termini ad quem; id est, perimendæ obligationis causa, doceturque, ea conventione non fieri, ut aut ab initio suspendatur obligatio, aut postea tempore ipso jure finiatur: cæterum stipulatorem post tempus petentem pacti conventi exceptione summoveri. Affertur pro exemplo casus, quo quis annuum quid stipulatur, quoad vivet. Nos vero, ut res planior 1
fiat, tres casus distinguemus. Primus hic sit, si quis stipuletur decem, *quoad vivet*, non addito, *annua* aut *in singulos annos*. In hac specie responsum est, decem confestim rectè peti, quemadmodum si quis usque in Calendas dari stipulatus fuerit, etiam ante Calendas petere potest. Sed & obligationem perpetuari, ideoque & hæredem illius, & hunc, post Calendas petere posse: cæterum petentes exceptione pacti conventi aut doli mali submoveri, *l. eum qui 56. § qui ita, hoc tit. l. 44. §. 1. de obl. & act.* Utrum autem, qui decem, quoad stipulatur vivet, dare spopondit, intelligatur decem semel, quod Duareno in *d. l. 56.* placet, an decem annua promisisse, quod Donello *ibid.* & D. Tuldeno in *comm. hic. cap. 11.* & ego quoque verius puto, (certe usui loquendi hodierno magis convenit) ad id de quo nunc quæritur, id est, an statim ex ea stipulatione agi possit, & semel constituta perpetuetur, nihil interest. Alter casus hic esto; si 2
ita stipulatio concepta sit, *Decem in singulos annos dabis?* omissis his verbis, *quoad vivam* Hic illud primum tenendum est, effectu nihil interesse, utrum quis decem in singulos annos, an decem annua, an decem quotannis aut singulis annis stipuletur, uti nec in legato annuo refert, quibus ex his verbis utare, *l. 8. §. si in singulos 23. de transact. l. 12. §. nouissime. quand. dies leg.* Deinde in hac stipulatione adiectionem annorum non efficere, quo minus statim nascatur obligatio & actio, *arg. hujus §. 1. fact. 20. quand. dies leg. l. eum qui 56. §. 4. hoc. tit.* ac proinde initio cujusque anni decem tanquam pure promissa recte peti. Ratio est, quia annorum adjectio non differendi, sed multiplicandi causa facta intelligitur: idque ex eo apparet, quod nisi anni adiecti essent, intelligeremus, summam semel tantum deberi, non sæpius. Non idem juris est, cum quid promittitur hoc anno, hoc biennio, & semel: quoniam in re, quæ etiam anno non adiecto deberetur, non potest intelligi annus adiectus, nisi obligationis differendæ causa. *l. qui hoc 42. hoc tit.* Aliud quoque 3
est, cum aperte obligatio unius summæ in plures pensiones dividitur: veluti si centum à te stipulatus sim, & convenerit inter nos, ut eam divisis trium annorum pensionibus præstares; hic primi anni pensio non nisi finito primo anno peti potest; eademque ratio est sequentium, *l. lect. 40.*

de

de reb. cred. l. 3. de ann. legat. l. si cui 49. de legat. 1. Postremo annuam stipulationem unam esse & perpetuam, ita di ad hæredes quoque obligatio transmittatur, *l. 16. §. 1 hoc tit. argum. l. 13. C. eod. Moller. 5. semestr. 48.* quamvis ut negat Bart. *arg. l. sancimus 34. §. ult. versic fin. autem, C. de donat.* Nam, ut bene observaverunt Contius & Cujacius, in eo versiculo corrupte legitur, *vel adii. iatur tempus vitæ*; eo enim modo si legas, pugnabit ex diametro diversiculus cum principio §. itaque omnino legendum *vel non adiiciatur*, ut Græci *lib. 47.* Βασιλικῶν. Multum ergo differt stipulatio in singulos annos à simili legato. Legatum annuum multiplex est, *l. 10. quand. dies leg. l. 11. de ann. legat.* neque infinitum tempus habet, sed morte legatarij finitur, *l. 4. d. tit. l. 16. §. 1. hoc tit.* Sic enim jus est, cum annum aut in annos singulos legatur, ut primi quidem anni iam cœpti legatum purum habeatur, & defuncto post mortem testatoris legatario, ad hæredem ejus legatum illius anni transeat, sequentium vero annorum legata conditionalia existimentur, iisque inesse videatur hæc conditio, si legatarius viver, ejusque tantum anni legatum transmittatur quo legatarius vixit, *l. 4. l. 8. de ann. legat.* Vnde etiam illud est, quod per singula legata exquiritur persona legatarij, an jus capiendi habeat, *l. 11. d. tit.* Diversa omnia in stipulatione annua. Hæc una est, *l. 16. §. 1. hoc tit.* ut tamen sit plurium pensionum diversis temporibus exigendarum & præstandarum, *l. si à colono 58. de fideiuss.* Hinc fit ut conditio stipulatoris semel tantum & initio contractus inspiciatur, *leg. senatus. 35. §. ult. de mort. caus. don. leg. si filius fam. 78. hoc tit.* Cujus differentiæ hic effectus, ut si verbi causa servus, cui annuum legatum est, primo aut altero anno post mortem testatoris consequatur libertatem, sequentium annorum legata sibi acquirat, *l. 12. §. 1. quand. dies leg.* quod secus esse dicemus in annua stipulatione, *d. l. si filius fam. & d. l. senatus, §. ult.* Postremo, ut iam diximus, stipulatio in annos singulos perpetua est, nec morte stipulatoris finitur, *d. l. 16. §. 1. hoc tit.* Cur tam varie? Nimirum quia testator in legato annuo, etsi non adiecerit, *quoad vivet legatarius*, soli tamen legatario consulere voluisse creditur, non hæredi ejus. Præsumptio ex eo, quoniam legata vel ob meritum personæ legatarij, vel ob testatoris erga eum benevolentiam relinqui solent, *l. 9. tum seq. prosoc.* quorum neutrum in hæredem legatarij, utpote quem testator non novit, cadere potest. At in conventionibus pro communi hominum affectu ea mens & cogitatio contrahentium esse putatur, ut qui sibi cavet, etiam hæredibus cautum velle intelligatur, nisi contrarium probetur, *l. 9. de probat.* Plane, si causa obligationis cohæreat personæ stipulatoris, veluti si quid annui in alimenta alicui promissum fuerit, aut si medicus certam summam annuam stipuletur, *l. 101. §. 1. de ann. legat.* dicendum est, tali stipulatione personam hæredis non contineri, ideoque si petat, doli mali exceptione posse submoveri. Tertius & postremus casus sit, qui hic proponitur, si quis stipuletur, decem annua, *quoad vivet*, sibi dari. Iustinianus expresse ait hoc casu obligationem pure factam intelligi, atque etiam perpetuari, quoniam ad diem obligatio constitui non potest. Quamobrem quod proprium est puræ obligationis, ex hac stipulatione similiter, ut ex superiore, confestim seu initio cujusque anni recte agetur, nec morte stipulatoris finietur obligatio. Cæterum hoc inter hunc & præcedentem casum interest, quod hic hæredes stipulatoris petentes pacti conventi exceptione repellantur, propter verba illam, *quoad vivam*, quæ finiendæ obligationis causa adiecta esse constat; *leg. eum qui 56. §. 4. hoc tit. l. obligationum 44. §. 1. de obl. & act.* illic obligationis effectus etiam post mortem duret, *l. 16. §. 1. hoc tit.*

TEXTUS.

4. *Sub conditione stipulatio fit, cum in aliquem casum differtur obligatio, ut si aliquid factum fuerit, vel non fuerit, committatur stipulatio. Veluti.* Si Titius consul fuerit factus, quinque aureos dare spondes? *Si quis ita stipuletur*, Si in Capitolium non adscendero, dare spondes? *perinde erit, ac si stipulatus esset, cum moreretur, sibi dari. Ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri: eamque ipsam spem in hæredem transmittimus, si prius quam conditio exteat, mors nobis contigerit.*

NOTÆ.

4. CUM IN ALIQUEM CASUM] Nec interest, conditio fortuita sit, an arbitraria *l. 99 §. 1. l. 115. §. 1. & 2. eod.* aut mixta, veluti, *Si Maviam uxorem duxeris, l. 108. eod.* Illa autem quæ in arbitrium rei promittendi aperte confertur, inutilem stipulationem efficit, *l. 17. l. 46. §. ult. eod. l. 8 de obl. & act.*

SI IN CAPITOLIUM] Crebro veteres hujusmodi exemplis utuntur, cum de conditionibus tractant. v. Duar. 2. *disp.* 15.

PARINDE AC SI CUM MORERETUR] In eo utraque hæc stipulatio convenit, quod ea neutra

ante mortem agi potest: cæterum illa. *Si in Capitolium non adscendero*, conditionalis est, & obligationem differt: altera vero, *cum moriar*, in diem, quæ non differt obligationem, *l.* 17. *& seq. de cond. ind.*

In hæredem transmittimus] Vt existente postea conditione etiam hæres stipulatoris agere possit, *l.* 57. *h. t.* fac. *l.* 8. *de pr. & commod. rei vend.* Non idem est in conditionalibus legatis *l.* 4. *l.* 5. §. 2. *quand. dies leg.* Cur tam varie? Quia stipulationes etiam conditionales ex præsenti vires accipiunt, quamvis obligatio & petitio in suspenso sit, *l.* 16. *de stip. serv. l.* 144. §. 1. *de reg. iur.* Legata autem demum cum deberi incipiunt, *d. l.* 4. *& l. un.* §. 7. *C. de cad. toll.* Vnde & aliæ differentiæ, de quibus in *l.* 42. *de obl. & act. l.* 27. *qui & à quib. man. l.* 78. *h. t. l.* 18. *de reg. iur.*

COMMENTARIVS.

1 *Quid sit conditio & quotuplex: tum quæ conditiones inutilem stipulationem ab initio faciant.*
2 *Etiam promissiones, quibus tacite conditio inest pro conditionalibus esse.*
3 *In conditionibus arbitrariis quid juris.*
4 *De cautione Muciana, & an ea quoque locum habeat in contractibus.*
5 *Pendente conditione nihil dum deberi: & quæ inde consequentia.*
6 *Insigne discrimen circa stipulationes & legata conditionalia.*
7 *An id discrimen quoque pertineat ad conditiones arbitrarias.*

Hactenus dictum de stipulatione pura, & ea, quæ fit in diem: sequitur ea, quæ sit sub conditione. Conditio, ut alibi quoque definivimus, est abiectio, qua id quod dari aut fieri volumus, confertur in aliquem casum: ad quem modum etiam hic definitur. Itaque duo hæc conditionem faciunt, dilatio, & casus, sive incertus eventus. Ac proinde quæ adiectiones obligationem non differunt, quales sunt, quæ ad præsens aut præteritum tempus referuntur, §. *pen. inf. eod.* & quas certum est omnimodo extituras esse, veluti si stipuler mihi dari, *si morieris*; *si Calendis sol orietur*, *l.* 18. *de cond. ind. l. hæres* 79. *de cond. & dem. l.* 9. §. 1. *de novat.* pro conditionibus non sunt habendæ. Enimvero quicquid adjectum rem in incertum eventum differt, id sive arbitrarium est, sive fortuitum, sive mixtum ex utroque, stipulationem facit conditionalem, *l. centesimis* 46. §. 2. *l. quicquid* 99. §. 1. *l. à Titio* 108. *l. ita stipulatus* 115. §. 1. *& 2. hoc tit. l.* 2. *l.* 7. *de cond. & dem.* Atque hinc nata distinctio vulgo recepta, quod conditiones quædam sint casuales, quæ scilicet à solo casu dependent, veluti, *Si Titius consul factus fuerit, vel non fuerit.* Quædam potestativæ, quarum impletio in potestate reorum est, ut, *Si Capitolium adscenderis, vel non adscenderis.* Quædam mixtæ, partim fortuitæ, partim arbitrariæ, ut, *Si Maviam uxorem duxerit.* Duæ omnino conditiones sunt, quæ inutilem conventionem ab initio efficiunt, conditio impossibilis in faciendum concepta, *l.* 7. *hoc tit.* §. *impossibilis, inf. de inut. stip.* & ea, quæ in arbitrium rei promittendi aperte collata est, *l.* 17. *d. l.* 46 §. *ult. d. l.* 108 §. *ult. hoc tit. l.* 8. *de obl. & act. l.* 13. *C. de cont. empt.*

Cum in casum differtur obligatio] Atque ideo existente demum casu, in quem dilata est, dies hujus obligationis cedit, neque antea quicquam deberi intelligitur, *l. cedere* 213. *de verb. sign.* Differtur autem obligatio in casum non tantum conditione conventionis expressa, ut in exemplis hic propositis; sed etiam intellecta seu tacite comprehensa. Quod ex rebus ipsis intelligitur Puta vel ex incerto tempore, veluti si dies incertus stipulationi adiectus fuerit, qui an extiturus sit, ignoretur, de quo dictum §. 2. vel ex demonstratione rei promissæ in futurum collata. Vt in hac conceptione, *Stichum, qui hoc anno tuus erit, dare spondes? l.* 6. *de legat. 1. l. nuper* 85. *de legat. 3.* item in hac. *Quod patrem meum debere constiterit, dare spondes? l. qui Roma* 122. §. *Aggerius* 4. *hoc tit.* vel ex rei promissæ natura. Veluti cum promittitur res, quæ nondum est in rerum natura; utrum autem futura sit, pendet ex incerto naturæ aut juris eventu. Cujus generis est promissio fructuum, qui in fundo nascentur, *leg. interdum* 73. *hoc tit.* item promissio dotis, cui inest hæc conditio, si nuptiæ sequantur, *leg.* 21. *de iur. dot.* Itaque has etiam conventiones, & si quæ sunt similes, sciamus conditionales esse.

Committatur stipulatio] Committi stipulatio dicitur existente conditione, sub qua stipulatio facta est, ut iam ex ea agi possit, *l. ita stipulatas* 115. §. 1. *& 2. leg. qui Roma* 122. §. *Aggerius* 4. *hoc tit.*

Si in Capitolium non adscendere] Iurisconsulti cum de conditionibus tractant, crebrime his exemplis utuntur, *Si in Capitolium adscenderis*, aut, *Si in Capitolium non adscenderis.* Quod ex consuetudine Romanorum fluxit, quia precaturi aut sacra facturi una cum Pontifice in sacram arcem scandebant. Horat. 3. *carm. ad Melpomenem.*

Non omnis moriar, multaque pars mei.
Vitabit Libitinam. Vsque ego postera
Crescam laude recens, dum Capitolium
Scandet cum tacita virgine pontifex.

Tacit. *lib.* 14. *Ex in Capitolium scandunt. Deosque tandem venerantur.* Plin. *in paneg. Tibi adscendenti*

denti de more Capitolium civium clamor, ut iam principi occurrit. Plura hujusmodi in veterum scriptis observavit *D. Duar. 1. disp. 15.*

3 *Ac si stipulatus, cum moreretur*] In conditionibus arbitrariis, quæ in non faciendo sunt conceptæ, expectatur donec certum atque exploratum sit, fieri amplius non posse. Vt ecce, si hoc modo stipulatus fuero, *Si intra biennium Capitolium non adscenderis, dari spondes?* non nisi præterito biennio recte petant, *l. quicquid 99. §. 1. hoc tit.* Idem est, si conditio in dando posita sit, dummodo stipulatio à conditione incipiat. Veluti sit ita, cautum, *Si Pamphilum non dederis, tantum dari spondes?* nam & hic responsum est, non ante committi stipulationem, quam si Pamphilus desiisset posse dari, *l. ita stipulatus 115. §. 2. eod.* Dixi, si stipulatio dandi à conditione cœpit: nam si non à conditione, sed ab alia pactione cœperit, veluti si ita fuerit concepta, *Pamphilum dari spondes? si Pamphilum non dederis, tantum dari spondes?* committitur stipulatio simul ac debitor interpellatus facere potuit, neque facit, *d. l. 115. §. 2.* His consequens est, si simpliciter sic fuerit concepta stipulatio, *Dabis, si in Capitolium non adscenderis?* post mortem demum rei promittendi stipulationem committi, quando quidem tum demum certum esse cœpit, in Capitolium eum adscendere non posse, *d. l. 115. §. 1.* Quod si conditio non faciendi in personam rei stipulandi collata fuerit, ut in exemplo hic proposito, illius mors expectanda erit. Et itaque illo casu hæres promissoris demum conveniri poterit, hoc demum agere hæres stipulatoris. In legatis sub con-
4 ditione non faciendi collata in potestatem legatarij aliud servatur, placetque desiderante legatario statim repræsentari legatum, dum is caveat, nihil se ejus facturum, quod testator fieri noluit; si contra fecerit, rem una cum fructibus restituturum: quæ cautio, quod à Q. Mucio inventa & composita est, Muciana dicta, *l. 7. l. 18. l. hæres 79. §. 2. de cond. & dem.* Quæ vero ratio est, quod hæc cautio in legatis & hæreditatibus admissa, in contractibus non item? nimirum quia voluntati testatoris satis fieri intelligitur, modo ne peccetur contra conditionem, quod solum testator creditur spectasse. In stipulationibus autem sine injuria promissoris admitti non potuit. Nam qui promittit sub hujusmodi conditione, *si in Capitolium non adscendero* satis aperte hoc agit, ut ne ipse unquam conveniatur, sed demum ipsius hæres: & eadem conditione in personam stipulatoris collata, ne stipulator unquam petere possit, sed, illo mortuo, hæres ejus: & alias quoque in ambiguo secundum promissorem interpretatio fit, & stipulatori imputatur, quod non apertius stipulationem conceperit, *l. quicquid 99. hoc tit.* Aliam rationem reddit Ant. 2. Fab. *cons. 16.* quod nisi hæc cautio inventa esset, legata sub conditione non faciendi intercederent; quam & olim Porcius attulit, & solidiorem esse nonnulli existimant. Sed hæc ratio in hæreditatibus valere potest; in legatis falsa est: quippe cum, ut ad hæredem legatum transferatur, sufficiat moriente legatario diem legati cedere, *l. ult. de cond. inst. Gomez 2. resol. 11. num. 37. Cujac. 14. obs. 22.*

Ac si cum moreretur] Hoc magna indiget cautione. Nam similitudo harum cautionum. *Si Capitolium non adscendero, dare spondes!* & *Dabis, cum moriar?* in eo duntaxat consistit, quod ex neutra cum promissore agi potest ante mortem stipulatoris: cætera sunt dissimiles. Quippe prior illa conditionalis est; non actionem tantum, sed etiam obligationem differens: altera in diem, ex qua licet ante diem non recte agatur, præsens tamen obligatio est, *l. nam si 17. cum l. seq. de cond. ind.*

Tantum spes est debitum iri] Vis conditionis 5
omnis hæc est, ut pendente ea nihildum debeatur, ea impleta perinde habeatur, ac si ab initio pure debitum fuisset; deficiente, quasi nulla unquam fuisset obligatio, *l. 16. de cond. ind. l. 26. de cond. inst. l. 5. §. 2. quand. dies leg. l. cedere 213. de verb. obl. l. 8. de per. & com. rei vend. l. 11. §. 1. qui pot. in pignor.* Cum itaque pendente conditione necdum ulla obligatio nata sit, consequens est id, quod sub conditione debetur, ante eventum conditionis non recte solvi, ac proinde si pendente conditione solutum sit, repeti posse, *d. l. 16. l. 18. l. qui promisit 48. de cond. ind. l. stipulatio 38 §. interdum 16. hoc tit.* eademque ratione nec novari poterit, aut constitui, nisi hac lege, ut eadem conditio expectetur. *leg. 14. §. 1. de novat. leg. id quod 19. de pec. const.* Hinc intelligitur, quantum interfit inter stipulationem in diem, & conditionalem.

Eamque spem in haredem transmittimus] Si pendente conditione aut stipulatori aut promissori quid humanitus contingat, nihilominus in suspenso manet obligatio, atque existente postea conditione stipulatio committitur, ut aut hæres stipulatoris agere, aut hæres promissoris conveniri possit, *§. pen. inf. de inut. stip. l. si quis 57. hoc tit. l. in quantitate 73. §. 1. ad leg. Falc. fac l. 8. de per. & commod.* Non obstat regula juris veteris, quæ vetabat obligationem ab hærede aut 6
contra hæredem incipere. Nam conditio existens retrotrahitur ad tempus contractus: hoc est, ubi semel extitit conditio, perinde habetur ac si ab initio sine conditione obligatio contracta fuisset, *l. 11 §. 1. qui pot. in pign. d. l. 8. de peric. & comm.* Cur ergo diversum jus sequimur in conditionalibus legatis, placetque mortuo

ante eventum conditionis legatario ad hæredem ejus nec ſpem ullam tranſmitti? *leg. 4. leg. 5. §. 2. quand. dies leg. l. un. §. ſin autem 7. C de cad. toll.* Cur, inquam, cum tam ex cauſa legati conditionalis, quam ex ſimili ſtipulatione, ſpes ſit debitum iri, non æque ſpes illa tranſmittitur in hæredem legatarij, atque in hæredem ſtipulatoris? Nimirum ideo, quia cum, beneficia ſuprema voluntate ob merita plerumque dari, aliamve ob cauſam ſolent, propter quam ad complectendum aliquem afficimur *l. 9. pro ſoc.* exiſtimandum eſt teſtatorem in legando perſonam tantum legatarij cogitaſſe, eique ſoli, non etiam hæredi ejus, qui incertus eſt, beneficium conferri voluiſſe. At in pactis & contractibus non tam ad perſonas paciſcentium, quam ad rem familiarem reſpicitur, creditурque quiſque eo animo eſſe; ut non tantum ſibi, verum etiam hæredibus ſuis proſpectum velit, *l. 9. de probat. add. Gomez. 2. reſol. 11. num. 12. D. Tulden. comm. hic, cap. 7.* Adhæc contractus etſi conditionalis eſt, tamen ex præſenti vires accipit, *l. 26. de ſtip. ſerv.* argumento eſt, quod iam ab initio hactenus perſonas contrahentium adſtringit, ut alteri, invito altero, non liceat ab eo recedere, *l. 5. C. de obl. & act.* Vnde quoque eſt, quod cum, qui ſub conditione ſtipulatus eſt, etiam pendente ea placet creditorum numero in quibuſdam cauſis haberi, *l. 10. l. conditionale 54. de verb. ſign. leg. 4. de reb. auct. iud. poſſ. ſſ. l. 9. §. 1. l. 11. §. 1. qui pot. in pign. leg. filius-fam. 78. hoc tit. l. 16. de ſolut.* in quo item diſſimilis cauſa eſt ejus, cui ſub conditione legatum eſt, *l. in cui 42. de obl. & act.* Cujac. in *d. l. 10. de verb. ſign.* Enimvero quod hic ſimpliciter traditum eſt, ex conditionali ſtipulatione quæ ſpes eſt debitum iri, eam ad hæredem ſtipulatoris tranſmitti, id plerique opinantur ad eas duntaxat conditiones pertinere, quæ à caſu pendent; arbitrarias autem morte ejus deficere, in cujus poteſtatem collatæ ſunt, *argum. l. qui hæredi 44. leg. ſi expreſſum 69. l. à teſtatore 109. de cond. & dem. l. ſi ita 65. §. 1. de legat. 1. Gail. 2. obſ. 2.* Verum ego putarem, in contractibus diſtinguendum eſſe inter ipſas conditiones arbitrarias, ut ſiquidem factum contineant cohærens perſonæ, aut alias in apponendo perſona ſolummodo ſpectata ſit, earum implendarum jus ad hæredem non tranſeat. At ſi talis ſit conditio, quæ eodem modo ab hærede impleri poſſit, puta ſi in dando conſiſtat, hic quia non videtur perſona operave perſonæ ſpectata, dicam, jus implendæ conditionis, licet arbitrariæ, ad hæredem ſtipulatoris tranſmitti. Nam cum hujuſcemodi conditio per quemvis alium noſtro nomine impleri poſſit, cur non & per hæredem poſſit, qui eadem perſona cum defuncto habetur? *l. ult. de cond. inſt. fac. l. diem 27. §. 1. de recept. arb. l. ſi prædio 15. de in diem addict. l. 8. de per. & comm. rei vend. l. 2. Cod. de pact. int. empt. vid. Duar. in Scævol. n. 14. & ſeqq. Cujac. in leg. ſi quis 57. hoc tit. D. Tulden. comm. hic, cap. 9.*

7

TEXTUS.

5. *Loca etiam inferi ſtipulationi ſolent veluti*, Carthagini dare ſpondes? *Quæ ſtipulatio licet pure fieri videatur, tamen re ipſa habet tempus adjectum, quo promiſſor utatur ad pecuniam Carthagini dandam. Et ideo ſi quis Romæ ita ſtipuletur*, Hodie Carthagini dare ſpondes? *inutilis erit ſtipulatio, cum impoſſibilis ſit repromiſſio.*

NOTÆ.

5. RE IPSA HABET TEMPUS] Nam locus adjectus ſpatium temporis inducit. Itaque licet verbis pura ſit, ex re ipſa tamen dilationem capit, *l. 2. §. 6. quod cert. loc. l. 41. §. 1. l. 73. h. t.* Ineſt enim tacitum tempus, ὡς τὰ τοιαῦτα διορισθησόμενον, definiendum arbitrio boni viri, *l. 137. §. 2. eod.*

SI QUIS ROMÆ, &c. HODIE CARTHAGINI DARE] Hanc ſtipulationem inutilem facit impoſſibilitas præſtationis, *d. l. 1. §. 6.* quaſi impoſſibilis conditio adiecta ſit; cujus adiectione contractus omnes vitiantur, *l. 31. de obl. & act. §. 10. inſt. de inut. ſtip.* Diverſo jure utimur in ultimis voluntatibus, *l. 12. §. 1. de leg. 1. l. 3. de cond. & dem. v. ſup. §. 10. de hær. inſt.*

IMPOSSIBILIS REPROMISSIO] Cujus tamen *l. ult. §. 4. h. t.* caſum proponit, quo etiam talis ſtipulatio utilis eſſe poteſt.

COMMENTARIVS.

HVius tituli §. 2. cum de ſtipulatione in diem ageremus, diximus, eſſe quaſdam ſtipulationes, quæ licet verborum figura puræ ſint, tamen ad ſtipulationes in diem factas referri debeant, propterea quod tacite tempus complectantur, atque ex re ipſa dilationem habeant: cujus generis etiam ea eſt, de qua hic agitur, cum locus ſtipulationi inſertus eſt.

Re ipſa dilationem habet] Cum ſtipulamur quid dari certo, loco puta Carthagini aut Epheſi, ſtipulatio verbis puta ex re ipſa dilationem capit: ineſt enim tacite tempus, quo Carthaginem aut Epheſum perveniri poſſit: nam alioqui præſtatio fit impoſſibilis, *l. eum qui 41. §. 1. l. interdum 73. l. continuus 137. §. 2. hoc tit. l. 2. §. qui ita 6. quod cert.*

cert. loc. Quodnam vero tempus hic accipi oporteat, eleganter nos docet Venuleius *d. l. continuus*, §. 2. nimirum totam eam rem ad judicem, id est, virum bonum, remittendam esse, qui æstimet, habita ratione temporis καὶ τῆ ἑξῆς ἡλικίας ætatis; sexus, valetudinis, quanto tempore diligens paterfa. conficere possit, quod facturum se promisit.

Si quis Romæ, &c.] Si quis Romæ stipuletur, *Hodie Carthagini dari*, inutilem esse stipulationem placet, *d. l.* 2. §. *qui ita, quod cert. loc.* optima ratione, quia tali stipulatione causa impossibilis continetur. Neque enim qui Romæ est, intra unum diem potest Carthaginem pervenire: nisi vero eo pervenerit, Carthagine dare non potest. Igitur impossibilitas præstationis inutilem in casu proposito stipulationem facit, perinde quasi impossibilis conditio adiecta sit cujus adiectione stipulationem cæteroquin contractus vitiari constat, *l. non solum* 31. *de obl. & act. l. 7. hoc tit.* § *si impossibilis, inf. de inut. stip.* Diverso jure utimur in ultimis voluntatibus, in quibus placet conditionem impossibilem, aut spatium temporis ad dandum impossibile, pro non adiecta haberi, *l.* 1. *l.* 6. *de cond. inst. l.* 3. *cond. & dem. l.* 12 §. 1. *de legat.* 1. Diversitatis ratio alibi à nobis indicabitur, *d.* §. *si impossibilis.* Gajus *l. ult.* §. *si inter*, *hoc tit.* casum proponit, quo etiam stipulatio hæc Romæ facta, *Hodie Carthagine dare spondes*? valere potest, nempe si tam stipulator, quam promissor ante aliquod tempus suo quisque dispensatori notum fecerit, in eum diem futuram stipulationem, addito mandato ut alter daret, alter acciperet.

TEXTUS.

6. Conditiones, quæ ad præsens vel præteritum tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt: veluti, Si Titius consul fuit: *vel* Si Mævius vivit, dare spondes; *Nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio: sin autem ita se habent, statim valet. Quæ enim per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint.*

NOTÆ.

6. AD PRÆSENS VEL PRÆTERIT. TEMPVS] Conditiones ad præsens vel præteritum tempus relatæ revera conditiones non sunt, sed tantum κατὰ τὸ λέγεσθαι & figura verborum, *l.* 37. *& 39. de reb. cred. l.* 120. *h. t.*

AVT STATIM INFIRMANT] Modest. in *l.* 100. *perimunt.* Quod abusive dici constat, nempe respectu ignorantiæ nostræ; quam si spectamus, videtur obligatio suspensa esse, & perimi, cum apud nos, certum esse incipit conditionem esse falsam.

NIHIL VALET STIPVLATIO] Ex his verbis intelligitur, quomodo accipiendum, quod modo dixit; *statim infirmant obligationem.*

LICET APVD NOS INCERTA] Dummodo iam sint aut præterierint; ut si non à nobis, saltem ab aliis sciantur, *l.* 38. *de reb. cred.* Nam in futuris, quæ & ipsa in rerum natura certa sunt, non rerum naturam, sed nostram intuemur insciti am, *l.* 21. §. *ult. de judic.* quia futura nulli mortalium cognita Demosth. *orat. de Rhod. lib.* Ἄδηλον τὸ μέλλον ἅπασιν ἀνθρώποις.

COMMENTARIVS.

In futuris inscientiam nostram inspici, non rerum naturam; in præsentibus & præteritis contra.

CONditionis proprium est, rem in aliquem casum, id est, in incertum eventum differre, §. 4. *sup.* Id autem fit, cum oratio in futurum confertur, non cum in tempus præsens aut præteritum; nam futura tantum incerta sunt; præsentia & præterita certa, etsi contrahentes varietatem ignorent. Et ideo placuit, sermonem ad præsens vel præteritum tempus relatum vim conditionis non habere; veluti, si quis dixerit, *Si Rex Parthorum vivit, Si Cæsar victoria potitus est.* Sed in proposito aut statim obligationem perimi, aut omnino non differri Perimi, si ita non sit, si Rex Parthorum non vivit, Cæsar non vicit: non differri, si ita sit, *l. conditio* 100. *l. si ita* 120. *hoc tit. l. cum ad* 37. *cum* 2. *seqq. de reb. cred.*

Conditiones quæ ad præsens] Hæ orationes, *Si Titius consul factus, Si Mævius vivit*, & similes, quæ ad præteritum aut præsens tempus referuntur, vi & potestate conditiones non sunt; quoniam obligationem non differunt, sed efficiunt, ut statim aut nihil debeatur, aut pure debeatur: nihil, si falsæ; pure, si veræ. Pugnant autem, pure deberi, & sub conditione. Appellantur tamen & ipsæ conditiones, quia figura & conceptione verborum tales sunt, ut significatur in *l. Cornelius* 69. *de hær. inst. l. itaque* 39. *de reb. cred.* Licebit itaque hic uti eadem distinctione, qua Logici utuntur in relatis, ut dicamus, esse quasdam conditiones secundum esse, quæ scilicet vere tales sunt, & obligationem suspendunt, cujusmodi sunt, quæ in futurum conferuntur; quasdam secundum dici, quæ figuram duntaxat conditionis habent,

vim & potestatem non obtinent, quales sunt, quæ ad præsens aut præteritum tempus referuntur: eodemque numero illæ quoque habendæ, quas certum est exituras esse, veluti si quis stipuletur sibi dari, *Si Titius moriatur, l. 9. §. 1. de novat l. 17. cum seq. de cond. ind.*

Aut statim infirmant obligationem] Modestin. *l. conditio 100. perimunt.* Quod abusive dici constat. Nam si rem spectamus, falsum, id est cum obligatio perimi non possit, quæ nulla est. Sed cum ignorantiam nostram spectamus, videtur obligatio suspendi, quia apud nos in suspenso est, utrum conditio extiterit, nec ne; cujus ipsius ignorantiæ ratione dicitur obligatio perimi aut infirmari, cum apud nos certum esse incipit, conditionem esse falsam.

Nihil valet stipulatio] Quod modo dixit, statim infirmari obligationem, id quomodo accipiendum sit, ex his verbis intelligitur, nimirum si hæc conditio, *Si Mævius vidit*, falsa sit statim nihil valere stipulationem, seu obligationem non tenere, *l. 37. de reb. cred.*

Quæ per rerum naturam certa sunt] Dummodo iam sint aut præterierint, ut etiam ab hominibus, licet non omnibus, sciantur, *l. respiciendum 38. de reb. cred.* Unde apparet, non recte cum casu hic proposito comparari casum *l. sed ei si 28. §. ult. de judic. & l. 3. si pars hær. pet.* Nam quod in utero est, adhuc futurum est, ac nemo hominum scire potest, unusne, an plures, & quot in utero sint, & an nascituri sint: ut merito in eo inscientiam nostram intueri debeamus, non rerum naturam, cui alioqui etiam certa, quæ futura sunt, *d. l. 28. §. ult. de judic.* quanquam in specie illic proposita variasse Iurisconsultos, constat ex *leg. cum quidam 30. §. fuum 6. de acq. hær.* & distingui etiam potest inter obligationem seu jus petitoris, quod ex eventu ejus rei, quæ in conditione est, solum pendet, de quo hic quæritur; & petitionem, quæ in judicio instituitur, & probationem etiam ejus, quod accidisse dicimus, desiderat, de qua agitur in *d. l. 28. §. ult. de judic.* Nam & in terminis hujus §. si ad judicem itum fuerit, quamdiu is ignorat, vivatne verbi gratia Mævius, necne, sententiam secundum petitorem aut promissorem ferre non poterit, licet per se verum sit & certum, valere aut non valere stipulationem. Nec tamen ideo Hotomanno assentior, qui putat, hujusmodi stipulationem, *Si Mævius vivit, dare spondes?* quamvis id per se verum sit, non pro pura habendam esse, sed pro concepta in diem. Puram enim eam esse ostendit hic locus, & *l. conditio 100. hoc tit.* siquidem pura dicenda est, quæ obligationem omnino non differt, id est, cujus dies & cessit & venit, *l. cedere diem, de verb. sign.* ac proinde si stipulator statim ex tali stipulatione agat, non repelletur exceptione, nec causa cadet, aut tempus ei duplicabitur, quasi perperam agat, & plus tempore petat: sed petenti terminus ad probandum à judice dabitur, ut recte *Ioan. Faber hic.*

TEXTUS.

7. *Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta; ut si stipulemur aliquid fieri, vel non fieri. Et in hujusmodi stipulationibus optimum erit pœnam subjicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit. Itaque si quis, ut fiat aliquid, stipuletur, ita adjici pœna debet,* Si ita factum non erit, pœnæ nomine decem aureos dare spondes? *Sed si quædam fieri, quædam non fieri, una eademque conceptione stipuletur quis, clausula hujusmodi erit adjicienda,* Si adversus ea factum erit, sive quid ita factum non fuerit, tunc pœnæ nomine decem aureos dare spondes?

NOTÆ.

7. SED ETIAM FACTA] *l. 2. pr. eod.* In facto consistere stipulatio dicitur, non tantum cum quid fieri cavetur, sed etiam cum non fieri, *d. l. 2. §. pen.* quanquam interdum distinguuntur, *leg. 75. §. 7. eod.* Illa committitur exacto tempore, intra quod fieri poterat & debebat, quod promissum est, *l. 14. l. 72. l. 84. eod.* hæc, si quid factum sit contra quam cautum fuit, *d. l. 2. §. pen. l. eod.*

OPTIMVM ERIT] Quia difficilis est incertæ rei æstimatio. Sen. 3. *de ben. 6.*

NE QVANTITAS STIPVLATIONIS IN INCERTO] Cum quid fieri stipulamur, incertum stipulamur, *dict. leg. 75. §. 7.* Ratio est, quia id in stipulationem venit, quod stipulatoris interest, *leg. 68. l. 72. eod. l. 13. in fin. de reiud.* hoc autem est incertum, quoniam non in jure, sed in facto consistit, *leg. 14. de reg. iur.* utpote continens id, quod nobis abest, quodque lucrari potuimus, *leg. 13. rat. rem hab.* quod totum incertum ac probatu difficile. Huic autem incommodo occurri potest subjecta stipulatione pœnæ, *l. ult. de stip. præt.*

COMMENTARIVS.

1 *Cum quid fieri stipulamur; cur incertum stipulari videamur.*

2 *In*

2 *In facti obligatione nunquam factum ita versari, ut peti possit, sed id quod interest duntaxat.*
3 *Facta hic intelligenda nuda & simplicia : non quæ in rei alicujus præstatione consistunt: tum quid hic juris hodie.*
4 *Id quod interest, incertum esse, & qua ratione.*
5 *Pœna stipulatione incertitudini obligationis occurri.*
6 *An per subjectam pœnalem stipulationem præcedens novetur obligatio.*

INsignis hic locus est propter stipulationes & obligationes faciendi. Non res tantum, sed etiam facta in stipulationem deduci posse constat: unde quædam stipulationes in dando, quædam in
1 faciendo consistere dicuntur, *l. 2. hoc tit.* Cum quid fieri stipulamur, incertum stipulari videmur, *l. ubi 75. §. qui 7. eod.* non utique ob id tantum, quod priusquam quid fiat, incertum est, an fiat, an si fiat, incertum quale sit: sed multo magis; quia si promissor non faciat, per moram tacita quædam pactione juris inducitur novatio & obligatio in id quod interest, cujus quantitas est incerta, *l. si pœnam 68. eod.* & ideo utile est, stipulationi faciendi pœnam subjicere: quod hic monet Justinianus, & Venuleius *l. ult. pra. stip.* Sed quoniam in hunc locum incidimus, age paulo plenius eum explicemus. In obligationibus faciendi ita jus est
2 ut licet ab initio & quamdiu fieri potest, quod promissum est, factum in obligatione versetur, unde etiam obligatio faciendi dicta, tamen nunquam ita, ut id peti possit: quippe ex stipulatione faciendi placet non ante agi posse, quam tempus illud præterierit, intra quod fieri debuit, & potuit: quod promissum est: sed eatenus tantum, ut promissor præstando quod promisit, liberetur. Postquam autem transiit tempus, intra quod fieri poterat quod promissum est, exinde contineri incipit, solidumque deberi, id quod interest, *l. 14. l. stipulationes 72. l. si insulam 84. l. si quis 112. §. ult. hoc tit. l. 13. in fin. de re jud.* ut tamen quamdiu lis nondum contestata est, placeat promissorem, paratum præstare quod promisit, adhuc audiendum esse, & faciendo liberari, *d. l. si insulam*, nam hic etiam locum habet, quod de emendatione moræ à Celso adolescente scriptum memorat Ulpianus *l. si servus 91. §. 3. h. tit.* facultatem offerendi mora amissam summo jure, ex bono & æquo recipi moræ purgatione. Cæterum ex factis ea tantum huc pertinere arbitror, quæ nuda sunt & simplicia, seu quæ in metis faciendi finibus consistunt, operamque hominis & membrorum corporis desiderant; qualia sunt, *Romam ire, tabulam pingere, insulam ædificare, fossam fodere*; cujusmodi in hac disputatione exemplis etiam veteres utuntur. Hæc facta, inquam, hactenus, tantum in obligatione esse intelliguntur, ut faciendo debitor liberetur; peti nunquam possunt, sed id solum, quod interest, neque id statim, sed tum demum, cum transierit tempus, quo potuit fieri, quod promissum est. At si factum, quod in conventionem deductum est, in rei alicujus præstatione consistat, sive ad dationem, dominii vel aut juris alicujus translationem ordinetur; id magis pro datione, quam pro facto habendum puto, arg. *l. in conventionalibus 52. §. 1. hoc tit.* & rem ipsam, ad quam principaliter respicitur, peti posse. Neque enim dubitandum, quin si ex causa venditionis stipulatus sim rem mihi tradi, eam ipsam rem petere possim, *l. 11. §. 2. de act. empt.* Utrum autem ut hoc casu res peti potest, ita & præcisè præstanda sit, an solutione ejus, quod petitoris interest, liceat defungi, alibi fortassis tractabitur. In præsentia satis est nos scire, de quo genere factorum hic agatur, nimirum de nudis & puris, quæ extorquere ab invitis species quædam servitutis videatur *Duar. in d. l. stipulationes 72. hoc tit.* Atque hæc communis quoque DD. sententia est, *vid. Christin. vol. 1. decis. 323.* Nostro hodierno jure in omnibus faciendi obligationibus promissorem præcisè cogi ad facti præstationem, tradit *Groonewv. de legib. abrog. ad l. 13. de re jud. per art. 275. & seq. instr. sup. Cur. Holl. art. 14. & seq. ampl. instr. Cur. provin.* Et sanè probant hi textus, posse factum in petitionem & condemnationem deduci, quin & facere, recusantem in custodia aliquamdiu detineri; quod à Ratione juris Rom. alienum videtur. Utique tamen quia factum invito extorqueri non potest si contumax esse perseveret, recurrendum tandem erit ad facti æstimationem: quod & iisdem locis expressum est.

Vel non fieri] Stipulatio in facto esse etiam illa dicitur, quod continet, quod est in non faciendo; veluti, *Per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat*, &c. *l. 2. §. pen. hoc tit.* quanquam hæc alibi, ut opposita, distinguuntur, *l. ubi 75. §. qui id 7. eod.* Hujusmodi vero stipulationes nunquam aliter committuntur, quam si quid factum sit contra quam cautum est, *d. l. 2 §. pen. l. 4. §. Cato. eod.* & ideo necesse est committi in id, quod interest: siquidem ejus, quod iam factum est, nomine nihil peti potest, nisi id, quod ob id factum abest stipulatori: id autem est, id, quod ejus interest, contra factum non fuisse.

Optimum erit pœnam subjicere] Stipulatio faciendi incerta est: quæ incertitudo cum non levia habeat incommoda, quo pacto ea incommoda vitari possint, utile visum est Imperatori hic monere. Incerta est hæc stipulatio, quia id in stipulationem venit, quod stipulatoris interest. Ratio reddita à Paulo in *l. si pœnam 68. hoc tit.* Ve-

nire id quod intereſt & ſtipulatione faciendi contineri, ſatis antea probatum eſt: quare hoc pro confeſſo nunc ſumimus. At quomodo hac ratione efficitur, ut ſtipulatio ſit incerta? nimirum quia id ipſum quod intereſt, eſt incertum, *l. ult. ſi quis in jus voc.* quod etiam Paulus *d. l. 68.* vult intelligi. Eſt vero id quod intereſt incertum duplici ratione; ab eventu ipſius rei, & approbatione. Prior incertitudo indicatur definitione ejus quod intereſt. Sic enim definitur, ut ſit quod nobis abeſt, quodque lucrari potuimus, *l. ſi comm. 13. rat. rem. hab.* Vt ergo quid noſtra interſit, hinc pendet, ſi quid amiſimus ob id, quod factum non eſt quod fieri debuit; aut ſi quid lucrari potuimus, ſi factum eſſet quod promiſſum eſt, quod quia factum non eſt, lucrati non ſumus: totum vero hoc incertum eſt, quid hic amittamus aut lucremur; fierique poteſt, ut ſi non fiat quod promiſſum eſt, alias plus, alias minus amittamus, interdum etiam ut nihil: ſecundum quæ eadem quoque ejus, quod intereſt, æſtimatio facienda *l. ſi quis 13. in pr. de re iud. l. ſi quis ſtipulatus 112. § 1. hoc tit.* Inde dictum, quatenus cujuſque interſit, in facto, non in jure, conſiſtere, *l. quatenus 24. de reg. iur.* Ratione quoque probationis incertum eſt id quod intereſt: neque enim facilè probatu eſt, habuiſſe nos aliquid, & propter ceſſationem aut factum promiſſoris amiſiſſe: item nos aliquid lucri facere potuiſſe, ſi factum eſſet quod debuit, & quia factum non ſit, ideo eo lucro nos excidiſſe. Cum autem id, quod in vero eſt, probari non poteſt, illud incommodum ſequitur, quod id quod intereſt, ad minimam ſummam deducatur, *l. ult. de præt. ſtipu.* Huic ergo incertitudini atque incommodis ſi occurri poteſt pœnam ſtipulationis ſubiiciendo, nemo non fatebitur, optimum eſſe, ſi quis ut fiat aliquid ſtipuletur, pœnam ſubiicere, ut ſi ita factum non erit, certa pecunia pœnæ nomine præſtetur. Nam pœnæ ſtipulatio certa eſt & à re ipſa, & à probatione. A re, quia certa quantitas verbis ipſius ſtipulationis comprehenſa eſt à probatione, quia non alia hic probatione opus, quam ut de ſtipulatione doceatur; quæ ipſa ſe oſtendit quid complectatur. Neque vero hic pœnam promiſſor effugiet paratus præſtare quod intereſt: nam ex conventione pœnæ modus ſtatuitur, non ex taxatione ejus quod intereſt: nec amplius quæritur, an & quanti interſit, ſed an tantum pœnæ nomine promiſſum ſit, *l. ſtipulatio 38. §. alteri 17 hoc tit. §. alteri 18. inſ. de inut. ſtip.* Veriſſimum igitur eſt, quod mox ſequitur apud Iuſtinianum, ſtipulationem pœnæ ſubjectam ſtipulationibus faciendi efficere, ne quantitas ſtipulationis incerto ſit, & ne ſit neceſſe actori probare quod ſua interſit. Illud non inelegãter queritur, an per ſubjectam ſtipulationem pœnalem pre cedens novetur obligatio? quod negamus, per *l. 10. §. de pact. l. ita ſtipulatus 105. in fin. pr. l. qui Romæ 122. §. 2. hoc tit. l. ſi quis 41. cum ſeq. l. duo 71. pro ſoc. l. prædia 28. de act. empt.* Idque etiam certa ratione juris efficitur, quoniam pœnæ adjectione hoc agitur, ut magis incitetur debitor ad præſtandum, quod promiſit creditor vero liberetur difficultate probandi ejus, quod ſua intereſt factum ſuo tempore quod promiſſum eſt, non ut agendi, ſi velit, ex priore obligatione facultas ei adimatur. Atque ut maximè jure veteri interdum novatio contigerit, puta ut vult D. Donell. ad *d. l. ita ſtipulatus n. 31.* in caſu hujus § cum ſtipulationi faciendi ſubjicitur pœnalis, per *l. obligationum 44 in fin. de obl. & act.* effectum tamen eſt conſtitutione Iuſtiniani, ut non aliter nunc novatio fiat, quam ſi id nominatim convenerit, *l. ult. C. de novat.* Quamobrem vtrumque in propoſito debetur, & res aut id quod intereſt, & pœna: quanquam alterum duntaxat peti poteſt, *l. 4. §. Labeo 7. de dol. mal. exc. l. 10 §. 1. de pact. d. l. ſtipulatus 115. hoc tit. l. ſi pro fundo. 33. C. de tranſact.* Hoc amplius, qui pœnam conſecutus eſt, rectè adhuc petet, quod pluris ſua intereſt, *d. l. prædia de act. empt. l. ult. §. ult. de eo per quem fact. erit, &c.* Quod ſi coërcendo contemptui pœna adjecta ſit, vel conventioni incerta clauſula, *rato manente pacto.* & res ipſa peti poterit, & præterea pœna, *l. ſi quis 30. de recept. l. 16. de tranſact. l. cum proponas 17. C. eod. D. Tulden. hic c. 4.* Monendi obiter ſumus, ſtipulationem pœnalem adjectam obligationi quantitas præſumi in fraudem vſurarum factã, atque improbari quatenus pœna legitimum vſurarum modum excedit, *l. pœnam 44. de vſur. l. cum allegas 15. C. eod. l. 13. §. ibid. 26. de act. empt. ad d. Papon. lib. 12. tit. 9. Charond. lib. 6. reſp. 59. Imbert. enchirid. verb. pœna conventionalis.*

Clauſula hujuſmodi.] Qua formula concipienda ſit pœnalis ſtipulatio, ſive quid fieri ſtipulemur, ſive quid non fieri, ſive ſimul quædam fieri, quædam non fieri, ex hoc loco ſatis perſpicuum eſt: adde tamen *l. cum quid 71. l. continuum 137. §. pen. hoc tit.*

TITULVS XVII.

De duobus reis ſtipulandi & promittendi.

Continuatio. Reos olim appellatos omnes, quorum de re diſceptabatur.

IN duobus reis, quos Ulpianus *l. 3. §. 3. de l. legat.* correos appellat, ſi ſequeremur regulas juris de iis, qui ſtipulati ſunt, aut promiſe-

runt,

runt, non erat, cur de his ageretur separatim. Nunc autem quia in his aliquid singulare est, quod à jure reliquorum stipulatorum & promissorum longè dissidet, ideo quidnam id esset, proprio titulo exquiritur, quod & factum est in *ff. & C.* Reus à re, id est, lite, dictus est, eoque nomine veteres utrumque litigatorem denotabant: Cicero *lib. 2. de orat. Reos appello*, inquit, *non modo eos, qui arguuntur, sed omnes quorum de re disceptatur.* Gallus Ælius apud Festum, *Reus est, qui cum altero litem contestatam habet, sive egit, sive cum eo actum est.* Pomponius *l. 5. de verb. oblig. Conventionales* (stipulationes) *sunt, quæ ex conventione reorum fiunt.* Et quanquam usu nunc obtinuit, ut is solus, cum quo agitur sive unde petitur, reus dicatur, propter excellentiam scilicet, quia de re ejus præcipuè judicio agitur, utpote cui soli immineat periculum condemnationis: tamen verbi proprietatem in quibusdam adhuc retinemus; nec solum reum promittendi, debendi, satisdandi; verum etiam stipulandi, credendi, satis accipiendi, dicimus, ut passim in tit. hujus argumenti.

TEXTUS.

Et stipulandi & promittendi duo pluresve rei fieri possunt. Stipulandi ita, si post omnium interrogationem promissor respondeat, Spondeo, *ut puta cum duobus separatim stipulantibus ita promissor respondeat*, Utrique vestrum dare spondeo. *Nam si prius Titio spoponderit, deinde alio interrogante spondeat, alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse. Duo pluresve rei promittendi ita fiunt*: Mævi, decem aureos dare spondes? & Sei eosdem decem aureos dare spondes? *si respondeant singuli separatim*, Spondeo.

NOTÆ.

DUO PLURESVE REI] Reus à re, id est, lite dictus est; eoque nomine veteres utrumque litigatorem denotabant. Fest. in *reus & contestari.* Cic. 2. *de orat. Reos appello, quorum res est.* Item, *Reos appello non eos modo, qui arguuntur, sed omnes, quorum de re disceptatur.* Pompon. *l. 5. de verb. obl. Conventionales* stipulationes *sunt, quæ ex conventione reorum fiunt.* sed usu ferè nunc obtinuit, ut is solus, unde petitus, reus dicatur.

UTRIQUE VESTRUM DARE SPONDEO] Igitur duo rei stipulandi sunt, qui eandem rem ab eodem in solidum stipulati sunt ea mente, ut quamvis solida singulis, una tamen omnibus debeatur, *§. prox.*

SINGULI SEPARATIM SPONDEO] Aut *Spondemus leg. 4. hoc tit.* Duo ergo rei promittendi sunt, quorum singuli eandem rem, eidem stipulanti in solidum promiserunt ea mente, ut quamvis solidum singuli, unum tamen omnes debeant, *leg. 2. l. 3. §. 1. eod. & d. §. prox.* Sed hodie duo rei promittendi non sunt, nisi id specialiter actum sit, ut uterque in solidum teneatur, *auth. hoc ita C. hoc tit.*

COMMENTARIVS.

1 *Duorum reorum stipulandi definitio, ejusque definitionis explicatio.*
2 *Duo rei promittendi qui, & in quo discrepent à fideiussoribus.*
3 *Orationis distributiva & alternativa hanc vim esse, ut cuilibet attribuatur in solidum; copulative non item.*
4 *Iure novissimo non aliter duos reos debendi fieri, quam si id specialiter actum.*

ET *stipulandi & promittendi*] Qui stipulatur, reus stipulandi dicitur; qui promittit, reus promittendi, *l. 1. hoc titul.* Itaque reus stipulandi idem est, qui stipulator; reus promittendi, qui suo nomine alteri quid promisit. Cæterum ut duo rei fiant conjunctas eodem tempore aut modico intervallo stipulationes esse oportet, *l. 6. §. ultim. l. 12. pr. hoc tit.*

Stipulandi ita] Duos reos stipulandi hoc modo rectè definiemus, qui eandem rem ab eodem in solidum stipulati sunt ea mente, ut quamvis solida singulis, una tamen omnibus debeatur. Etenim ut duo rei stipulandi fiant, hæc omnia concurrere oportet, ut uterque rem unam atque eandem stipuletur ut ab eodem, ut in solidum, ut ea mente, ut una utrique debeatur. Et igitur sive res diversæ à duobus in stipulationem deductæ fuerint, sive unam quidem rem singuli stipulentur, sed alter verbi causa à Sejo, alter à Sempronio; vel uterque ab eodem, sed ejus rei partes, non solidum; vel solidum, sed non ea mente, ut una res singulis debeatur, sed alteri puta res ipsa, alteri rei æstimatio: duo rei stipulandi non erunt, *hoc text. & §. seq. l. 2. l. 9. §. 1. & 2. l. 15. eod. l. 3. C. eod.*

Nam si prius Titio] Hoc tamen non ita præcisè accipiendum est, quasi duo rei stipulandi ita nunquam constitui intelligantur; cum singulis separatim interrogantibus promissor etiam separatim respondet: nam utique si hoc actum appareat, ut rei stipulandi fiant, quominus fiant, non putarem obstare hanc respondendi formam: sicut

ex converſo non obſtat, quominus duo rei promittendi fiant, ſi hoc actum ſit, quod ſinguli ſeparatim rogati ſunt & ſpoponderunt, *l. 3. in fin. h. t.*

Duo rei promittendi] Vel ex definitione duorum reorum ſtipulandi intelligi poteſt, quinam ſint & dicantur duo rei promittendi, nimirum quorum ſinguli eandem rem eidem ſtipulanti in ſolidum promiſerunt, ea mente, ut quamvis ſolidum ſinguli, unum tamen omnes debeant, *l. 2 l. 3 §. 1. hoc tit. § 1. inf. eod.* Vnum amplius hic exigimus, ut qui ita promittunt, promittant principaliter, quo correus diſtinguatur à fidejuſſore. Illud tenendum eſt, ad conſtitutionem duorum reorum non eſſe neceſſe, nominatim adiici, ut correi ſint, aut ut ſolidum ſingulis debeatur, ſinguli ve ſolidum debeant; ſed id ex forma etiam ipſius ſtipulationis æſtimari: argumento eſt cum hic textus *& l. 3. & l. 4. eod.* tum quod alioqui fruſtra quæreretur, quod non ſemel quæritur, an & quando duo rei conſtituti videantur. Finge, duos hoc
3 modo ſtipulatos eſſe, *Quilibet, vel utrique noſtrum dare ſpondes?* aut *Quilibet vel uterque veſtrum dabit?* Dicam, duorum reorum contractam obligationem. Hæc enim vis eſt diſtributivæ, ut cuilibet attribuat actum in ſolidum, eadem nimirum, quæ & alternativæ, *l. 8 §. 1. de legat. 1.* Copulativa vero per ſe eam vim non habet, Vnde ſi duo conjunctim decem ſtipulati ſint, aut promiſerint, ſingulis partes viriles debebuntur, aut ſinguli debebunt, niſi repetitum ſit *eadem decem, hoc text. & l. 2. eod.* aut nominatim cautum, ut duo rei ſint, ſeu ut ſingulis ſolidum debeatur, aut ſinguli ſolidum debeant, *l. 11. § 1. & 2. eod.* Planè poſt conſti-
4 tutionem Juſtiniani *Nov. 99. cap. 1.* unde *auth. hoc ita C. hoc tit.* non aliter duo rei debendi (de correis credendi nihil novi conſtitutum) facti intelliguntur, quam ſi id ſpecialiter actum ſit, ut uterque in ſolidum teneretur: quod ideo fortaſſis. Imperator conſtituit, quoniam ex ſola verborum figura hanc rem diſcerni periculoſum exiſtimavit. *Gudelin. 3. de jur. novell. c. 11. & lib. 4. c. 7. Criſtin. vol. 5. deciſ 213. Gail. obſ. 28. num. 6.*

TEXTUS.

1. *Ex hujuſmodi obligationibus & ſtipulationibus ſolidum ſingulis debetur, & promittentes ſinguli in ſolidum tenentur. In utraque tamen obligatione una res vertitur: & vel alter debitum accipiendo, vel alter ſolvendo omnium perimit obligationem; & omnes liberat.*

NOTÆ.

1. ET STIPULATIONIBUS] Gujac. & Hotom. *ſtipulationibus.* Th. τῷ τε ἐπερωτήσαντι ἑκάστῳ τὰ ὅλα καὶ ἑκάστῳ ὁφλήσεται, *& ſtipulantium ſingulis ſolidum debetur.* Recte.

SOLIDUM SINGULIS DEBETUR, &c.] Hoc primum eſt hujus obligationis proprium, quod & ſingulis reorum ſtipulandi ſolidum debetur, & ſinguli reorum promittendi ſolidum debent: ac proinde & illi ſinguli ſolidum exigere, & hi ſinguli in ſolidum conveniri poſſunt, *l. 2. l. 3. §. 1. h. t. l. 31. § 1. de novat.*

IN SOLIDUM TENENTUR] Hodie reus ſtipulandi actionem dividere cogitur ex communi ſententia, per *Nov. 99.* quanquam illic diviſionis beneficium non aliis datur, quam qui ſe ἀλλήλοις obligant, & tantum emendatur, *l. 1. h. t.* Cujac.

VEL ALTER DEBITUM ACCIPIENDO, &c.] Alterum in hac obligatione ſingulare. Vnus è duobus reis ſtipulandi promiſſorem liberare poteſt, non tantum debitum accipiendo, ſed etiam acceptum ferendo, novando, petendo, iusjurandum deferendo, *l. 2. l. 16. hoc t. l. 31. §. 1. de novat. l. 11. §. 21 de leg. 3. l. 27. & 28 de jurei.* At paciſcendo correo non nocet, *l. 27. in fin pr. de pact.*

VEL ALTER SOLVENDO] *lib. 3. in fin. h. t.* vel acceptum rogando, *d. l. 2. l. 16. de accept.* novando ſeu alium debitorem dando, per *l. 30. ad SC. Vell.* jurando, *l. 28. de jurei.* non autem paciſcendo: niſi aut ſocij ſint, aut nominatim alter alteri quoque paciſcatur, *l. 21. §. ult. & 4. ll. ſeqq. de pact.*

COMMENTARIUS.

1 *Jure noviſſimo correis debendi competere beneficium diviſionis. In foro tamen mercatorum hoc non obſervari.*

2 *Non ſolum ſolutione uni ex duobus reis credendi facta, ſed etiam quovis alio modo, qui vice ſolutionis ſit, promiſſore ab uno liberato, totam tolli obligationem.*

3 *Vno ex duobus reis promittendi ſolvendo, acceptum ferendo, &c. omnes liberari: tum alia non protrita.*

4 *An correus, qui totum ſolvit, eo nomine adverſus cæteros actionem habeat.*

IN cauſa plurium reorum etſi reſpectu perſonarum, quæ plures ſunt, plures quoque ſtipulationes & obligationes videri poſſunt, *hoc text. l. 13. eod.* tamen quoad rem in ſtipulatum deductam ac promiſſam, vique ipſa ac poteſtate, una eſt eademque & ſimplex obligatio, quæ in ſingulis in ſolidum activè & paſſivè conſiſtit. Vnde exiſtunt duo obligationis duorum reorum propria, quæ hoc §. commemorantur:

Solidum

Solidum singulis debetur, & singuli in solidum] Hoc primum est hujus obligationis proprium, quod & singulis reorum stipulandi solidum debetur, & singuli reorum promittendi solidum debent: ac proinde illi singuli solidum exigere, & 1 hi singuli in solidum conveniri possunt, *l. 2. l. 3. §. 1. hoc tit. l. si rem 31. §. 1. de novat.* Cæterum circa reos promittendi novella Iustiniani constitutione *de reis promitt. 99.* verus jus hactenus mutatum videtur, ut jam unus è duobus debendi reis in solidum à creditore conventus petere possit, uti divisa actione pro parte tantum conveniatur, neque alter cum effectu cum eo agi possit, quàm si correus ejus vel absens sit, vel non solvendo, aut ille beneficio divisionis renunciaverit. Sententia communis usuque forensi recepta. *Mynsing. Schneidew. hic. Gomez. var. resol. 2. cap. 12. num. 1. Gail. 2. observ. 14. num. 5. Sichard. in l. 2. C. hoc tit. num. 5. Gudelin. & Christin. ubi supra. Grot. 3. introduct. 3. Moller. 5. semestr. 62.* Vbi post *Iason. & Ioan. Ronchegall.* excipit, correos debendi testamento constitutos. Sunt tamen nonnulli ex recentioribus, qui putant, *d. Novell.* perperam intellectam: atque ab Irnerio *auth. hoc ita C. hoc titul.* positam esse alieno loco: non enim de correis debendi in *d. Novell.* agi, sed de mutuis fidejussoribus, quibus jure veteri beneficium divisionis, quod cæteri fidejussores habent, non competebat, *l. 11. princ. eodem.* Argumento utuntur inscriptione Græca, περὶ ἀντιλογούντων, qua voce non duo rei, sed mutui fidejussores significentur. Ego verum cum Cujacio existimo, eodem nomine à Græcis appellatos esse & correos simplices, eo quod & ipsi conditione obligationis quidam quasi fidejussores esse videantur, *l. vir uxori 17. §. ultim. ad sen. Vell.* quod & Constantinus observavit in Lexico, & sententia ipsius Novellæ non obscurè confirmat. Planè, secundum generalem consuetudinem Autuerpiæ inter mercatores observatam, *d. Novell.* locum non habet in foro mercatorum; sed potest creditor alterum ex duobus reis in solidum convenire, ad solutionem totius constringere. *Decisione 49. Curiæ Hollandiæ.*

Vel alter debitum accipiendo, vel alter solvendo] Alter reorum stipulandi accipiendo, alter reorum promittendi solvendo: quibus verbis breviter indicatur jus singulorum in obligatione tollenda, quod est alterum in hac obligatione singulare. Sed operæ pretium est, paulo latius hanc rem proponi, & in utroque reorum genere, quale id jus sit, separatim exquiri. Duobus reis stipulandi hoc in summa hic tributum est, ut singulis eorum jus sit, promissorem liberare; & liberare quibuscumque modis creditor, cui ali- 2 quid debetur, debitorem suum potest. Et igitur si uni pecunia soluta sit, ex hac causa promissor ab altero quoque hac obligatione liberabitur, *hoc text.* Sed & citra solutionem quicumque modi sunt, quibus actio aut ipso jure tollitur, aut per exceptionem submovetur, modo vim solutionis habeat, si quo ex his unus promissorem liberaverit, non à se tantum eum liberabit, sed à cæteris quoque, totamque tollet obligationem: veluti si promissori acceptum tulerit, *l. 2. hoc tit.* si novandi animo alium reum ab eo acceperit, *l. si rem. 31. §. 1. de novat.* idemque est, si jusjurandum tulerit, *l. in duobus 28. princ. de jurejurand.* nam & jusjurandum loco solutionis cedit, *l. jusjurandum 27. eodem. titul.* item si unus pecuniam sibi à promissore oblatam sine justa causa accipere recusarit, eaque postea sine culpa promissoris deperdita sit: per *l. qui decem 72. princip. de solution.* Paciscendo vero à promissore petat, correo non nocet; quoniam pactum non operatur ultra personas, inter quas interpositum est, nec remissio quicquam commune habet cum exactione, *l. si unus 27. in fin. pr. junct. §. 4. vers. ante omnia de pact.* His porro consequens est, quod traditur, *l. 2. hoc tit.* etiam unius ex reis stipulandi petitione totam tolli obligationem: quod sic explicatur in *d. l. 31. §. 1. de novat.* unum judicio petentem totam rem in litem deducere: & apertius in *l. 11. §. sic evenit. 21. de legat. 3.* unum ex pluribus reis credendi agendo occupare & totum consequi: ut proinde necesse sit jus alterius consumi. Hinc responsum est, si unus ex duobus reis stipulandi semel egerit, alteri promissorem offerendo pecuniam nihil agere, *l. ex duobus 16. hoc tit.* Ex contrario quoque sic jus est in duobus reis promittendi, ut unus solvendo alteri prosit, *hoc text. l. 3. in fin. eod.* Proinde & acceptum ro- 3 gando, *l. 2. eod. l. si ex pluribus 16. de accept.* item novando seu alium debitorem dando, per *l. si pro uno 30. ad sen. Vell. ubi Cujac. 8. ad Afr. con.* & jurando, *l. in duobus 28. de jurejurand.* Non autem paciscendo, nisi fortè paciscentis interfit, puta propter communionem quia socij sunt, aut si nominatim quoque correo suo paciscatur, *l. & hac. 21. §. ultim. cum 4. ll. seqq. de pact.* Sed nec adversus unum ex correis debendi instituta petitione alter liberatur, utique post constitutionem Iustiniani, *l. ultim. C. de fidejuss.* nam inter veteres de hac re non convenisse in eadem constitutione, cum Iustinianus indicat, tum arguunt hi loci, *leg. 1. §. sive apud 43. depos. l. 8. §. 1. de legat. 1. l. amissi. 52. §. ultim de fidejuss. l. reos C. eodem collati cum l. decem. 116. illic, non enim sunt duo rei de verb. oblig. l. si per imprudentiam 51. §. ultim. de evict.* Illud semper constitit, unum ex reis promittendi non posse ex alterius persona compensationem obiicere, *leg. 10. hoc tit.* neque moram

unius alteri nocere, *l. mora* 32. §. *ult. de usur.* id est non efficere, quominus re postea peremptâ & teneatur, qui moram fecit, & liberetur, qui non fecit: quæ fusius explicantur à D. Donello ad *tit. C. de duob. reis cap.* 7. *& 2. seqq.* Quid si unus ex pluribus debendi reis conventus integrum debitum creditori exsolvat, habebitne eo nomine adversus cæteros actionem? Si meram strictamque juris rationem sequimur, non habebit; etiamsi ad solos correos totum creditum pervenerit, nisi creditor quod facere cogitur, offerenti solutionem actiones suas cesserit: de quo consule Sichard. in *l. si divisa* 13. *C. locat.* Cæterum æquius & benignius est, ei qui ita soluit, etiam citra cessionem in correos actionem (subsidiariam negotiorum gestorum) accommodari, vel in solidum, si nihil ad eum pervenit, vel pro ea parte, quæ ad alios pervenit, *l.* 2. *C. hoc. tit.* Ita usum interpretibus communiter, & sæpè iudicatum est, testibus *Ant. Fabro C. suos hoc tit. defin.* 1. *Christin. vol.* 3. *decis.* 114. *& vol.* 4. *decis.* 178. contra quam tamen sententiam disputat idem *Ant. Faber.* 11. *conject.* 6. *& seqq.* Sanè *d. l.* 2. commodè accipi potest de correis sociis, eo quod pecunia dicitur communiter mutuo accepta. Ex converso, an unus ex reis stipulandi, qui totum exegit, partem cum altero communicare cogatur, tractat *Bart. in l. reos* 12. *hoc tit. num.* 9. *Vvesembec. parat. eod. num.* 7. Concludunt autem, non cogi, nisi vel socij sint, vel ita convenerit, vel natura obligationis & rei id ferat, *arg. d. l.* 11. *hoc tit. leg. in lege* 62. *ad leg. Falcid. l. qui hominem* 34. §. 1. *de solut.*

TEXTUS.

2. *Ex duobus reis promittendi, alius purè, alius in diem, vel sub conditione, obligari potest: nec impedimento erit dies aut conditio, quo minus ab eo, qui purè obligatus est, petatur.*

NOTÆ.

2. VEL SUB CONDITIONE OBLIGARI POTEST.] Dummodo eadem res sit in cujusque persona, & causa eadem, *l.* 9 §. 1. *l.* 15. *eod.* aut tempus idem sit aut locus solutionis, non est necesse, *l.* 7. *d. l.* 9. §. *ultim. eod.* Obiter nota duos reos credendi & debendi eriam aliis contractibus constitui posse, denique & testamento, *d. l.* 9. *prac. l.* 1. §. 43. *& 44. depos. l.* 8. §. 1. *de leg.* 1. *l.* 5. *C. ficert. pet.*

COMMENTARIVS.

1 *Imparis causa susceptionem impedire duorum reorum obligationem: at quæ in modo, tempore, loco imparitas est, non impedire.*

2 *Duos reos credendi aut debendi etiam citra stipulationem constitui posse.*

DUo rei debendi ita constitui non possunt, ut 1
res diversæ in eorum obligatione versentur, *l. si id* 15. *hoc tit.* nec ita ut imparem unius ejusdemque rei obligationem suscipiant, aut potius imparem causam, puta ut alter culpam præstet, alter non præstet, *l.* 9 §. 1. *eod.* At vero ut eodem modo uterque obligetur, necesse non est: sed potest alius purè, alius in diem vel sub conditione obligari, ut ex Florentino *l.* 7. *eod.* hic refert Iustinianus. Nimirum ubi impar causa suscipitur, imparitas obligationis perpetuo durat: quæ vero à modo & tempore est imparitas, ea veniente die aut existente conditione tollitur, atque ita obligatio reduci potest ad paritatem: ita *Ioan. Fab. & Cantiunc. hic.* Sed nec loci solutionis diversitas impedit, quo minus duorum reorum contracta obligatio & par ab utroque causa suscepta intelligatur, *d. l.* 9. §. *ult.* Obiter monendi sumus, duos reos credendi aut debendi non tantum verbis stipulationis constitui, quanquam id usitatius est, sed aliis quoque contractibus, & denique etiam testamento. Credendi, veluti, si duo eandem rem deponant, aut commodent, aut decem dent mutuo hac lege, ut is qui accipit, eorum singulis in solidum obligetur: quod in depositio indicat *Ulpian. l.* 1. §. *sed si duo* 44. *depos.* Testamento, si testator eandem rem eandemve summam duobus leget disjunctim, hoc modo, *Titio vel Mævio decem dato, arg. l.* 8. §. 1. *de legat.* 1. Debendi, veluti, si quis eandem rem apud duos deposuerit, utriusque fidem in solidum secutus, vel eandem rem duobus similiter commodaverit. *d. l.* 9. *in pr. hoc tit. in l.* 1. §. *si apud* 43. *depos.* Sic etiam ejusdem pecuniæ mutuo datæ plures rei debendi fiunt, si omnes se constituant ejus pecuniæ debitores, *l.* 5. *C. si cert. pet.* & testamento, si ita scriptum sit, *L. Titius hæres meus, aut Mævius hæres meus, decem Seio dato, d. l.* 8. §. 1. *de legat.* 1. nam exemplum, quo Papinianus utitur *d. l.* 9. *in fin. pr. hoc tit.* hoc non pertinet, nisi eo casu, quo apertè testator voluit, ut singuli hæredes, solidum debeant: quod ex initio ejus loci intelligitur. *add, Don. ad hunc tit. c.* 12.

TITULUS XVIII.

De stipulatione Servorum.

TEXTUS.

Servus, ex persona domini jus stipulandi habet. Sed & hæreditas in plerisque personæ defuncti vicem sustinet: ideoque quod servus hæreditarius ante aditam hæreditatem stipulatur, acquirit hæreditati, ac per hoc etiam hæredi postea facto acquiritur.

Notæ.

Ex persona domini] Servi jure civili pro nullis habentur, *l.* 32. *de reg. jur.* & quasi non sint, *l. proper. eod.* Theod. Hermopol. *lib.* 7. *tit.* 6 ὁ δοῦλος πρὸς τοὺς νόμους ἀπρόσωπός ἐστι, τουτέστιν οὐδὲ δοκεῖ ζῶν, ἢ ὑπάρχειν. Cæterum ex persona dominorum æstimantur, ut ait Theoph. id est, *personantur*, ut Gloss. Gr. Lat. Hinc est, quod etiam cum servis testamenti factio est, *l.* 31. *de hær. inst. v. sup. eod. tit.* & quod jus stipulandi habent, ut hic.

Personæ defuncti vicem] *l.* 34. *l.* 61. *de acq. rer. dom. v. sup.* §. 2. *de hær. inst.*

COMMENTARIUS.

QVod à servo aut cum servo gestum est, id ex persona servi valere jus civile non patitur: quippe quo jure servi pro nullis habentur, *l. quod attinet* 32. *de reg. jur.* Sed tamen ex persona dominorum æstimantur: quod eleganter Theophilus his verbis Græcè expressit, Οἱ οἰκέται ἀπρόσωπόν τι ὄντες ἐν τῷ προσώπῳ τῷ οἰκείων δεσποτῶν χαρακτηρίζονται. Ex quo est, quod etiam cum servis testamenti factio sit, ut & hæredes instituí & legatum iis relinqui possit: de quo non uno loco *l.* 2. item quod jus stipulandi habent, ut ex eorum stipulatione obligatio & actio domino acquiratur, perinde ac si ipse sibi stipulatus esset, & vox servi vox domini sit, sicut vox filij vox patris, § *si quis* 4. & §. *post mortem* 12. *inf. de invit. stip.* Quæ tamen res non impedit, quominus inter servum, & qui cum eo contrahit, nascatur obligatio naturalis, *l.* 14. *de obl. & act.*

Hæreditas in plerisque persona defuncti vicem] Quoniam dixit, servum ex persona domini jus stipulandi habere, videri poterat, servum hæreditarium inutiliter stipulari, utpote qui dominum non habet. Huic igitur objectioni occurrens ait, hæreditatem jacentem personæ vicem sustinere & interim pro domino esse: quod etiam identidem à veteribus traditum est, *l.* 13. §. 1. *ad leg. Aquil. l.* 15. *de interr. in jure fac. l. mortuo* 22. *de fidejuss. l. hæreditas* 34. *l. hæreditas* 61. *de acq. rer. dom.* Ait, *personæ defuncti vicem sustinet*, uti etiam supra §. 2. *de hæred. inst.* & disertè Iurisconsulti in *l. non minus* 31. §. 1. *de hæred. inst. l. in eo* 33. *in fin.* & *l. seq. de acq. rer. dom.* Pomponius tamen contra scripsit, hæreditatem personam sustinere hæredis, *l. novatio* 24. *de novat.* Sed hanc pugnam alibi tollimus sub *d.* §. 2. *de hæred. inst.* Ait, *in plerisque*: nimirum quia quædam sunt, in quibus hæreditas vice personæ fungi non potest: quæ proinde nec hæreditati per servum hæreditarium acquiri queunt. qualia sunt, quæ factum operamve personæ desiderant: hæc enim constat in rem inanimem, qualis est hæreditas, non cadere. Hujus generis res est hæreditas: etsi enim servus hæreditarius rectè hæres instituitur, tamen quia sine jussu domini hæreditatem adeundo nihil agit, hæres expectandus est, *l.* 10. §. *l.* 61. *de acquir. rer. dom.* Ejusdem generis est ususfructus: ususfructus consistere non potest, nisi sit persona, quæ fruatur, *d. l.* 61. *l.* 1 §. 2. *quand. dies usus f. leg.* & ideo servus hæreditarius inutiliter usumfructum stipulatur, *leg. usufructus* 26. *hoc tit.*

TEXTUS.

1. *Sive autem domino sive sibi, sive conservo suo, sive impersonaliter servus stipuletur, domino acquirit. Idem juris est & in liberis, qui in potestate patris sunt, ex quibus causis acquirere possunt.*

Notæ.

1. Sive impersonaliter] ἀπροσώπως, seu indefinitè non comprehensa persona, puta hoc modo, *Centum dare spondes?* l. 1. l. 15. h. t.

Et quibus causis,] Repetenda hic est distinctio pecunij filiorumfam. tradita & explicata *sup.* §. 2. *per quas pers.*

COMMENTARIUS.

SErvus stipulando domino acquirit, non tantum si ipsi domino dari stipuletur, verumetiam si sibi aut conservo suo: quinimo etsi impersonaliter seu indefinitè non comprehensa persona, puta hoc modo, *Centum dare spondes?* *l.* 1. *l.* 15. *hoc tit.*

In liberis, qui in potestate] Filiisfam. ex iis causis.

ex quibus patri acquiritur, id est, ex causa profectitij peculij, item adventitij quoad usumfructum, stipulantis, eadem ratio est, quæ servi, patri ut ex his causis acquirat, propter jus scilicet potestatis, quod hactenus simile herili, *l. stipulatio ista* 38 § *hi qui* 6. & §. *alteri* 17. *l. quodcumque* 45. *pr. & fin. de verb. obl. inf. quod cum eo, qui in al. pot. in pr.* Reperenda hic est distinctio peculij filiifa. tradita & explicata §. 1. *sup. per quas pers. ciq. acq.* Planè, si filius nominatim patri stipuletur, hoc casu etiam ex causa adventitij peculij patri in solidum acquiret: quippe quacumque ex causa ita stipulatur, patri acquirit, non sibi: per se enim sibi acquirere non vult, per patrem non potest. *Dom. ad d. l.* 38. §. *alteri*, 17. *n.* 25.

TEXTUS.

2. *Sed quum factum est stipulatione continebitur, omnimodo persona stipulantis continetur; veluti si servus stipuletur, ut sibi ire agere liceat: ipse enim tantum prohiberi non debet, non etiam dominus ejus.*

NOTÆ.

2. SED CUM FACTUM.] *l.* 38. §. 6. *de verb. obl.* eodem sensu alibi dicitur, ea quæ facti sunt, non transire ad dominum, *l.* 44. *cond. & dem.*

IPSE ENIM TANTUM] Quia in proposita stipulatione non jus, sed factum versatur, *d. l.* 38. §. 6. quanquam servus non ibit pro arbitrio suo, sed domini. Aliud est, si viam vel iter vel actum ad fundum domini sibi stipuletur: quoniam ea stipulatione non simplex factum, sed jus servitutis continetur. *l.* 17. *eod.*

COMMENTARIUS.

PRoponitur hic per modum exceptionis regulæ initio positæ, quod, cum servus factum in stipulationem deducit, idque (quod subaudiendum esse exemplum subjectum ostendit) in suam personam confert, in hac stipulatione persona servi, non domini, consideretur. Cæterum revera nihilominus valet & subsistit hæc stipulatio ex persona domini; quippe cui obligatio & facti illius emolumentum quæritur; jusque servum jubendi facere, pura ire agere, pro commodo suo, & cui commissa stipulatione actio in id, quod sua interest, competit. Itaque dicendum est, hactenus tantum in hujusmodi stipulatione personam servi spectari, ut ipse solus, non etiam dominus ejus; ex mente promissoris facti illius exercitium habere debeat, *d. l.* 38. §. *hi qui* 6. & *seq. de verb. obl.* Atque hoc sensu alibi dictum est, ea quæ facti sunt, non transire ad dominum, *l. qui hæredi* 44. *pr. de cond. & dem.*

Ire agere liceat.] In hac stipulatione non jus, sed factum versatur; idcoque personæ servi tantum comprehensa intelligitur, ut is solus ire agere prohiberi non debeat, non etiam dominus ejus, *d. l.* 38. §. 6. *vers. cum vero*, quanquam servus non ibi tager pro arbitrio suo, sed pro domini, cui illa stipulatione jus quæritur servum transmittendi. Quod si servus viam, vel iter, vel actum ad fundum domini stipuletur, etiamsi servi non domini persona comprehensa sit, domino jus eundi agendi acquiret: quoniam ea stipulatione non simplex factum, sed jus servitutis continetur, per *l.* 17. *hoc tit.*

TEXTUS.

3. *Servus communis stipulando unicuique dominorum pro portione dominij acquirit: nisi jussu unius eorum, aut nominatim alicui stipulatus est: tunc enim soli ei acquiritur. Quod servus communis stipulatur, si alteri ex dominis acquiri non potest, solidum alteri acquiritur: veluti si res, quam dari stipulatus est, unius domini sit,*

NOTÆ.

3. PRO PORTIONE DOMINII] *leg.* 5. *leg.* 7. *eod.* Interest tamen, an ita stipuletur, *Dominis meis dare spondes?* an sic, *L. Titio & C. Sejo dare spondes?* solo enim priore casu partes dominicæ debentur; posteriore viriles; quoniam dominorum vocabula pro demonstratione habentur, *l.* 37. *eod.*

NISI IUSSU UNIUS] *d. leg.* 5. & *seqq. eod.* Sed quid si contempto jussu nominatim stipuletur alteri? Iustinian. hanc controversiam decidit pro eo, qui jussit, *d. ult. pr. quas pers. obl. l. ult. C. eod.*

AUT NOMINATIM ALICUI] *d. l.* 5. & *passim eod. d.* §. *ult.* Est & alius casus ejusdem naturæ, si stipuletur ex re unius, *l.* 28 §. 1. *eod.*

UNIUS DOMINI SIT] Aut si servitutem ad fundum stipuletur, cum unus duntaxat vicinum fundum habeat, *l.* 7. *in fin. l.* 17. *eod.*

COMMENTARIUS.

SErvus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro partibus, utique indivisis, ut intellectu magis, quam corpore partes habeant. Et ideo si quid stipulatur, vel quagua alia

ratione

ratione acquirit, omnibus acquirit pro ea parte, qua domini sunt, verbi causa, si unus duas partes, alter tertiam duntaxat habeat, illi commodum, stipulationis pro duabus partibus acquiretur, huic pro una, *l.5. l.7. hoc tit.* Sed tamen non est hoc perpetuum. Nam primum interest, utrum hoc modo servus communis stipuletur, *Dominis meis dare spondes?* an expressis propriis dominorum nominibus ita. *L. Titio & C. Sejo dare spondes?* nam priore quidem stipulatione partes dominicæ debentur; ex posteriore vero viriles. Quoniam dominorum vocabula pro demonstratione habentur, *l. si communis* 37. *hoc tit.* Sed & tres hi casus hic excipiuntur; si jussu unius ex dominis stipuletur; si uni tantum; si res in stipulationem deducta ad unum tantum pertinere potest: placetque, his casibus uni illi acquiri in solidum, *d. l.5. cum aliquot seqq. l.17. d. si ex re* 28. §.3. *eod.* Est & quartus casus ejusdem naturæ, si stipuletur ex re unius, *l. si alienus* 19. *junct. d.l.* 28. §.1. *eod.* Extra has causas sive sibi quid dari stipuletur, sive impersonaliter, pro partibus dominicis acquirit. Atque hæc etiam *αὐαλόγως* ad eum servum transferenda sunt, in quo plures usumfructum habent; item ad hominem liberum & servum alienum, qui à pluribus bona fide possidentur, quatenus scilicet hi ex causa operarum suarum aut re fructuariorum bonæve fidei possessorum stipulantur, *l.19. cum l. seq. l.24. l.32. & l. seq.* §. 1. *eod. vid. sup.* §.4. *per quas pers. cuiq. acq.*

Jussu unius] Ac proinde hoc casu etiamsi non nominatim ei, qui jussit, stipulatus fuerit, nihilominus tamen huic soli acquiret. Sunt enim hæc duo distincta membra, ejusdemque potestatis est stipulatio jussu unius facta, cujus facta uni nominatim citra jussum. Sed quid si jussu contempto stipuletur alteri nominatim? Apud veteres vtri acquireret dubium fuit: sed Justinianus *inf.* §. *ult. per quas pers. obl.* ait, se hanc controversiam decidisse pro eo, qui jussit. Extat constitutio ejus in *l. ult. C. per quas pers. nob. acq.*

TITULUS XIX.

De divisione stipulationum.

Ratio ordinis. Unde sumpta divisio hic proposita: eaque ad bimembrem revocata.

PRÆCESSERE duæ stipulationum divisiones. Quarum prima ducta est à diverso contrahendi modo; unde aliæ puræ, aliæ in diem, aliæ conditionales, §.2. *sup. de verb. obl.* altera à diversione materiæ, rebus scilicet & factis, quæ in stipulationem deducuntur; unde aliæ dandi, aliæ faciendi, §. *ult. d. tit.* profertur hic & tertia, ex *l.5. eod.* quod aliæ sint judiciales, aliæ prætoriæ, aliæ communes tam judiciales quam prætoriæ, aliæ conventionales: quæ tamen species non ideo sic distinguuntur, quod postrema à cæteris differt Conventione, sed quod origine & conventionis causa; ut appareat, distinctionem hanc sumptam esse à causis efficientibus. Nam etsi nulla est stipulatio, quæ non habeat conventionem: non omnes tamen ita habent, ut inde primum nascantur, sed solæ conventionales, unde etiam hoc nomen acceperunt. Potest hæc divisio commode revocari ad bimembrem, ut dicamus, stipulationum quasdam esse necessarias, quasdam voluntarias. Necessarias, quæ invitis pro auctoritate prætoris aut judicis injunguntur: voluntarias, quæ concipiuntur ex voluntate atque arbitrio contrahentium; quæ veteribus dictæ sunt conventionales, eo quod ex sola conventione partium fiunt, *d.l.5. pr. vers. conventionales.*

TEXTUS.

Stipulationum aliæ sunt judiciales, aliæ prætoriæ, aliæ conventionales, aliæ communes tam prætoria, quam judiciales.

1. ***Judiciales sunt duntaxat, quæ à mero judicis officio proficiscuntur: veluti de dolo cautio, vel de persequendo servo, qui in fuga est, restituendove pretio.***

NOTÆ.

ALIÆ JUDICIALES, ALIÆ PRÆTORIÆ] Ex Pomp. *l.5. de verb. obl.*

1. QUÆ A MERO JUDICIS OFFICIO] Id est, quas judex pro officio suo interponi jubet: ac proinde his locus non est nisi post litem contestatam, arg. *l. un. C. de lit. cont. l.1. C. de judic.* Alio sensu judiciales dicuntur *l.1. de stip. prat.* quæ scilicet judicij futuri stabiliendi causa interponuntur, & species sunt prætoriarum.

VELUTI DE DOLO CAUTIO] Puta in actione in rem vel quod metus causa: nam judex in restituenda re, qua de agitur, caveri jubet dolum malum abesse, *l.20. l.45. de rei vind. l.9.* §. 5. & 7. *quod met. ca.* & parere recusantem condemnat in id quod adversarij interest.

PERSEQUENDO SERVO] Et reddendo; *l.64.* §. *ult. de leg.1. l.14.* § 11. *quod met. ca.* alia exemplia habes in *l.16. l.25.* §.10. *fam. erc. l.17. l.12. si serv. vind.*

COMMENTARIUS.

1 *Usus stipulationum judicialium, & in his officium judicis.*
2 *Exempla harum stipulationum, & quædam non allegata in textu.*

Quæ à mero judicis officio] Mero, id est, solo Quod additum in definitione, ut removeantur communes: nam prætoriæ etiam eo omisso satis excluduntur. Igitur judiciales stipulationes sunt, quæ à judicis officio proficiscuntur, seu quas judex pro officio suo interponi jubet: ac proinde his locus non est nisi post litem contestatam: nam tum demum judex quis esse incipit, *l. un. C. de lit. cont. l. 1. C. de judic.* Officium judicis scimus positum esse tum in eo, ut de re in judicium deducta cognoscat, tum ut de ea re sententiam ferat, aut convictum condemnando, aut non convictum absolvendo, *l. qua de re 74. de judic. l. 9. C. eod. l. 1. de re jud.* Ergo si quia judex lite contestata jubeat aliquid pro officio caveri, & parere recusantem condemnet in id, quod adversarij interest, aut reum absolvat, sciamus, hoc proficisci ab officio judicis, stipulationesque jussu ejus interpositas judiciales nominari, etiamsi prætor sit, aut alius magistratus, qui de causa cognoscit: quippe cum in eo non magistratus, sed judicis pedanei partibus fungatur. Alio sensu, atque hoc loco, judiciales dicuntur in *l. 1. de prat. stipul.* nimirum, quæ propter judicium interponuntur, ut id ratum sit, seu judicij futuri stabiliendi causa, ut judicatum solvi, & ex operis novi nuntiatione; quæ species sunt prætoriarum. Stipulationum judicialium duæ species hic afferuntur, de dolo cautio in actione in rem vel quod metus causa: nam judex in restituenda re, de qua agitur, caveri jubet, dolum malum abesse, *l. præterea 20. l. si homo 45. de rei vend. l. 9. §. Iulianus 5. & §. ex hoc 7. quod met. ca.* irem de servo persequendo & reddendo, qui in fuga est, *l. servo legato 64. §. ult. de leg. 1. l. item si 14. §. quod si homo 11. quod met. ca.* Sunt & multæ aliæ, veluti quæ interponuntur officio judicis familiæ erciscendæ *l. & puto 16. l. heredes 21. § contra 10. famil. erciscund.* itemque officio judicis addicti vendicationibus servitutum, *l. 7. l. 12. si serv. vend.* & aliis actionibus.

TEXTUS.

2 *Prætoria sunt, quæ à mero prætoris officio proficiscuntur; veluti damni infecti, vel legatorum. Prætorias autem stipulationes sic audiri oportet, ut in iis etiam contineantur ædilitiæ: nam & hæ à jurisdictione prætoris veniunt.*

NOTÆ.

2. A MERO PRÆTORIS OFFICIO] Id est, quæ à jurisdictione veniunt, *l. 5. de verb. obl.* quod ex eo cognoscemus, si extra judicium cautio injungatur, & adversus recusantem procedatur remediis prætoriis, puta missione in possessionem bonorum, aut denegatione jurisdictionis.

DAMNI INFECTI, VEL LEGATORUM] Has prætorias esse constat ex *l. 7. de damn. inf. tit. ut leg. nom. cau. & tit. ut in poss. leg.* ejusdem generis est cautio fructuaria, *l. 7. usuf. qu. cau.* judicatum solvi, ratam rem haberi, *l. 1. §. 1. & 2. de stip. prat. §. 4. & 5. inf. de satisd.*

ET HÆ A IURISDICTIONE PRÆTORIS] Vox. *prætoris* expungenda est: quæ & abest à *l. 5. de verb. obl.* & à Russard. Bar. Cujac. Hoc, non agnoscitur. Theoph. legit, *à jurisdictione ædilium.*

COMMENTARIUS.

1 *Unde cognoscantur stipulationes prætoriæ, earum usus, & varia exempla.*
2 *Quibus in causis locus ædilitiis, & mendum è textu sublatum.*
3 *Distinctio judicialium & prætoriarum; quæ aliàs nunc minus conspicua, ad usum fori hodiernum accommodata.*

A Mero prætoris officio] *A mero.* Hoc ad judi- 1
ciales excludendas supervacuum: sed additum hic itidem, ut excludantur communes. Ab officio prætoris proficisci dicuntur, quæ à jurisdictione veniunt. Hoc ex eo cognoscemus, si extra judicium cautio injungatur, & adversus recusantem procedatur remediis magistratus propriis, puta missione in possessionem bonorum ejus, aut denegatione jurisdictionis. Igitur quod hoc loco scriptum est & *. 1. §. 3. de stip. prat.* cautiones, quæ præstantur ex causa damni infecti & legatorum servandorum, stipulationes esse prætorias, id hinc intelligimus recte dici, quoniam extra judicium injunguntur, & nisi caveatur, mittitur adversarius in possessionem bonorum ejus, qui non cavet, *l. 7. de damn. inf. tit. ut leg. nom. cau. & tit. ut in poss. leg.* Similiter cautiones judicatum solvi, & ratam rem haberi, hinc cognoscimus esse prætorias, ut scriptum est in *l. 1. §. 1. & 2. de prat. stip.* quia & ipsæ lite nondum contestata exiguntur, *§. si vero 5 inf. de satisd. l. Pomponius 40. §. pen. de procur.* & qui illam præstare recusat, cum prætor non admittit

mittit ad alienam defensionem, §. 4. & 5. *inf. d. tit.* qui hanc, ei denegatur alieno nomine agere volenti actio, §. 3. *d. tit. l. mutus* §. *pœna* 4. *de procur.* Ejusdem generis est & cautio fructuaria: nam si ususfructus nomine non caveatur, denegatur petitio aut retentio ususfructus, *l.* 7. *usufr quemadm. cav.* Plures recenset D. Cujac. in *l.* 5. *de verb. obl.*

Continentur etiam ædilitiæ] Ædilitiæ sunt, quibus venditor cavet de morbis & vitiis rerum venalium, puta *rem morbosam non esse, servum fugitivum non esse, erronem non esse*, & de cæteris, quæ edicto ædilium curulium promittuntur, *l.* 1. & *passim. de ædil. edict. l. si ita quis* 31. & *l. seq. de evict.* Hæ stipulationes omnes proficiscuntur à mero ædilis officio, quia jubet ædilis eas interponi sine ullo judicio, ac nisi interponantur, venditorem non condemnat, sed actionem adversus eum dat ad redhibendum intra duos menses, vel quanti emptoris interfit, intra sex menses, *l. si venditor* 28. *de ædil. edict.* in quo licet agnoscere ædilis, quatenus ædilis est, id est, magistratus & jus dicentis auctoritatem, *l.* 1. *de jurisd.*

A jurisdictione prætoris] Vox *prætoris* abest à *l.* 5. *de verb. obl.* unde totus hic locus ad verbum descriptus est: & expungendam censeo cum Russard. Baron. Cont. Cujac. Hotom. Etenim ædilitiæ stipulationes non possunt dici venire à jurisdictione prætoris, cum veniant à jurisdictione ædilium, quod expressit Theophilus; sed quod de prætoriis tanquam principali specie stipulationum honorariarum dicitur, id etiam ad ædilitias recte refertur, quoniam & hæ ab officio jus dicentis veniunt, communemque cum prætoriis originem & causam habent, videlicet jurisdictionem magistratus. Neque aliud Justinianus hic, aut Pomponius in *d. l.* 5. sentiunt. Hodie hæc prætoriarum & judicialium stipulationum distinctio minus conspicua est, postquam judices à magistratu dari desierunt, idemque nunc judex, qui prætor seu magistratus. Distinguunt vero nunc interpp. inter officium judicis nobile, quod est judicis, qua magistratus est, & quod vi jurisdictionis atque imperij sui exercet; & mercenarium, quod est ejusdem, qua judex, & nudæ notionis, subserviens actioni instituræ. Itaque prætoriæ stipulationes etiamnum sunt & dici possunt, quæ extra judicium aut ante litem contestatam interponi jubentur propter cogendi remedia, *l.* 4. *de jurisd.* judiciales, quæ post litem contestatam instituti judicij promovendi causa.

TEXTUS.

3. *Conventionales; sunt quæ ex conventione utriusque partis concipiuntur; hoc est, neque jussu judicis, neque jussu prætoris, sed ex conventione contrahentium: quarum totidem sunt genera, quot (pene dixerim) rerum contrahendarum.*

COMMENTARIUS.

EX *conventione utriusque partis*] Pomponius ex conventione reorum, *l.* 5. *hoc tit.* Ex conventione autem sic accipe, ex conventione sola: nam & cæteræ stipulationes ex conventione partium constant: at non inde solum proficiscuntur, sed prima earum causa est auctoritas jubentis. Unde existit & hæc differentia, quod prætoriæ stipulationes ex ipsius prætoris, conventionales, ex mente contrahentium interpretationem accipiunt, *l.* 1. §. *ult. l. in prætoriis* 9. *de prat. stip.* & quod in prætoriis, si quid addi, vel detrahi, vel mutari oporteat, id jurisdictionis prætoriæ sit; in cæteris contra, *l. in conventionalibus* 52. *de verb. obl. l.* 1. §. *ult. de stip. prat.*

Quot rerum contrahendarum] Id est, obligationum seu negotiorum, quæ contrahi possunt. Et ideo necesse non fuit ullam conventionalium stipulationum exempli causa proferre, ut factum in superioribus, quæ non æque notæ & vsitatæ. Illud (*pene dixerim*) tantum modestiæ causa additum videtur: nullum enim omnino negotium inter homines contrahitur, super quo stipulatio non recte interponatur.

TEXTUS.

4. *Communes sunt, veluti rem salvam fore pupillo (nam & prætor jubet rem salvam fore pupillo caveri, & interdum judex, si aliter hæc res expediri non potest) vel de rato stipulatio.*

NOTÆ.

4. ET PRÆTOR IVBET REM SALVAM] Et quidem regulariter: unde etiam hæc cautio inter prætorias numeratur, *l.* 1. §. *restip. prat.*

ET INTERDVM IVDEX] Puta si debitor pupilli à tutore conventus demum post litem contestatam cognoverit eum non cavisse, & ad hanc exceptionem confugiat, arg. *l.* 13. *C. de tut. qui sat. non cod.* junct. *l.* 1. *C. de ord. jud.*

DE RATO STIPVLATIO] Hæc est, quæ exigitur à procuratore alieno nomine actionem postulante; quæ & ipsa prætoria fere est, *leg.* 1. §. 2. *de stip. prat.* Cæterum si in lite contestanda omissa sit

sit, & postea, certum esse cœperit falsum esse procuratorem. rectè judex hanc satisdationem ab eo exiget, per *d.l.* 1. *C. de ord. iud.* Addit Pomp. *l.* 5. *de verb. obl.* & stipulationem duplæ; qua se venditor cavet *rem vitiosam non esse*, &c. *l.* 32. *de evict.* assidua dicitur *l.* 31. §. 20. *de ædil. ed* & hæc interdum jussu judicis interponitur, interdum imperio ædilis, *d.l.* 5 *de verb. obl.* Caute hic legendus Th.

COMMENTARIVS.

1 *Cur duas stipulationes hic propositas Vlpianus prætorias, & quo sensu quasdam communes appellet.*

2 *Rem pupilli salvam fore quando prætor cavere jubet. quando judex, Et Theophilus notatus.*

3 *Idem quæritur in stipulatione rem ratam haberi.*

4 *An stipulatio duplæ, & quando communis.*

STipulationes communes sunt, quæ rebus ita exigentibus interdum auctoritate prætoris aut
1 ædilis interponuntur, interdum habente judice, *d.l.* 5. *in pr. vers. communes.* Hujus generis duæ hic commemorantur, cautio rem pupilli salvam fore, & rem ratam dominum habiturum *Vlpianus l.* 1. §. 2, *de stip. prat.* Vtramque hanc interprætorias numerat, nimirum ex potiori, & eo, quod regulare est, rem æstimans. Quod & nos consideravimus *sup.* §. 1. Apud Pomponium *d.l.* 5. refertur tertia ejusdem generis, stipulatio duplæ: neque plures, quod sciam, quæ quidem communes eo, quo diximus, sensu appellentur, occurrunt. Longe enim aliter, atque hoc loco, communes accipiuntur ab Vlpiano *l.* 1. *de stip. prat.* nimirum ex prætoriis illæ, quæ & judicij constituendi firmandique causa interponuntur, & simul cautionales sunt, ut instar actionis habeant; quales sunt quæ fiunt judicio sistendi causa, *d. l.* 1. § 3.

2 *Rem salvam fore pupillo*) Hæc stipulatio regulariter jussu prætoris interponitur nullo interveniente judicio aut causæ cognitione, & ni caveat tutor pignoribus capitis aut mulcta indicta coërcetur. *sup. in satisd. tut. pr. junct.* § *per. l.* 1. *de adm. tut.* quorum nihil est judicis; qui nudam duntaxat notionem habet. *l.* 5. *de re jud. junct. l.* 4. *de jurisd.* Sed finge, debitorem pupilli conventum à tutore, post litem contestatam demum inter moras judicij cognovisse non satisfecisse tutorem, atque ad hanc exceptionem confugere: utique audiendus erit, *l.* 3. *C. de tut. qui sat. non de d.* & officio judicis injungetur stipulatio. Quippe quæ propria magistratus sunt & jurisdictionis, si de his principaliter agatur, ea si in judicium per consequentiam inciderint, ad judicis cognitionem & officium pertinere incipiunt, *l.* 1. *C. de ord. jud.* Aperte autem hic lapsus est Theophilus, bonus alioqui & non contemnendus interpres; qui dum probare cupit, stipulationem rem pupilli salvam fore aliquando judicialem esse, pro judiciali attulit exemplum prætoriæ, ejus nimirum, quæ ante litem contestatam interponi jubetur ab eo, qui de ea re in jus aditus est. Quo casu non potest non esse prætoria, cum eo tempore nullum adhuc judicium, nullus judex sit. Eumdemque errorem mox iterum errat in explicatione cautionis de rato. Quod ideo movendum putavi, quia plerique decepti auctoritate viri satis habent, lectorem, tanquam in re explorata, ad eum remittere.

Si aliter hæc res expediri non potest] His verbis, *hæc res*, perspicuum est non intelligi cautionem, sed judicium seu rem, de qua judicio contenditur. Cautio enim semper per prætorem expediri potest, si ab eo postuletur, judicium vero non semper, nisi jussu judicis cautio interponatur.

Vel de rato stipulatio] Stipulatio de rato seu ratam rem haberi, ea est, quæ exigitur à procuratore alieno nomine actionem postulante. Hæc iti- 3
dem regulariter jussu prætoris atque ante litem contestatam interponitur. Cæterum si in lite contestanda omissa sit, & postea certum esse cœperit, eum qui tanquam procurator expertus est, falsum procuratorem esse, recte postulante adversario hanc judex satisdationem ab eo exigit. Nam quod dicitur, in *l. Pomponius* 10. *§. pend. de procur.* lite semel contestata procuratorem ad cautionem ratihabitionis non compelli. id in re incerta, ubi de mandato non plene constat, & aliqua pro procuratore præsumptio est, locum habet, quo scilicet casu ante litem contestatam etiam reo invito cum cautione admitteretur, *l.* 1. *C. de procur.* Neque obstat regula de exceptionibus dilatoriis, quales sunt procuratoriæ, post litem contestatam non opponentis, *l.* 4. *C. de jurisd. l.* 13. *C. de procur.* quippe quæ fallit, quando dilatoria eam vim habet, ut nullos reddat omnes actus judicij. Cujusmodi inter alias est exceptio falsi procuratoris, *licet* 12. *C. de procur. ubi Sichard. num.* 2. & 3. *Gail.* 1. *obs.* 47. *n* 2. Pomponius 4
d.l. 5. *de verb. obl.* communium stipulationum numero adscribit & stipulationem duplæ, eamque ait vel ab judice venire, vel ab ædilis edicto. id est, interdum judicis jussu interponi, interdum imperio ædilis. Nam ut edictum ædilium publicum hic interpretemur, neque verba Pomponij patiuntur; quia illud non est unius ædilis, sed plurium; *l.* 1. & *passim de ædil. edict.* neque sententia; quod manifestè arguit præcedens definitio prætoriarum. Quando igitur hæc stipulatio communis?

nis? An cum ob evictionem interponitur? minime. Hæc enim petitur actione ordinaria, semperque iudicialis est, nunquam ædilitia, *tot. tit. de evict.* Sed est præter vulgarem illam ob evictionem & alia, quæ ob eas causas petitur, de quibus edictio ædilium cavetur, puta rem vitiosam non esse, morbosam non esse, &c. *l. quia dicitur* 32. *de evict.* stipulatio *assidua* ab Vlpiano appellatur, *l. quod si nolit.* 31 §. *quia assiduo* 20. *de adil. edict.* De his rebus qui sibi duplam promitti postulat, is adversario recusante aut agit ex empto præcise ad duplam, qua parte iudicialis est; aut redhibitoria, & hic est ædilitia, quia post litem contestatam nunquam interponitur. *Don. in d. l. 5. pr. num.* 27. & 28.

TITULUS XX.

De inutilibus stipulationibus.

Continuatio. Quot modis accidat, ut inutilis sit stipulatio.

ACTENUS visum, quomodo verborum obligatio recte contraharur, stipulationesque utiliter concipiantur, Sequuntur contraria, ea videlicet, quæ stipulationem vitians, eamquei nanem atque inutilem reddunt. Quarum quidem rerum tractatio etsi ad cæteras quoque conventiones & obligationes pertinet; non male tamen hoc loco instituitur, ut in argumento communi: quippe cum, ut initio *tit. de verb. obl.* dictum est, stipulationes inventæ sint cæterarum conventionum & obligationum firmandarum gratia; & ideo fere novissima parte cujusvis negotij subjici soleant. Ut vitiosa sit atque inutilis stipulatio, multis modis accidit. Quædam enim inutiles sunt propter materiam seu rem in obligationem deductam: quædam propter defectum causæ efficientis, aut qualitatem personæ stipulantis promittentisve: aliæ propter vitium formæ & adjectionum. Quæ fere summa est eorum, quæ hoc tit. explicantur. Ex his autem casus sit, ut stipulatio ipso jure sit inutilis, ita ut nec actionem producat. Quibusdam etiam modis fit, ut inutilis sit non ipso jure, sed ut ex ea agens exceptione submoveatur. *inf. de excep.*

TEXTUS.

Omnis res, quæ dominio nostro subjicitur, in stipulationem deduci potest, sive ea mobilis sit, sive soli.

NOTÆ.

DOMINIO SUBJICITUR] Id est, subjici potest, aut solet, ὑπομίμνειν δύναται Th. verba enim in disciplinis potentialiter accipiuntur.

SIVE NOBILIS, SIVE SOLI] Sive corporalis, sive incorporalis, ut ususfructus & servitutes, §. 1. *sup. de usuf.* §. *ult. sup. de servit.* quin & facta quoque, §. *ult. sup. de verb. obl.*

COMMENTARIVS.

Dominio nostro subjicitur] Id est, subjici potest. Nam & ea, quæ nondum in dominium nostrum pervenerunt, atque adeo quæ nondum sunt, in stipulationem deduci possunt; veluti frumenta, quæ in herbis sunt, fructus fundi, partus ancillæ, *l. interdum* 73. *l. ult. autem* 75 §. *illud* 4. *de verb. obl.* §. *ea. quoque* 7. *sup. de legat.*

Sive mobilis sit sive soli] Potuit adjungi, *sive ea corporalis sit, sive incorporalis:* nam & jura in stipulationem recte deducuntur, veluti usufructus & servitutes prædiorum, §. 1 *sup. de usufr.* §. *ult. de serv. l. prad.* Quinetiam non modo res in stipulationem utiliter deducuntur; verum etiam facta, ut superius docuimus sub §. *ult. de verb. ob.*

TEXTUS.

1. *At si quis rem, quæ in rerum natura non est, aut esse non potest, dari stipulatus fuerit veluti Stichum qui mortuus sit, quem vivere credebat, aut Hippocentaurum, qui esse non possit, inutilis erit stipulatio.*

NOTÆ

1. AUT ESSE NON POTEST] Particula disjunctiva *aut* posita videtur pro conjunctiva, ut interdum solet, *l.* 53. *de verb. sign.* Nam v. c. fructus futuri recte in stipulationem deducuntur. *l.* 73. *de verb. obl.*

HIPPOCENTAURUM] Lucret. *lib.* 5. Sen. *Epist.* 58. Cic. 2. *de nat. Deor. Quis*, inquit, *Hippocentaurum fuisse credat?* Plinius tamen fuisse tradit *lib.* 7. *cap.* 3.

INUTILIS ERIT STIPULATIO] *d. l.* 1. §. 9. *de obl. & act.* adeo ut nec æstimatio debeatur, nec pœna eo nomine promissa committatur, *leg.* 69. *l.* 103. *de verb. obl.*

COMMENTARIVS.

1. *Canones, qui observandi circa materiam stipu-*

pulationum: tam confectaria inde deducta.

2 *Quid si in ſtipulatum deducta res, quæ eſſe deſiit.*

3 *Quid ſi quæ nec eſt, nec unquam fuit: ubi de Hippocentauris.*

HOc §. *& ſeqq.* docetur, quibus modis fiat, ut inutilis ſit ſtipulatio propter id, quod in eam deductum eſt. Quæ res ut perfectius intelligatur, duo hi canones prius nobis obſervandi ſunt. 1. ut valeat ſtipulatio, neceſſe eſſe, ut id quod in eam deductum eſt, dari aut fieri per rerum naturam aut leges poſſit. 2 ut intelligatur. quid illud ſit, & quam utilitatem afferat ſtipulatori Hinc jam apparet, duobus modis in univerſum fieri, ut ratione materiæ inutilis ſit ſtipulatio, ſi dari fierive natura aut jure non poteſt, quod promiſſum eſt, *l. ſi ſtipul.* 35 *de verb. obl.* eoque pertinet regula juris *l. impoſſibilium* 185 *de reg. jur.* ſi propter incertitudinem non poteſt, intelligi quid ſit, & quàm habeat utilitatem, *l. triticum* 94. *l. ita ſtipulatus* 115. *de tit.* Quando in ſtipulatione faciendi hoc accidit videbimus *inf. ſub* §. *quod turpi* 23. Rerum, quæ dari non poſſunt, tria fere ſunt genera; quæ non ſunt in rerum natura nec eſſe poſſunt, quæ commercio ſunt exemptæ; quæ ſtipulatoris ſunt propriæ, *l* 1. §. *ſi id quod* 9. *& §. ſeq. de obl. & act.* De primo genere agitur hoc §. de reliquis §. *ſeqq.* Incertitudinis, quæ ſtipulationem vitiat, exempla habemus in *d. l. triticum* 94. *& d. l. ita ſtipulatus* 115. *pr. de verb. obl.*

Quod in rerum natura non eſt] Primum genus rerum, quæ dari non poſſunt, ac proinde inutiliter in ſtipulationem deducuntur, earum rerum eſt, quæ non ſunt, nec eſſe poſſunt in rerum natura. Id iterum in duas abit ſpecies. Nam harum rerum aliæ fuerunt, ſed deſierunt eſſe; aliæ ne fue-
2 runt quidem unquam. Illarum numero ſunt, homo mortuus, ædes deuſtæ, &c. *l.* 1. §. *ſi id quod* 9. *de obl. & act. l. homo* 69. *de verb. obl.* Quod autem harum rerum ſtipulationem inutilem eſſe dicimus, hoc eo maxime ſpectat, ut intelligamus, nec æſtimationem earum deberi, *l. liber homo* 103. *de verb. obl.* §. 4. *ſup. de legat.* nec pœnam eo nomine promiſſam committi, *d. l. ſi homo* 69. *de verb. obl.* Plane, ſi res, quæ dari poterat, ab initio in obligationem deducta, culpa debitoris dari poſſe deſierit, aut ſi is in re præſtanda moram fecerit, placet creditorem eas res, quamvis extinctas, utiliter adhuc ſtipulari. *l. inter ſtipulationem* 83. § *pen. eod.* quoniam culpa & mora debitoris obligationem perpetuant, *l. ſi ex legat.* 13. *l. ſi ſervum* 91. §. 3. *eod.*

3 *Hippocentaurum qui eſſe non poſſit*] Exemplum rerum, quæ ita non ſunt, ut nec unquam fuerint Cic. 2. *de nat. Deor. Quis*, inquit, *Hippocentaurum aut Chimeram fuiſſe putat? Lucret. lib.* 5.

Sed neque Centauri fuerint, neque tempore in ullo
Eſſe queat duplici natura & corpore bino,
Ex alienigenis membris compacta poteſtas.

Stoici apud Senecam Epiſt. 58. *in rerum*, inquiunt, *natura quadam non ſunt. Et hæc autem, quæ non ſunt, rerum natura complectitur, quæ animo ſuccurrunt, tanquam Centauri, Gigantes, & quicquid aliud falſa cogitatione formatum habere aliquam imaginem cœpit, quamvis non habet ſubſtantiam.* Plinius tamen *lib.* 7. *c.* 3. teſtatur, Claudium Cæſarem ſcribere, Hippocentaurum in Theſſalia natum eodem die intereſſe. *Et nos*, inquit, *principatu ejus allatum illi ex Ægypto in melle vidimus.* Cæterum ut hoc verum ſit tamen quia portenta & monſtra hæc ſunt, etiam naturæ quodam peccato genita, eorum ratio nulla ducitur. Centauri, qui idem & Hippocentauri dicti, populi fuere Theſſaliæ juxta Pelion montem, anteriore corporis parte (ut Poëtæ fabulantur) hominum, poſteriore equorum effigiem referentes. Fabulæ occaſionem præbuit, quod Centauri primi equitarunt, non ſine horrendo vicinorum populorum ſpectaculo, à quibus primum conſpecti equis inſidentes, crediti ſunt habere membra partim humana, partim equina. Idem Indis occidentalibus patrum noſtrorum memoria evenit.

TEXTUS.

1. *Idem juris eſt, ſi rem ſacram, aut religioſam, quam humani juris eſſe credebat, vel publicam, quæ caſibus populi perpetuo expoſita ſit, in formam, vel theatrum; vel liberum hominem, quem ſervum eſſe credebat; vel cujus commercium non habuerit, vel rem ſuam dari quis ſtipuletur. Nec in pendenti erit ſtipulatio ob id, quod publica in privatam deduci, & ex libero ſervus fieri poteſt, & commercium adipiſci ſtipulatio poteſt, ſed protinus inutilis eſt. Item contra, licèt initio utiliter res in ſtipulatum deducta ſit, ſi tamen poſtea in aliquam eorum cauſam, de quibus ſupra dictum eſt, ſine facto promiſſoris devenerit, extinguitur ſtipulatio. At nec ſtatim ab initio talis ſtipulatio valebit,* Lucium Titium, cum ſervus erit, dare ſpondes? *& ſimilia. Quæ enim natura ſui dominio noſtro exempta ſunt, in obligationem deduci nullo modo poſſunt.*

NOTÆ

NOTÆ.

2. REM SACRAM, &c.] *d. l. 1. §. 9. de obl. & act. l. 35. l. 83. §. 5. d. l. 103. de verb. obl.* neque hoc casu magis, quam superiore, æstimatio debetur, aut pœna promissa peti potest, *dict. l. 69. & l. 103. eodem.*

HUMANI IURIS ESSE CREDEBAT] Et multo magis si sciebat eam humani juris non esse, arg. *l. 31. de obl. & act.*

CUIUS COMMERCIUM NON HABUERIT] Veluti si Iudæus mancipium Christianum sibi dari stipuletur. Quod si solus promissor commercium non habeat, placet valere stipulationem, *l. 34. de verb. obl.* fac. *l. 49. §. 3. de leg. 2.* & ratio in *l. 71. de verb. sign.*

NEC REM SUAM DARI] *l. 82. de verb. obl. l. 1. §. 10 de obl. & act.* cui consequens est, nec pretium rei ex ea stipulatione deberi. Sed pretium rei meæ recte stipulor, & rem meam mihi restitui, *d. l. 82.*

PROTINUS INUTILIS] Protinus, id est, statim, εὐθέως, παραχρῆμα. Huc pertinet regula, *Quod initio vitiosum est, &c. l. 29. de reg. iur.*

LICET INITIO UTILITER] *l. 51. l. 83. §. 5. de verb. obl.* sunt hæc exempla regulæ, quæ definit, etiam ea, quæ recte gesta sunt, resolvi, si in eum casum inciderunt, à quo non poterant incipere, *l. pen. §. ult. eod. l. 11. de servit.*

SINE FACTO PROMISSORIS] Secus est, si facto aut culpa promissoris res commercio exempta *d. l. 83. § 5.* aut postquam moram in ea præstanda fecisse, *l. 23. l. 91. pr. & §. 3. eod.*

Luc. TITIUM, CUM SERVUS ERIT] Etiam mali ominis causa hujusmodi stipulationes detestamur, *d. l. 83. §. 5. l. 34. de contr. empt.*

QUÆ NATURA SUI] Aliud juris est in his quæ per accidens non possunt acquiri, puta quia stipulationis sunt, *l. 31. de verb. obl.*

COMMENTARIVS.

1 *Genera rerum, quæ non sunt in commercio.*
2 *Etiam earum rerum, quarum nullum omnino commercium est, stipulationem prorsus inutilem esse,*
3 *Quid si stipulator sciat, rem non esse in commercio.*
4 *Quid si ille ignoret, promissor sciat.*
5 *Quando earum rerum, quæ secundum quid extra commercium, stipulatio utilis aut inutilis.*
6 *De stipulatione rei nostræ.*
7 *Ampliatio regulæ initio positæ.*
8 *Ampliatio secunda.*
9 *Quid si columna promissa facto alieno ædibus juncta.*
10 *Dissensio veterum circa casum quo res initio recte promissa, deinde commercio exempta post ea rursus dari posse cæpit.*
11 *Restrictio ampliationi secundæ*
12 *Ampliatio tertia, ejusque restrictio.*

SEcundum genus rerum, quæ dari non possunt, 1
est earum, quæ sunt quidem in rerum natura, sed non sunt in commercio hominum. Hujus autem generis quæ sunt, earum quædam conditione sua & absolute commercio exemptæ, ut res divini juris, publicæ, homo liber: quædam certo respectu: qui vel est in rebus ipsis, cum alioqui natura sua sint in commercio: quales sunt verbi causa columnæ, marmora ædificiis juncta: vel in personis contrahentium, puta si vel stipulator, vel promissor commercium non habeat, cum alij habeant. Sunt enim quædam quorundam hominum commerciis exempta, ut prædia Ecclesias habentia hæreticis, mancipia Christiana iisdem & Iudæis, *l. si quis 10. C. de hæret. tit. C. ne Christ. manc. hæret.* Enim vero non omnia hæc stipulationem vitiant eodem modo, quædam nec vitiant, estque in singulis, quod seorsum considerandum.

Si rem sacram, &c.] Quarum rerum nullum 2
omnino commercium est, eæ in stipulationem deductæ perinde eam vitiant, ut illæ, quæ non sunt, nec esse possunt in rerum natura, *l. 1. §. si id quod 9. de obl. & act. l. si stipulor. 33. l. inter 83. §. sacram 5. ... liber homo 103. de verb. obl.* Quamobrem neque hoc casu magis, quam superiore, aut æstimatio debebitur, aut pœna promissa peti poterit, *d. l. liber homo, l. si homo 69. eod. l. cum servum 39. §. ult. de legat. 1. §. 4. sup. de legat.* quod etiam hoc ipso satis significatur, quod ejusmodi stipulatio dicitur esse inutilis, idemque juris hoc esse, quod foret, si res promissa nec esse posset in rerum natura. Neque enim inutilis stipulatio dici potest, ex qua aliquid debetur, & maxima si pro re debeatur æstimatio. Diversum omnino est, si quis ædem sacram aut locum religiosum ædificari stipulatus fuerit: hic enim in stipulationem deducitur, quod & natura fieri potest. & jure facere licet, *l. stipulatio 38. §. ult. de verb. obl.*

Quam humani juris esse credebat] Eodem modo 3
mox, *quem servum esse credebat.* Vti & §. præced. *quem vivere credebat.* Et similiter Caius *l. 1. §. si id quod si de obl. & act.* An ergo si sciebat stipulator rem esse divini juris, hominem liberum esse, &c. valebit stipulatio? Quidam putaverunt, valere, saltem ad hoc, ut stipulator consequatur quod sua interest, ut frustra ea verba hic & apud Caium expressa videantur. Sed recte Vvesembecius respondet; verba ista addita esse, propterea quod in ignorante major est causa dubitandi, an

non saltem æstimatio, aut id quod interest, peti posset: in sciente enim vix esse potest, quoniam tum non modo ratione materiæ; verum etiam causæ efficientis, seu propter defectum consensus, harum rerum stipulatio nullius momenti est, *arg. l. non solum* 31. *de obl. & act.* & maxime si etiam promissor sciverit, *l. domum* 37. §. *ult. de contr. empt.* Sed quod si solus stipulator conditionem rei ignoret, promissor sciat, an non saltem propter dolum promissoris dabitur stipulatori actio in id, quod sua interest deceptum non esse? Adhuc dicendum videtur, non dari; siquidem in locis omnibus, ubi de stipulatione rerum, quæ in commercio non sunt, agitur, simpliciter pronunciatur, inutilem eam esse & nullius momenti. Emptionis alia causa est: nam etsi nec emptio hominis liberi, loci sacri aut religiosi, hactenus teneat, ut res ipsæ debeantur aut peti possint: tamen si hæc pro privatis aut profanis veneant, & inter ignorantes id fiat, aut duntaxat venditor sciat, emptor ignoret, placet emptionem eatenus saltem consistere, ut emptor actione exempto vel pretium recipiat, vel consequatur, quod interfuit ejus, ne deciperetur, *l. 4. l. qui officij* 62. §. 1. *l. liberi* 70. *de contr. empt.* §. *ult. inf. de empt. & vend.* Plane si ex causa onerosa stipulatio interposita sit, putarem cum Ioan. Fab. in causa proposito nomine doli adversus promissorem agi posse.

Quæ usibus populi] Quæ in usu publico habentur. Additum ad differentiam eorum, quæ sunt in pecunia seu patrimonio populi aut Principis, *l. 6. r. pacta* 72. §. *ult. de contr. empt.* quæ quidem & ipsa publica dicuntur, *l. quod in littore* 14. *de acq. rer. dom. l. bona* 15 *cum 2 seqq. de verb. sign.* nimirum propter personam possidentis: cæterum usu & jure, quo habentur, privata sunt atque in commercio, *l. 2. §. hoc interdictum* 4. *ne quid in loc. publ.*

Cujus commercium non habuerit] Etiam earum 5
rerum, quæ secundum quid extra commercium sunt, stipulatio inutilis; sed non semper. Inutilis; si vel propter rem impedimentum objiciatur, veluti si quis ea stipuletur, quæ ædibus juncta sunt: quoniam ea eximi & præstari Senatus vetuit, *l. cætera* 41. *de legat. 1.* Et igitur cum etiam hoc casu res ipsa non debeatur, nec debebitur rei æstimatio, quæ promissa non est, quod tamen non puto esse perpetuum, sed, exemplo legati, harum rerum aliquando etiam ex stipulatione æstimationem peti posse, *d. l. cætera*, §. *si duobus* 4. vel propter personam stipulatoris, quod ille rei commercium non habet, veluti si Iudæus mancipium Christianum dari stipuletur: hoc enim casu non magis utilis stipulatio, quam si res simpliciter atque in totum commercio exempta sit, *hoc textu l. multum* 34. *de verb. obl.* Quod si stipulator commercium habeat, licet promissor non habeat, placet stipulationem valere, *d. l.* 34. quippe posteriore hoc casu præstatio rei non est promissori impossibilis. Nam etsi ipse rem, quam promisit, habere, possidere non potest: nihil tamen prohibet, quominus eam sic comparet; ut non sibi habeat, sed statim ei præstet, cui jus est eam habere, *arg. l. aliud* 71. *de verb. sign.* atque eadem hac ratione defenditur legatum rei, cujus hæres commercium non habet, modo legatarius habeat, *l. mortuo* 49. §. *sed Proculus* 3. *de legat. 2* de quo plura scripsimus *ad* §. *non solum* 4. *sup. de legat.*

Vel rem suam] Tertium genus rerum, quæ dari 6
nobis non possunt, sunt res nostræ: quod enim nostrum est, id nobis dari aut amplius nostrum fieri non potest, §. *sic itaque* 14. *inf. de act.* Nemo igitur rem suam sibi dari utiliter stipulatur; *l. nemo* 82. *de verb. obl. l. 1* §. *nec minus* 10. *de obl. & act.* Cui item consequens est, nec pretium rei ex ea stipulatione deberi. Sane rem nostram nobis restitui, tum etiam pretium rei nostræ nobis dari, utiliter stipulamur, *d. l. nemo.* Sed & rem furtivam dominum à fure recte stipulari placet, modo tanquam furtivam stipuletur, *l. scire* 29. §. *ult. de verb. obl.* cujus rei ratio petenda ex *d.* §. *sic itaque, inf. de act.*

Nec impendenti, &c.] Sequuntur aliquot am- 7
pliationes, quæ tamen non pariter ad omnes superiores species pertinent. Prima significatur hoc vers. & apud Paulum *l. inter* 83. §. *sacram. verb. quamvis sacra profana fieri, &c. de verb. obl.* est quæ hæc quod etsi res sacra profana, publica privata, homo liber servus factus sit, nihilomagis stipulatio vires habeat aut sumat, vetante nimirum regula Catoniana, quod initio vitiosum est, tractu temporis convalescere. Quæ regula ad stipulationes quoque translata est. *arg. l. cætera* 41. § 1. *de legat. l. quod initio* 22. *de reg. jur.* Ergo nec si stipulator postea rei commercium nactus fuerit, stipulatio convalescet; nec si sua res stipulatoris esse desierit, *hoc text.* nec si juncta ædibus postea fuerint separata, *d. l. cætera* § 1.

Licet initio utiliter, &c.] Ampliatio secunda 8
Non solum inutilis est stipulatio, in quam ab initio res, quæ commercio exemptæ sunt, aut alias dari non possunt, deducuntur, sed etiam si quid recte atque utiliter promissum postea in talem causam sine facto promissoris devenerit, placet stipulationem extingui, & dissolvi obligationem, licet ab initio recte contracta sit; ut puta, stipulatus sunt rem profanam aut Stichum mihi dari, ea res postea sacra, aut Stichus liber esse cœpit sine facto promissoris, placet eum liberari, & satis esse, quod eventu præstatio facta sit impossibilis, *d. l. inter*, §. *sacram. vers. nam & cum*, *l. is qui* 51. *de verb. obl.* Suntque hæc exempla regulæ,

quæ

quæ definit etiam ea, quæ rectè gesta sunt, resolvi. si in eum casum inciderunt, à quo non poterant incidere, *l.11. de servit. l.pen. §.ult. de verb. obl.* vid. notata sub §. *ex contrario* 14. *sup. de legat.* Eadem ratione & stipulatio rei alienæ perimitur, si res antequam traderetur, ex alia causa jam facta sit stipulatoris: sed hoc ita, si utraque causa fuerit lucrativa, non si altera onerosa, *d.l. inter* §. 6. *l. omnes debitores* 17. *de ob. & act.* rationem diversi juris reddidi sub §. *si res* 6. *sup. de leg.* Quid si columna promissa facto alieno juncta sit ædibus? Non putarem, hoc casu stipulationem evanescere, *l. cætera* 14. §. *si duobus* 4. *de legat* 1. De illo inter veteres non convenit si res initio rectè promissa, deinde commercio hominum exempta, rursum mutata conditione cœpit dari posset veluti si servus liber factus in servitutem reciderit, an obligatio, quæ semel sublata fuit, restituatur. Celsus censuit restitui, magisque esse, ut propter impedimentum interveniens cessasse videri debeat obligatio, quam penitus extincta fuisse. Sed hæc Celsi sententia admissa non est, crebriusque placuit, obligationem non restitui, utpote semel penitus sublatam quemadmodum enim homo mortuus vitæ restitui non potest; ita nec in perpetuum extinctam obligationem posse resuscitari, *d. l. inter*, §. *sacram vers. nec revocamus l. qui res* 98. §. *aream.* 8. *de solut.* quibus locis etiam Celsi argumentis occurritur. Eadem dissensio circa servum legatum interim manumissum, & postea servum iterum factum, inter Celsum & alios fuisse videtur; *l. si chorus* 79. §. *ult. de legat.* 3. *junct. l. servus* 27. §. 1. *de adim. legat.* quos tamen locus distinctione conciliare nititur. *Don. in d. l. inter.* §. *sacram n.* 8.

9

10

11 *Sine facto promissoris*] *d. l. inter.* §. 5. Additum ideo, quoniam si per promissorem factum sit, ut res dari posse desierit, veluti si servum promissum manumiserit, locum promissum religiosum aut publicum fieri passus sit, non extinguitur stipulatio, nec magis debitor liberatur, quam si servum promissum occidisset. Itaque ne dolus aut culpa ejus adversario noceat, eum res ipsa præstari non possit, præstabitur æstimatio. Idemque est, postquam debitor in re præstanda moram fecit, ea perempta aut commercio exempta sit: quotiens enim aut culpa, aut mora debitoris intervenit; placet obligationem continuari, id est, ex ea tempore perinde perpetuo eum teneri, ac si res adhuc extaret, *leg.* 23. *l. servum* 91. *pr.* & §. 3. *de verb. obl.*

12 *Lucium Titium cum servus erit*] Ampliatio tertia. Rem commercio exemptam non tantum purè inutiliter stipulamur, sed etiam sub conditione, licèt nominatim in eum casum nobis caveamus, si dari posse cœperit. Itaque improbata est etiam hujusmodi stipulatio, *Illum, cum servus erit, dare spondes?* item, *Eum locum, cum ex sacro profanus esse cœperit, dare spondes?* nimirum quia nec præsentis temporis obligationem recipit, & ea duntaxat, quæ natura sui possibilia sunt, in obligationem deduci possunt. Sed & mali ominis causa istiusmodi stipulationem detestamus; quoniam non solet ea mutatio contingere sine interitu civitatis, quod Paulus *d. l. inter.* § *sacram.* & Pomponius, *l. si in emptione* 34 § 2. *de contr empt.* declarant sub persona liberi hominis sub conditione promissi. Enimvero hæc ampliatio pertinet duntaxat ad stipulationes earum rerum, quæ absolutè & natura sua commercio exemptæ sunt; ad eas res non pertinet, quæ cum per se sint in commercio, nunc tamen non sunt propter impedimentum aliquod extrinsecus accedens & temporarium. Etenim, quæ ædibus juncta sunt, sub conditione stipulari non prohibetur, cum & sub conditione legari possint, *d. l. cætera* 41. § 1. *de legat.* Sed nec pertinet ad stipulationem rei nostræ. Quippe & hanc sub conditione rectè stipulamur, ut stipulatio teneat, si tempore existentis conditionis nostra non sit, *l. si rem* 31. *l. existimo* 98. *de verb. obl. d. l. cætera* 41. § 1. *de legat.* 1. *l. existimo* 61. *de contr. empt.* Neque enim quo minus, hoc fiat, aut regula Catoniana impedit, quæ ad conditionalia non pertinet; *d. l. cætera* § 1. aut vitium rei, quod nullum est; potestque ea mutata interim domino nobis præstari, nec incivile est hanc mutationem expectare. Non caruit tamen hæc sententia dubitatione, ut apparet ex *d. l. existimo de verb. obl.* Illud ei adversari videtur, quod etiam conditionales stipulationes ex præsenti vires accipere traditur *l. usus fructus* 26. *de stip. serv.* & generaliter in omni stipulatione id tempus spectari, quo contrahimus, *l. filius fa.* 78. *de verb. obl.* Sed hoc rectè dicitur, cum de persona stipulantis agitur, aut ejus, cui inde acquiritur: ad res, qua in stipulationem deducuntur, non pertinet. Unde enim statum capiat stipulatio, necesse est eum, qui stipulatur, sive pure stipuletur; sive sub conditione, stipulandi capacem esse: eademque ratio ejus, cui ex stipulatione acquiriri volumus. At rei, quæ usibus hominum non exempta in stipulationem deducitur, præstatio & obligatio in eventum differri potest, ut ante illum eventum neque peti possit, neque quicquam debeatur, *l. cedere diem* 213. *de verb. sign.* sed tantum spes sit, debitum iri, quam in hæredem transmittamus, §. *sub conditione sup. de verb. obl.*

TEXTUS.

3. *Si quis alium daturum facturumve quid promiserit, non obligabitur, veluti si spondeat Titium quinque aureos daturum. Quod si effecturum se, ut Titius daret, sponderit, obligatur.*

NOTÆ.

3. NON OBLIGABITUR] Quia de se non promittit, *d.l.* 83. *pr.* nec alium obligat, quia nemo ex contractu alterius obligari potest, *l.* 3 *C. ne ux. pro mar.*

SI EFFECTURUM SE] Aut se curaturum *d.l.* 83. quippe qua stipulatione non tam factum alienum, quam proprium promissoris continetur. Occurrunt etiam exempla, in quibus promissor sub alieni facti promissione etiam de suo promittere intelligitur, *l.* 14. §. 2. *de pec. const*, *l.* 38. *pr. l.* 11. *l.* 81. *p eod. & tit. rem rat. hab.*

COMMENTARIVS.

1 *Cur qui alium daturum, &c. promittit, neque ipse sit, neque alium obliget.*
2 *De eo, qui se curaturum promittit ut alius det.*
3 *Interdum qui factum alienum promittit, etiam sine expressione istorum verborum obligari: & moribus hodiernis semper.*

1 QUi alium daturum aut facturum promittit, neque ipse obligatur, neque alium obligat. Cur alium non obliget, ratio manifesta est, quia nemo ex contractu alterius obligari potest, *l.* 5. *C. ne ux. pro mar.* Cur ipse non obligetur, duæ causæ sunt: una, quia non consentit, ut det aut faciat: altera, quia etsi proponamus eum dare aut facere velle, tamen verbis id non promittit: quorum utrumque per se solum ex regulis communibus stipulationum satis est ad impediendum verborum obligationem. De se igitur quemque promittere oportet, sit eum obligari volumus. *d.l. inter* 83. *in pr. de verb. obl.* Sed an non saltem hactenus eum, qui alium daturum aut facturum promisit, obligari dicimus, ut curare debeat, ut illic alius det, aut faciat: Dicendum est, ne hactenus quidem eum obligari: alioqui stipulatio hæc non esset inutilis: sed factum alienum utiliter promitteretur contra, quam in universum definit Hermogen. *l. sicut.* 65. *de fide iussor.* & Vlpian. *l. stipulatio.* 38. *in pr. de verb. obl.*

2 *Qui effecturum se*] Aut *se curaturum*, ut alius det, *d.l. inter.* 83. *pr. eod.* quippe hac stipulatione non tam factum alienum, quam proprium promissoris continetur, qui ob id in tantum tenebitur quantum ut aliter daret, curaturum se promisit, per *l. si hæres* 73. *de legat.* 1. aut si promiserit curaturum se, ut alius aliquid faciat, tenebitur in id quod stipulatoris interest. Communiter receptum tradat. Vvesembecius, promissorem liberari, si omnem diligentiam adhibuerit ad rem conficiendam, nec profecerit, quasi hoc solum promisisse intelligatur; ut proinde non aliter conveniri possit, quam si negligentia aut culpa ejus arguatur, allegans, *Bart. cons.* 236. *Boër. decis. n.* 16. *Schurff. cons.* 15. *cent.* 1. textus tamen omnes indistincte loquuntur. *vid. D. Bronch.* 4. *asser.* 40. *Aut. Fab. Cod. for. de contr. stipulation. de fin.* 10. Interdum sanè qui factum alienum promittit, obligatur, quamvis verbis non exprimat, *se effecturum* aut *curaturum*, &c. quasi tacite id actum videatur consideratâ qualitate negotij; veluti si quis promittat, certam personam pro se fidejussuram esse; *l. qui autem* 14. §. 2. *de pec. const.* item si procurator, de cujus mandato dubitatur, promiserit, rem ratam dominum habiturum, *tot. titul. rat. rem. hab.* Estque posterior hæc stipulatio prætoria: ac proinde, ut reliquæ ejusdem generis, legem & interpretationem recipit de mente prætoris, *l. in conventionalib.* 52. *de verb. obl.* 9. *de stip. prat.* Similia exempla occurrunt in *l. stipul.* 38. *in pr. l. quotiens* 81. *l. inter.* 83. *pr de verb. obl.* in quibus omnibus promissor sub alieni facti promissione etiam die suo promittere intelligitur. Qui promisit, *se facturum*, ut decem dentur, ipse dare cogitur, nec liberatur dando expromissorem, *l. si hæres* 73. *de legat.* 1. At qui *curaturum se*, ut decem dentur, promisit, placet eum liberari alium reum locupletem dando, *l. ult.* §. 1. *de reb. cred. l. illa stipulatio* 67 §. 1. *de verb. obl.* Curare enim non tantum numerare est, sed etiam delegare alium, qui adnumeret. Facere dandi significationem in proposito habet. *Cuiac. ad d.l.* 67. Nostris & multorum aliorum moribus, qui factum alienum promittit, tacitè intelligitur promittere se curaturum aut effecturum ut alius det aut faciat. *Grot.* 3. *introduct. cap.* 3. *Goris advers. tract.* 3. *cap.* 3. *n.* 10. convenienter æquitati juris Canonici. *Covar. in cap. quamvis de pact. in* 6. *p.* 2. §. 5. *n.* 8. *Cyprian. hic cens. Belg.*

TEXTUS.

4. *Si quis alij, quam ei, cujus juri subjectus est, stipulatur, nihil agit. Planè solutio etiam in extraneam personam conferri potest: veluti si quis ita stipuletur, Mihi,*

aut

aut Sejo dare spondes? *ut obligatio quidem stipulatori acquiratur, solvi tamen Scio, etiam invito eo, rectè possit, ut liberatio ipso jure contingat: sed ille adversus Sejum habeat mandati actionem. Quod si quis sibi & alij, cujus juri subjectus non sit, dari decem aureos stipulatus est, valet quidem stipulatio. Sed utrum totum debeatur stipulatori, quod in stipulationem deductum est, an vero pars dimidia, dubitatum est. Sed placuit, non plus, quam dimidiam partem ei acquiri. Ei vero, qui juri tuo subjectus est, si stipulatus sis, tibi acquiris: quia vox tua tanquam filij intelligitur in his rebus, quæ tibi acquiri possunt.*

NOTÆ.

4. QUAM EI, CUIUS IURI SUBIECTUS] Patri sc. aut domino, *l.* 38 §. 17 *l.* 45 *de verb. oblig. sup. de stip. serv. & inf. per quas pers. nob. obl.*

NIHIL AGIT] Nec sibi acquirit, quia hoc actum non est; nec alteri, quia hoc repugnat fini omnium obligationum, *d. l.* 38. §. 17. *& inf. eod.* §. 18. *l.* 11, *de obl. act.*

SOLUTIO IN EXTRANEAM PERSONAM] Viriliter extranea persona inseritur ad hunc effectum, ut jus sit promissori etiam alteri solvere, *l.* 56. §. 2. *l. ult.* § 3. *de verb. obl. l.* 23. *de fidei. l.* 9. *l.* 10. *de solut.*

MIHI AUT SEIO] Disjunctim *d. ll.* Aliud servatur, si conjunctim, *Mihi & Sejo*, ut, mox sequitur.

ETIAM INVITO EO] Stipulatore sc. Cæterum hæc potestas adjecto solvendi, lite contestata intercidit, *l.* 16 *de fidei. l.* 57. §. 1. *de solut.* aut statu ejus in causam deteriorem mutato, *l.* 38. *d. c.* junct. *l.* 56 §. 2 *de verb. obl.* nec ipse petere, nec novare, nec acceptum ferre potest: quia obligatio soli acquiritur stipulatori, *l.* 10. *de solut.*

SI EI ET ALII] Conjunctum scil. hoc modo; *Mihi & Titio decem dari? l.* 110. *de verb. obl.* fac. *l.* 56 *de cond. & dem. l.* 11 § 1, *de duob. reis.*

NON PLUS QUAM DIMIDIAM] Quia una decem communiter in hac stipulatione comprehenduntur, *l* 56. *pr. de verb. obl.* Vnde nec quod extraneo, inutiliter stipulatus est, partem ejus auget, *d. l.* 10. nec quod sibi inutiliter, adjectione inutili vitiatur, *l.* 1. §. *pen. eod. c. utile de reg. jur. in* 6.

EI, QUI IURI TUO SUBIECTUS] Dominus servo, pater filio, quem in potestate habet, rectè stipulantur, quia id ipsis statim acquiritur, *l.* 39 *d.* § 6. §. 3 *l.* 130. *de verb. obl. leg.* 2 C, *de cont. stip.*

VOX TUA TANQUAM FILII] Patris & filij persona penè eadem, *l. ult. C. de impub. & al. subst.* Est enim filius veluti portio patris. Arist. *magn. mor.* 34.

QUÆ TIBI ACQUIRI POSSUNT] Non ergo si quid pater stipuletur ex causa castrensis peculij *l.* 39. *de verb. obl.* aut si factum in personam filij conferat. *l.* 130. *eod.*

COMMENTARIVS.

1 *Qui alteri stipulatur, emit, conducit, &c. non sibi nec alteri obligationem acquirere.*
2 *Quæ cautiones his adhibendæ.*
3 *An tabellarij stipulando alteri exquirant: & quid juris hodie.*
4 *Quibus in causis admissum, ut alteri ex conventione alterius utilis actio detur, præter casus n.* 2.
5 *Quid stipulatio solutione in alium collata tribuat stipulatori.*
6 *Quid adjecto solutionis causa.*
7 *Quid permittat promissori, & quem liberationi modum faciat.*
8 *Quid si adjectus statum mutaverit.*
9 *Quid juris, si quis conjunctim sibi & alteri stipuletur, tum ratione reorum, tum adjecti.*
10 *An in contractibus locus sit juri accrescendi.*
11 *De patre stipulante filio sive quem in potestate habet, sive emancipato.*

QVemadmodum nemo alium daturum factumve promittens aut ipse obligatur, aut alium obligat; ita nec alteri stipulando aut sibi aut alteri obligationem acquirit, *l. stipulatio* 38. §. *alteri* 17. *de verb. obl. l.* 3. *C. de contr. stip.* §. *alteri* 18. *inf. hoc tit.* Non sibi, quia hoc actum non est, nec persona ejus stipulatione comprehensa: non alteri, quia repugnat fini stipulationum & obligationum; utpote quæ ad hoc omnes comparatæ sunt, ut unusquisque acquirat sibi, quod suâ interest ut vero alteri detur, nihil interest nostra, *d. l. stipulatio* §. *alteri.* Neque hoc ad stipulationes tantum pertinet, sed ad cæteras quoque conventiones, §. *pen sup. per quas pers. l. si ita* 126. §. 2. *vers. respondit, de verb. obl. l. solutum* 11. §. *pen. de pign. act. l. quo tutela* 73. *in fin. de reg. jur.* In summa, ut Paulus scribit, *quæcumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona initium sumant*, id est, ut nunc vulgo loquuntur, nisi in persona nostra radicentur, *inanem actum nostrum efficiunt, & ideo*, inquit, *neque stipulari, neque omnes, vendere contrahere, ut alter suo nomine rectè agat, possumus, l. quæcumque* 12. *de obl. & act.* Verùm hic cautiones quædam adhibendæ sunt. Primum enim quod 2

dicitur, neminem stipulando alteri obligationem aut actionem acquirere posse, de persona extranea intelligendum est, & sic temperandum, nisi ille alter, in quem stipulatio confertur, fictione juris eadem persona cum stipulatore habeatur: quo in numero sunt tum ij, quorum in potestate sumus, tum hæredes nostri. Planè enim, quod servus domino, filiusfam. patri stipulatur, ejus obligatio & actio omnis domino aut patri acquiritur, *hoc text. in pr. d. l. stipulatio* §. *alteri l. quodcumque* 55. *de verb. obl. sup. tit. de stip. serv. & inf. per quas pers. nob. obl.* Sed & hæredibus nostris paciscendo & stipulando quidvis acquirimus. *d. l. stipulatio* § *sed si* 42. & §. 14 *de verb. obl. l. annus* 13. *de pact.* nec tantum cum nobis simul & hæredibus nostris stipulamur, sed etiam cum hæredibus solis; utique jure novo ut actio ab hæredibus incipiat, *l. unic. C. ut action. ab hæred.* Deinde etsi ex aliena stipulatione non acquiritur alteri actio directa: sunt tamen quædam personæ per quas ratione officij acquiritur alteri actio utilis. In hoc genere sunt tutor, curator, actor civitatis: nam si tutor pupillo, curator adolescenti, actor civitati quid dari aut fieri stipulentur, placet, pupillo, adolescenti, civitati utilem actionem dari, *l.* 5. §. *penult. de pec. constit.* In eadem causa est & procurator militis, *l. stipendium* 26. *de reb. cred.* item magistratus in cautione pro pupillo à tutoribus aut adrogatore exigenda. Et non solum magistratus ipse ex his causis pupillo rectè stipulatur, sed etiam alium adhibere potest, puta servum publicum, aut si videtur, quemvis liberum hominem, qui idem pupillo stipuletur, *l.* 1. §. *si magistratus* 11. & §. *exigere* 15. *de magistrat. conv. l. non aliter* 18 *de adopt. l.* 2. & 3. *rem sup. salv. for.* Adhæc ex stipulatione procuratoris tribus ex causis domino utilis actio datur. 1. si ex re domini stipuletur, *leg. quod procurator* 68. *de procurat.* 2. si domino præsente, *l. si procuratori* 79. *de verb. obl.* 3. si utilitas id exigat, nec aliter domino res salva esse possit. Receptum id primum in contractu institoris, *l.* 1. *in fin. l.* 2. *de institut. act.* inde eadem conditione translatum ad contractus procuratoris, *l.* 15. §. *si procurator.* 28. *de act. empt. l.* 5. *de pact. stipulat. leg.* 3 *damni* 18. §. *ult. de damn. infect.* Quæsitum de tabulariis, seu, ut nunc vulgo appellantur, notariis publicis, an etiam hi civibus absentibus rectè stipulentur, iisque obligationem acquirant: Quod omnino negandum est, si quidem de jure civili Romanorum quæratur: quippe quo jure nec servus publicus id potuit, nisi in duabus illis, quas dixi, causis, ac magistratu jubente stipulationem interponi. Si vero de jure hodierno, ubique ferè locorum invaluit error veterum interpretum, receptumque, ut notarij aliis rectè stipulentur, & stipulando actionem acquirant. De eo tamen nondum satis convenit, an ex hujusmodi stipulatione aliave conventione notarij alteri absenti jus aliquod acquiratur ante ratihabitionem, *vid. Tesaur. decis.* 70. *Fachin.* 8. *contr.* 91. *Christian. vol.* 3. *decis.* 34. & *vol.* 4. *decis.* 177. & 209. ubi etiam quærit, an, persona quoque non publica alteri stipulari possit secundum dispositionem juris Canonici, *c. quoties cordis quæst.* 7. Sanè non obstat jus naturæ aut gentium, quominus alteri etiam extraneo rectè quilibet stipuletur, ut ei volenti & promissum acceptanti obligatio & actio acquiratur. Imo id juri naturæ benè congruit, neque nihil mea interest per me alterum beneficio affici, *Grot. 2. de jur. bell. & pac. cap.* 11. *num.* 18. & ideo moribus horum temporum id passim obtinet. *Groenewu. de legib. abr. ad* §. 18. *inf. hoc tit. & ibi. tit. Cyprian. conf. Belg. ad* §. 3. *sup.* Postremo etiam illud in quibusdam causis admissum est, 4 ut alteri ex pactione & stipulatione alterius actio utilis quæratur, si pactio adjecta sit actui naturali, ut puta rem alienam, quam apud se quis habebat, alteri commodaverit, aut apud eum deposuit ea lege, ut is eam domino restitueret, aut alienos nummos alicui dedit, ut domino solverentur: ex his causis placet domino utilem actionem commodati, depositi, condictionem dari, *l. penult. C. ad exhib. l. si ita* 126. §. 2. *de verb. obligat.* Item si quis suos nummos alieno nomine mutuos dederit velut alienos, ei cujus nomine dati sunt, condictio acquiritur, *l.* 9. §. *pen. de reb. cred. ld. l. si ita* §. 2. *de verb. obligat.* Similis exempla sunt in *l.* 6. *C. de cond. ind. l.* 13. *de pign. action.* Postremo etiam affectioni personarum conjunctæ cum favore causæ hic aliquid tributum, *l. Cajus* 49. *solut. matrimon. l.* 7. *de pact. conv.* rigorque juris posteriorum Impp. constitutionibus nonnihil mitigatus est, *l.* 3. *C. de donat. quæ sub mod.*

Solutio etiam in extraneam personam] Quod vetat regula juris alteri stipulari, in hanc sententiam vetat, ne stipulando, alteri acquiratur. Cæterum si eo spectet stipulatio, & obligatio soli acquiratur stipulatori, jus autem sit promissori, etiam alteri solvere, quominus ad hunc effectum utiliter persona extranea inseratur, regula non prohibet. Atque hoc est, quod hic dicitur, solutionem etiam in extraneam personam conferri posse.

Mihi aut Sejo dare spondes?] Conferri in alium solutio seu Potestas alteri solvendi fieri promissori intelligitur, si quis disjunctim ita stipuletur, *Mihi aut Sejo decem dare spondes?* ac proinde utilis hæc stipulatio in utriusque persona censetur; in persona stipulantis ad acquisitionem obligationis, in persona adjecti ad solutionem, *l. eum qui* 56. §. 2 *l. ultim.* §. 3. *de verb. oblig. l. si mihi* 23. *de*

de fidei.9.l.10. de solut. Sed age consideremus seperatim, quid hæc stipulatio tribuat stipulatori, quid Sejo adjecto, quid denique promissori; tot
5 enim sunt, ad quos ea pertinere potest. De stipulatore hoc loco & *d.l.ultim.§.3. de verb. oblig.* traditum est, ei soli ex huiusmodi stipulatione obligationem acquiri: & acquiritur citra dubitationem totius summæ in stipulationem deductæ, ut solida decem ei debeantur, non pars duntaxat. Neque enim quia decem duobus stipulatus est, ideo summa inter eos dividitur. Divideretur, si conjunctim stipulatus esset sibi & Sejo, de quo mox plura. Qui vero disjunctim decem sibi aut alij dari stipulatur, aperte stipulatur decem solida utrique, nec persona adjecti impedire potest, quominus in id totum, quod sibi quoque stipula-
6 tus est, obligationem & actionem acquirat. At ex contrario Sejo adjecto ex stipulatione proposita nihil debetur: quippe cui nihil ex conventione aliena acquiri potuit. Itaque Sejus neque petere potest id, quod in stipulatum deductum est, neque promissorem ullo suo facto liberare, *l.3. §.1. de const. pec. l.10. de solut.* non fidejussores aut pignora accipere, *l.si mihi 23. de fidejuss. l.is qui 33. de pignor.* denique nec pecunia ei suo nomine constitui potest. *d.l.§.1. de pec. const.* Solummodo ad hoc utilis hæc stipulatio in persona Seji adjecti, ut soluram ex causa stipulationis pecuniam accipere possit, eoque facto promissor liberetur. Cum vero omnis adjecto solvendi facultas promissoris causa constituta sit, videndum etiam quid hic promissori tribuatur ad liberationem. Promissori in summa hoc tribuitur, ut etiam adjecto solvere possit, eaque solutione ipso jure liberetur, ut hic expressum est. Et quamvis partem solverit stipulatori, nihilominus tamen reliquum recte dabit adjecto, *l.cum decem. 7.pr. de solut.* Hoc amplius etiam invito & prohibente stipulatore solvendo adjecto liberatur: nimirum quia certam conditionem habet stipulatio, quam immutare stipulatori non licet, *l.12.§.pen. de solut. l.18. de fidejuss.* Sed neque promissori ad solutionem obstat adjecti conditio. Stipulatus quis est sibi aut Sticho Sempronij servo dari: soli servo sine voluntate domini rectè solvitur, *l.9. de solut.* Stipulatus quis est sibi aut pupillo placet promissorem etiam sine tutoris auctoritate pupillo solvendo liberari, *l.11. d.tit.* Hoc ideo, quis dum adjecto solvitur ipsi creditori solvi videtur, cum nihil interfit, jubeam te alicui solvere, an ab initio stipulatio ita concepta sit, *l.si ita §9. eod.* Cæterum & solutionis verbum & certæ personæ adjectio apertè liberationi modum facit, quem excedere non licet, uti in mandatis accidit, *leg.6. mandat.* ut proinde facultas hæc duabus rebus contineatur, certo facto promissoris, ut solvat videlicet, & certa persona, in qua hæc veluti conditio impleri debeat: si quid horum servatum non fuerit placet factum promissori ad liberationem non prodesse. Et primum igitur nihil agit promissor cum Sejo adjecto paciscendo, sive paciscatur Sejus se non pariturum, sive obligationem novare instituat, sive pecuniam promissori acceptam ferat, *l.10. de solut.* Habet quidem acceptatio vim solutionis, habet & novatio, omnisque conventio liberandi debitoris causa interposita, sed tum solummodo cum à creditore proficiscuntur, cujus solius est debitorem liberare. Adjectus vero creditor non est. Deinde nihil agit promissor, si alij solvat, quam adjecto: nam neque personam adjecti, quæ à stipulatore electa & probata est, egredi potest: in tantum ut etsi persona servi adjecta sit, nec domino rectè solvatur, nisi ex voluntate servi, *l.9. l.Stichum 95.§. nam.si 7. de solut.* Ad rem nihil pertinet, quod quæcumque per servum acquirantur, ea acquirantur domino: nam persona aliena hic non adjicitur, ut vel ipse quicquam vel alius per eum acquirat. Eadem ratione si pupilli vel furiosi persona adjecta sit, nec tutori vel curatori dando liberatur, nisi pecunia in rem eorum versa sit *d.l. 95.§.7.* & quia adjectus procuratoris similis est, nec hæredi ejus rectè solvitur; quippe cum mandatum morte finiatur, *l.cum quis, 55. de verb. obl.* Cæterum omnis adjecto solvendi potestas litecontestata intercidit, *l.16. de fidejuss. l.si quis §7.§.1. de solut.* Hoc ideo, quia judicio nova contrahitur obligatio, & prioris novatio fieri intelligitur prout actori commodum fuerit, *l.3.§.idem scribit, de pecul. l.aliam 29. de novat.* Illud ex sententia contrahentium placuit, ut
8 ita demum adjecto rectè solvatur, si in eodem statu maneat, quo erat, cum stipulatio interponeretur, quasi hæc conventio tacite stipulationi insit, *si in eadem causa maneat.* Itaque si vel in adoptionem se dederit, vel deportatus sit, aut servus factus, non rectè ei solvitur, *l. cum quis 38. princ. de solut.* Planè, si ad meliorem causam pervenerit, puta si ex servo liber, ex filiofam. sui juris factus fuerit, dicendum est, adhuc ei solvi posse, *argument. l. eum qui §6. §.2. de verb. obl. add. Donell. l.55. ad titul.* ubi refellit Cujacium contra sentientem atque alios vellicantem, ostenditque esse aliquid proprium ususfructus in specie, quæ proponitur à Papiniano in *l.Stichum §. qui usumfructum 6. de solut.*

Adversus Sejum habeat mandati actionem.] Hoc idem traditur à Scævola in *l. Iulianus 131.§.1. de verb. obl.* & ideo receptum est, quia alia actio deficit, & adjectus instar procuratoris est. Verum enim procuratorem non esse, imo ne procuratorem quidem esse satis constat, *l.12 §.1. & 2 seq. de*

solut. Cæterùm stipulator ut plurimum adjecto mandare solet, ut solutionem accipiat.

Si quis sibi & alij.] Hac stipulatione recepta, *Mihi aut Titio dare spondes?* qua placet solutionem saltem utiliter in Titium conferri, quæsitum est, propter similitudinem conceptionis, num idem sufficiatur conjunctim stipulando, *Mihi & Titio decem dari.* Sed diversa hic omnia constituta sunt tum in persona stipulatoris, tum in persona adjecti. Ad stipulatorem quod attinet, hoc interest inter priorem stipulationem & hanc posteriorem, quod ex illa tantum, quantum promissum est, stipulatori debetur, ex hac dimidium duntaxat, *l. si mihi* 110. *de verb. obl. & hoc text.* Cur vero tam variè, nimirum propter diversam vim orationis disjunctivæ & conjunctivæ: quippe hujus vis est, ut pro numero personarum summa stipulatione comprehensa dividatur; illius non item. Cum enim disjunctim quis stipulatur sibi aut Titio decem dari, non attribuit hanc summam pluribus, sed uni tantum, si alteri non detur. Quæ autem summa uni attributa est, ea non potest dici enumeratione personarum divisa. At cum stipulor conjunctim mihi & Titio decem dari, eodem tempore & simul stipulor eandem summam mihi & Titio: perinde sit, ac si dixissem, *Mihi & Titio simul decem dabis?* id est, mihi quinque, & Titio quinque. Atque hoc est, quod Iulianus, ait, una decem communiter in hac stipulatione comprehendi, *l. eum qui* 56. *prac. de verb. obl. fac. l. cui fundus* 56. *de cond. & dem. l. reos* 11. §. 1. *de duob. reis.* Hinc etiam efficitur, ut etiamsi non pecunia, sed certum corpus stipulatione comprehensum sit, non amplius tamen quam pars debeatur, ut rectè censet Bachovius contra Horomannum, *fac d. l. si mihi* 110 *de verb. obl.* Planè, si res in stipulatione deducta divisionem non recipiat, aut ejus sit conditionis, ut adjecto acquiri non possit, magis est, ut persona ejus pro supervacuo adjecta habeatur, *arg. l.* 5. *comm. præd.* §. *ult. sup. de stip. serv.* Quod etiam in emptione & venditione receptum est, sed alia ratione, nempe quia unum pretium pro re tota constituitur; & injuria afficeretur venditor, si res pro parte tantum vendita intelligeretur, *l. fundus* 64 *de cont. empt* De Titio adjecto nihil nominatim à veteribus definitum legimus. Cæterum hoc posito in hac specie. *Mihi & Titio decem dabis?* stipulatorem videri tantum quinque sibi stipulari, reliquum Titio, satis intelligitur, Titio nec ullam obligationem, utpote extraneo, acquiri, nec ei quicquam à promissore rectè solvi; cum non solutioni, sed obligationi persona illius applicata sit.

Non plus quam dimidiam partem.] Vti ex stipulatione proposita obligatio in solidum stipulatori non acquiritur, ne quod extraneo inutiliter stipulatus est, partem ejus augeat: *l. si mihi* 110. *de verb. obl.* ita nec in totum inutilis est, sed pro parte tantum, ne quod sibi utiliter stipulatus est, inutili adjectione videtur, *l.* 1. §. *pen. eod. cap. utile, n. de reg. jur. in* 6. Hinc vulgo colligitur jus accrescendi inter conjunctos non habere locum in contractibus, aut causa onerosa aut res in- 10
9 dividua sit. *Gomez. 1. resolut. cap.* 10. *& ibi citati num.* 1. *& seqq.* Quod tamen insubtiliter dicitur. Nam de jure accrescendi non rectè disputatur, nisi actus in utriusque persona ab initio consistat, ut concurrentes singuli partem petere possint, non autem deficiente totum ad alterum pertineat, ut fit, cum duo ad eandem hæreditatem vocantur, aut cum duobus eadem res conjunctim legatur, §. *si eadem* 8. *sup. de legat.* At in contractibus persona conjuncti facit, ut actus aut pro parte nullus sit, aut ut perinde sit habendum, ac si omnino adjectus non esset, totumque negotium ad alterum solum pertineret, *add. Dur. lib.* 1. *de jur. accresc. c.* 15. *Bronchorst.* 2. *assert.* 60. *D. Suvanenb. de jur. accresc. c.* 8.

Qui tuo juri subjectus est.] Interdum qui verbis stipulatur, vi ipsa sibi stipulari intelligitur, sibique actionem acquirit: idque toties accidit, quoties stipulantis pecuniariter interest alteri 11
dari: de quo dicemus *inf. sub.* §. *sed etsi* 19. Pertinent huc dominus & pater, qui filium in potestate habet, quos placet servo & filio rectè stipulari, *hoc text. l. dominus* 59. *l. eum qui* 56. §. 3. *leg. quod dicitur* 130. *de verb. obl. l.* 2. *C. de contr. stip.*, nempe quia servo aut filio dari domini aut patris interest: quoniam quod servo aut filio ex illa stipulatione datum erit, id statim domino aut patri acquiritur: Ait, *Tuo dari subjectus.* Ergo si filio emancipato pater stipuletur, non idem probandum est, *leg. genero.* 26. *C. de jur. dot.* Sed nec ipsi filio emancipato ex stipulatione patris obligatio ulla aut actio acquiritur, *d. l. genero* Nec obstat *l. quodcumque* 45. §. 2. *de verb. obl.* nam illud duntaxat ex eo loco rectè colligitur, quibus in causis pater filiæ emancipatæ stipulari potest, in his etiam huic filiæ rectè stipulari post mortem suam, ut utilis actio filiæ detur. At hoc tantum receptum in causa dotis, cum pater dotem & quidem à se profectam stipulatur reddi filiæ, cujus nomine data est, *Gajus* 54. *solut. matr. l.* 7. *C. de pact. conv.* Neque vero uteretur Iurisconsultus exemplo filiæ, si pariter filio quoque emancipato & quidvis liberis omnibus pater rectè stipularetur. *Donell. ad l. stipulatio ista.* 38. §. *alteri.* 19. *n.* 60. *de verb. obl.*

Vox tua tanquam filii.] Patris & filij, quem in potestate habet, eadem persona, eadem vox esse dicitur, §. *post mortem* 12. *inf.* sed observetur:

hoc

hoc dici cum hac adjectione, cum per filium patri acquiritur, *hoc text.* Quod si pater filio stipuletur, quod constat in persona filij, nec ad patrem redire possit, hic non eadem vox patris & filij habetur, nec magis utilis est stipulatio, quam si cuivis extraneo stipulatus esset. Hinc improbata primum hæc stipulatio, si pater stipuletur factum, quod in personam filij conferatur, puta ut ei ire agere liceat, *l. quod dicitur 130. de verb. obl.* Deinde & illa, si stipuletur quidem filio id, quod juris sit, sed quod leges ei acquiri non permittunt, *leg. dominus 39. eod. & hoc text.* veluti si quid stipuletur filio ex causa castrensis peculij, aut adventitij, quod patri nullo modo acquiratur: nam ubi ususfructus patri quæritur, saltem usque ad quantitatem ususfructus eum actionem habiturum existimo, quia hactenus ejus interest.

TEXTUS.

5. Præterea inutilis est stipulatio, si quis ad ea, quæ interrogatus fuerit, non respondeat, veluti si quis decem aureos à te dari sibi stipuletur: tu quinque promittas, vel contra: aut si ille purè stipuletur, tu sub conditione promittas, vel contra: si modo scilicet id exprimas, id est, si cui sub conditione vel in diem stipulanti tu respondeas, Præsenti die spondeo. *Nam si hoc solum respondeas,* Promitto: *breviter videris in eandem diem vel conditionem spopondisse. Neque enim necesse est in respondendo eadem omnia repeti, quæ stipulator expresserit.*

NOTÆ.

5. SI QUIS DECEM, &c. TU QUINQUE VEL CONTRA] Tota hæc verborum conceptio non est planè inutilis; sed pro ea summa duntaxat, quæ vel interrogationem vel responsionem excurrit: quoniam cum in majori summa semper insit minor, hactenus quoque aptè responsum hic intelligitur, *l. 1. §. 4. l. 83. §. 3. de verb. oblig.* Similiter si quis de una re interrogatus, promittat & eam & plures conjunctim, aut de pluribus conjunctim, ex his unam, placet promisso, rem saltem obligari in eam rem, de qua & interrogatus est, & respondit, *d. leg. 1. §. 5. de leg 83. §. 4.*

ILLE PURE, TU SUB CONDITIONE] Hic vero quia aliter respondetur mutata forma & qualitate interrogationis, tota vitiatur obligatio, nisi diversitas responsionis illico stipulatori placuerit, *d. l. 1. §. 3.*

NEQUE ENIM NECESSE EST, &c.] Nam ut stipulator verba concepit & quasi præivit, ita promissor respondisse intelligatur, §. 17. *inf. eod.* Unde etiam si quis interrogatus, *Dabis?* Respondeat, *Dabitur*, aut *Quidni?* Rectè atque ad interrogatum Respondisse intelligi debet, *d. leg. 1. §. 2.* nec obstat *authen. si quando. Cod. de const. pec.* quia in constituto nulla præcedit interrogatio, ad quam hujusmodi verba referas. Alc. *2. part. 18.*

COMMENTARIVS.

1 *Interrogationis & responsionis congruentia unde æstimanda.*
2 *Quid juris, si diversitas responsionis versetur circa rem aut quantitatem, & numer. 4. & 7.*
3 *Quid si circa qualitatem seu formam stipulationis, & n. 6.*
5 *Ad quam speciem pertineat definitio l. 1. §. 3. in fin. de verb. obl.*
8 *Quid si impersonaliter respondeatur.*

AD conficiendam stipulationem constituendamque obligationem verborum non satis est respondentem illico respondere, sed etiam necesse est, ut respondeat congruenter ad interrogationem: alioqui inutilis est stipulatio, auctore Iustiniano in *pr. hujus §.* Interrogationis & responsionis congruentia non tam ex verbis, quam ex re & sententia verborum æstimanda est. Nam qui idem respondet, de quo interrogatus est, & respondet eodem modo seu servata eadem qualitate interrogationis, congruenter respondere, intelligitur, etsi non eadem lingua respondeat, veluti si Latinè interrogatur, respondeat Græcè §. 1. *sup. de verb. obl. l. 1. §. ult. eod.* Similiter qui stipulanti denarios ejusdem quantitatis aureos spondet, obligatur, ut qui apte ad interrogatum responderit. *l. qua extrinsecus 61 §. 1. eod.* Sed & qui ita interrogatus. Dabis? respondet. Quid ni? rectè respondisse intelligitur, & obligatio constituta, *d. l. 1. §. 2.* Denique non est necesse verba stipulatoris omnia in respondendo repetere, *hoc text. in fin.* Qui vero aut non idem respondet, aut respondet alio modo seu mutata forma aut qualitate stipulationis, is non intelligitur respondisse convenienter interrogationi, atque in ea causa est, ut non obligetur. Cæterum ad vim obligationis multum interest, utrum quis non idem respondeat, an alio modo: id est, utrum 1

diversitas responsionis versetur circa rem aut quantitatem in stipulationem deductam, an circa stipulationis qualitatem. Cum in re ipsa dissentit
2 responsio, non quidem quando respondetur plane aliud, veluti pro Sticho Pamphilus, (nam isto modo nullam omnino contrahi obligationem convenit) sed cum respondetur plus aut minus, placet non in totum stipulationem esse inutilem, sed tantum quatenus plus aut minus est in responsione aut interrogatione; idque sive certa summa sive certa corpora in stipulatum deducta sunt. Itaque si stipulanti mihi decem tu viginti respondeas; aut ex contrario, si viginti stipulanti, respondeas decem; non in totum inutilis est stipulatio, sed pro ea summa duntaxat, quæ alterius vel interrogationem vel responsionem excurrit: nam in decem utique & utroque casu obligationem contractam, diserte scribit Vlpian. *d. l.* 1. §. *si stipulanti* 4. *de verb. obl.* Similiter si quis de re una interrogatus promittat & eam & plures conjunctim, veluti si de Sticho interrogatus, Stichum & Pamphilum spondeat; aut ex converso de pluribus rebus conjunctim interrogatus, puta de Sticho & Pamphilo, unum ex his promiserit; non in totum uniatur obligatio, sed placet promissorem saltem obligari in eam rem, de qua interrogatus est, & respondit, *d. l.* 1. §. *sed si* 5. neque nova stipulatoris approbatio efficit, ut in totum hæ stipulationes valeant, & quatenus consistunt; etiam sine ea consistunt. *l. inter l. item si* 4. *eod.* §. *quoties* 17. *inf. eod.* At cum quis mutata stipulationis qualitate aliter respondet, quam interrogatus est, quod fit, cum vel simpliciter interrogatus respon-
4 det se daturum sub conditione vel in diem, vel sub conditione aut in diem interrogatus respondet pure, id est, sic ut expresse dicas se statim daturum: hic evenit ut in totum nulla contrahatur obligatio, qua tamen in specie hæc exceptio probata est, nisi diversitas responsionis illico placuerit stipulatori Videamus autem quam recte hæc omnia dicantur. Illud extra controversiam est, si de decem interrogatus respondeas viginti, non esse contractam obligationem in viginti, quia de viginti interrogatus non es, quod significat. Vlpian. *d. l.* 1. § 4. cum ait *oportere congruere summam.* At quid si mihi illico placeat responsio tua; Aio, nihilo magis te in viginti obligari: etenim
4 natura stipulationis, quæ interrogationem præcedentem desiderat, non patitur, ut in id, de quo interrogatus non es, obligatio contrahatur, quamrumvis promissio tua mihi placeat. De eo quæritur, an ex hujusmodi stipulatione saltem tenearis in decem. Et ait Vlpianus *d. l.* obligationem saltem in decem esse contractam; idemque esse & si me viginti interrogante, tu decem respondeas; Sed utrum hoc ita demum, si responsio tua mihi confestim placeat, ut quidam existimaverunt, an etsi non placeat? Aio, etsi non placeat: hoc enim evidenter demonstrat ratio Vlpiani; *Licet enim*, inquit, *oportet congruere summam: attamen manifestum est, viginti & decem inesse:* quasi dicat, diversitas responsionis in decem hic nulla est, sed summa interrogationis & responsionis saltem in decem optimè convenit: quod si verum est, frustra desideramus aliam stipulatoris approbationem, *f. c. l. inter* 83. §. 3. *de verb. obl.* Idem multo magis dicendum est, si plures 5
res conjunctim aut interrogationem aut in responsionem deducantur: nam tunc plures sunt stipulationes invicem distinctæ, tot videl. quot sunt res expressæ: quarum stipulationum cum illæ utiles sint, in quibus ad interrogatum responsum est; per alias inutiles vitiari non debent, *d. l.* 1. §. 5. *l. scire.* 29. *d. l. inter*, 83. § 3. *l. quod dicitur* 86. *eod.* Atenim jurisconsultus *d. l.* 1. §. 3. *in fin.* sic generationes definit; *Cum adjicitur aliquid, aut detrahitur obligationi, semper probandum est, vitiatam esse obligationem, nisi stipulatori diversitas responsionis illico placuerit.* Nego, hanc definitionem ad eam speciem pertinere, cum stipulanti res plures aut pauciores spondemus, quam stipulatus est. Nam ubi plures sunt stipulationes separatæ, ibi una neque adjici alteri rectè dicitur, quia nunquam cohærent; neque detrahi, quia prius in altera non fuit. Sed neque pertinet ad eam speciem, cum major aut minor summa promitti-
tur, quam stipulatione comprehensa est; *satis* enim est, ad stipulationem idem *respondere*, de quo interrogatus est, etiamsi in partem, (dummodo certam & divisam) non autem ad omnia respondeas, *leg.* 1. §. 4. Quo igitur pertinet? Ad speciem illam alteram, cui & subjicitur, cum scilicet responderetur mutata interrogationis forma, conditione aut die obligationi adjecta vel detracta, quo casu alias in totum vitiaretur stipulatio, sive plus sive minus promittatur: quoniam neutiquam congrua illa responsio, quæ 6
aliam formam & qualitatem obligationis facit, Cæterum quia hic circa rem ipsam nulla est in interrogatione & responsione diversitas: placet approbationem stipulatoris de qualitate responsionis efficere, ut post eam perinde habeatur, ac si ad interrogatum congruenter responsum esset, atque ut Jurisconsultus *d. loc.* ait, quasi alia contracta esset stipulatio; ex quo rectè etiam hoc colligitur, hanc approbationem efficere, ut id quoque, quod plus hic promissum est, debeatur, *D. Tulden. comm. hoc tit. cap.* 2. Conditio etiam tunc obligationi adjici aut detrahi intelligitur; cum quis de una re interrogatur disjunctim plures promittit, aut de pluribus disiunctim interrogatus unam ex his. Vt ecce,

si

si quis de Pamphilo interrogatus, Pamphilum aut Stichum respondeat, hic qui pure interrogatus est, obligationi adjicit conditionem, Pamphilum sub conditione spondens, si Stichum non dederit. Et ex converso si stipulante me Pamphilum aut Stichum, tu unum daturum te sponderis; hic obligationi conditionem detrahis, pure promittens quod ego sub conditione stipulatus sum, ac proinde utroque casu fit, ut stipulatio in totum sit inutilis, quia neutro respondetur servata stipulationis forma, *d. l.* 83. §. 2. *d. l.* 1. §. 3. In summis vero etiam hic, quod minus recte sponderi intelligitur, *d. l.* 83. §. 3. Fuse *Don. ad d. l.* 1. §. 3. 4. 5. sed melius ad *l. scire* 29. *eod. sub fin. Gomez.* 2. *resol.* 10. *num.* 4. Hodie postquam vis pacti & stipulationis exæquata est; non usquequaque hujus subtilitatis ratio habetur.

Tu quinque promittas, vel contra] Ostendimus ex Ulpiano, *l.* 1. §. 4. *de verb. obl.* cum quis majorem aut minorem summam spondet, quam de qua interrogatus est, non in totum vitiari obligationem, sed valere saltem in summam minorem: quoniam hactenus apte atque ad interrogatum responsum est. Non est existimandum, id negare Imperatorē cum hic ita proponit, *ita inutilem esse stipulationem, si quis ad ea, qua interrogatus fuerit, non respondeat*; & ad hoc declarandum tali exemplo utitur, *Si quis decem à te sibi dari stipuletur, tu quinque promittas, vel contra.* Sufficit enim ad
7 probandum quod proposuit, esse in hoc exemplo stipulationem, in qua ad interrogatum responsum non est, & hanc stipulationem hactenus esse inutilem: quod & verum est. At ex eo non sequitur, inutilem esse totam istam conceptionem, *Decem aureos mihi dare spondes? Quinque dare spondeo.* Nam cum in quinque, quæ manifestum est decem inesse, responsio cum interrogatione conveniat, utique saltem in quinque etiam valere debet proposita stipulatio, juxta sententiam Ulpiani, & vel secundum hanc ipsam Iustiniani propositionem. Auctorem Institutionum, quæ Gaij nomine inscribuntur, *lib. 2. tit. de obl.* §. 10. sive is Anianus fuit, sive quis alius, nihil moror. Plane alia ratio est contractuum onerosorum, in quibus quid vicissim præstandum est, veluti in emptione & locatione, ubi qui decem pro pretio aut mercede requirit, si quinque ei promittantur, pro dissentiente in totum habetur, ne præjudicium ei fiat, *l. si decem* 52. *locat. Gomez.* 2. *resol. c.* 10. *n.* 4. *D. Bronch.* 4. *assert.* 37.

Ille pure stipuletur, tu sub conditione promittas, vel contra.] Exemplum stipulationis, quæ ideo inutilis, quia responderetur mutata obligationis forma, adjecta scilicet aut detracta conditione: cujusmodi stipulationem prorsus inutilem esse paulo ante probavimus, nisi diversitas responsionis illico placeat, ex *l.* 1. §. 3. *de verb. obl.* quanquam hoc omissum hic à Compositoribus, ut & alia, in quibus hoc genus discrepat à superiore. Sciamus igitur, alterum cum altero secundum quid tantum comparari.

Neque enim necesse est, &c] Non est necesse ut respondens verba stipulationis omnia repetat, sed simpliciter respondendo. *Spondeo* aut *Promitto*, responsio ad universam conceptionem atque ad omnia interrogata refertur, §. *quoties* 17. *inf.* nam ut stipulator verba concepit, & quasi præivit, ita respondisse intelligitur. Quid si, interrogatus *Dabis*? respondeat impersonaliter, *Dabitur*? 8
Puto recte atque ad interrogatum responsum videri debere, *arg. l.* 1. §. 2. *de verb. obl.* neque obstat, *auth. si quando, C. de const. pecun.* ubi Iustinianus cavet, ne obligetur de pecunia constituta, qui ita dicit, *Satisfiet tibi.* Nam in constituto nulla præcedit interrogatio, ad quam verba illa referuntur. *Alciat.* 2. *parerg.* 18. *Don. in l.* 5. §. 2. *n.* 4. & *seq. de verb. obl.*

TEXTUS.

6. Item inutilis est stipulatio si vel ab eo stipuleris, qui tuo juri subjectus est, vel si is à te stipuletur. Sed servus quidem non solum domino suo obligari non potest, sed ne quidem ulli alij: filij vero familiarum aliis obligari possunt.

NOTÆ.

6. VEL AB EO; QUI TUO IURI] Ratio est, quia nemo sibi ipsi obligari potest, *l.* 11. *de leg.* 1. aut secum ipse agere, *l.* 16. *de fur.* Dominus autem & servus, pater & filius in iis, quæ juris sunt, & domino ac patri acquiri possunt, vice unius personæ funguntur. § 4 *sup. eod.* fac. *l.* 7. *de obll. & act. l.* 4. *de ind.* Vtique tamen naturalis saltem obligatio in proposito nascitur, §. 1. *tit. prox. l.* 38. *de cond. ind.*

FILIIFAM. ALIIS OBLIGARI POSSUNT.] Servi naturaliter tantum ex contractibus obligantur, *l.* 14. *l.* 43. *de obl. & act.* quia quod ad jus civile attinet, pro nullis habentur, *leg.* 32. *de reg. jur.* τοῖς δούλοις οὐκ εἰσὶ μεταξὺ πολιτικαὶ Liban. *dec.* 16. At filiifam. extra patrem & causam mutui etiam civiliter, ut reliqui cives. *l.* 39. *de obl. & act. l.* 57. *de jud. l. ult.* §. 2. *de verb. obl.*

COMMENTARIVS.

QVi stipulatur ab eo, quem in potestate habet, cujusve ipse est in potestate, nihil agit,

cujus rei ratio petenda **ex eo**, quod superius diximus *sub §. 4. hoc tit.* quod dominus & servus, pater & filius in iis, quæ juris sunt, & domino ac patri acquiri possunt, eadem persona censentur. Nemo enim sibi ipsi obligari potest, *l. 11. de legat. 1. l. hæres 21. §. 3. de fide-iuss.* Et quidem ad producendam obligationem civilem, de qua hic agitur, sive dominus à servo, sive pater à filio stipuletur, obligationem saltem naturalem nasci, argumento est, quod fidejussor acceptus tenetur. *§. 1. tit. seq. l. si quis 56. §. 1. de fidejuss.* Sed si servus à domino, filius à patre stipuletur, placet nec fidejussorem acceptum teneri, *d. l. si quis, §. ult.* Et an igitur hoc posteriore casu ne naturalis quidem obligatio nascitur? Omnino, *l. si dominus 64. cond. ind.* sed hic fidejussor acceptus ideo non tenetur, quia si qua hic esset fidejussoris obligatio, ea acquireretur domino aut patri.

Tuo juri subjectus.] Igitur à sensu contrario pater à filio emancipato, aut filius emancipatus à patre si stipuletur, utilis est stipulatio. Idemque probandum est, si stipulatio ad bona filij castrensia pertineat; quippe cum in his filiusfam. vice patrisfam. fungatur, *l. 2. de sen. Mac. l. 4. de jud.* Et quidni idem quoque dicamus de bonis adventitiis, quorum plenam filius proprietatem habet? *arg. Nov. 117. cap. 1.* & hodie simpliciter, quoniam usus illa una cum veteris patriæ potestatis effectu exolevit.

Filij vero familiarum aliis obligari possunt] Inter servum & filiumfam. hoc interest quod servus non tantum domino, sed nec ulli alij ex contractu civiliter obligari potest, *l. serv. 14. de obl. & act.* Filius autem familias extra patrem & causam mutui tanquam patremfam. omnibus aliis obligatur, *l. filiusfam. 39. eod. tit. vid. inf. tit. quod cum eo, qui in alien. potest.*

TEXTUS.

7. *Mutum neque stipulari neque promittere posse, palam est: quod & in surdo receptum est. quia & is, qui stipulatur, verba promittentis, & is, qui promittit, verba stipulantis audire debet. Unde apparet, non de eo nos loqui qui tardius exaudit, sed de eo, qui omnino non audit.*

NOTÆ.

7. MUTUM NEQUE STIPULARI, &c.] Neque mutum, neque surdum ad verborum obligationem pertinere palam est: quippe quæ contrahi non potest; nisi utroque loquente, & altero interrogante, altero ad interrogatum respondente, *l. 1. eod. l. 1 §. pen. de obl. & act.*

COMMENTARIUS.

CUm stipulatio confici non possit, nisi utroque loquente, & altero interrogante, altero ad interrogatum respondente, palam est, neque mutum neque surdum ad verborum obligationem pertinere: non mutum, quia loqui non potest: non surdum, quia verba stipulantis audire, & proinde ad interrogata respondere nequit. Non enim sufficit ad hanc obligationem constituendam, per literas aut interrogari aut respondere, sed verba utrinque intervenire & lingua nuncupari necesse est, *l. 1. pr. de verb. obl. l. 1. §. pen. & ult. de obl. & act.* Enimvero quod mutus & surdus per se facere non possunt, ut aut stipulando sibi acquirant, aut promittendo obligentur, id efficere possunt per servum, si quid eorum illum facere jubeant, *d. l. 1. in pr. de verb. obl.* Et enim quod servus stipulatur, id domino volenti recte acquirit, cui etiam nullo ejus jussu præcedente acquireret, atque adeo invito, *§. item, vobis, sup. per quas person.* Si quid jussu domini promittat, placet dominum obligari quod jussu, *d. l. 1. in fin. pr. de verb. obl. l. 1. quod juss. §. 1. inf. quod cum eo, qui in al. potest.* At quomodo jubebunt? nutu, per nuntium, per epistolam. Qui surdus tantum est, etiam verbis jubere potest.

Qui omnino non audit) Scribit tamen alibi Justinianus, neminem, tam surdum esse, quin audiat, si quis supra cerebrum ejus loquatur, *l. discretis 10 C. qui test. fac.* Ego autem puto, commentum hoc esse, ut & alterum illud, quod idem eodem loco affirmat, fieri posse, ut is, qui surdus natu est, articulatam vocem edat, *vid. Plin. lib. 10. nat. hic. cap. 99.*

TEXTUS.

8. *Furiosus nullum negotium gerere potest; quia non intelligit, quod agit.*

NOTÆ.

8. FURIOSUS NULLUM NEGOTIUM] *l. 1. §. 12. d. t. l. 70. §. 4. de fidei.* nec si curatoris accedat auctoritas, *l. 5. de reg. jur.* Ratum autem manet, quod vel ante furorem, vel tempore intermissionis gessit, *§. 3. sup. quib. non est perm. fac. test.* Ineadem causa est, & is, cui bonis interdictum *l. 40. de reg. jur.* nisi quod hic stipulando sibi acquirere potest, *l. 6. h. t.*

COMMEN

COMMENTARIVS.

VErbis fieri stipulatio dicitur, non quod sine consensu solis verbis fiat, sed quod sine verbis non fiat solo consensu. Semper enim illud manere debet, nullam obligationem, quæ quidem ex contractu sit, sine consensu constitui, l. 1. §. *conventionis* 3. *de pact.* Proinde quicunque animum habent voluntatis & judicij expertem, hi non magis ex stipulatu, quam ex quovis alio contractu obligar possunt: in hoc genere sunt furiosi, mente capti, prodigi, infantes. Furiosum nullum negotium contrahere aut genere posse natura, manifestum est *l. 1. §. furiosus* 12. *de obl. & act. l. si a reo* 70. §. 4. *de fidejuss. l. 5. de reg. jur.* Ea res facit, ut nec accedente curatoris auctoritate obligetur, *d. l. 7. de reg. jur.* Prius enim est, ut quid agi aut geri intelligatur, quam ut curator dici possit, quod agitur, aut geritur, probare. De furioso quod dicitur, id intelligendum est etiam ad mente captum pertinere, qui furore non corripitur; quoniam non alia ratione in furioso locum habet, quam quia mente carer, sive ut hic scriptum est, *quia non intelligit, quod agit.* In eadem causa cum furioso est & prodigus seu is cui bonis interdictum est, verum cum de eo obligando agitur duntaxat. In acquirendo enim dissimilitudo est. Quippe furiosus nullum negotium recte gerit, neque quo obligetur, neque quo obligationem sibi acquirat, *d. l. 1. §. 12. de obl. & act.* At prodigus stipulando aut aliter contrahendo sibi acquirere potest, licet promittendo non obligetur, non magis quam furiosus, *l. 6. de verb. obl.* neque alio pertinet comparatio furiosi aut prodigi in *l. furiosi* 40. *de reg. jur.* Obiter hic illud admonendi sumus quod furiosus gessit in intermissione furoris, ratum haberi, neque ullum negotium antea recte gestum furore postea interveniente perimi, §. 1. *sup. quib. non est perm. fac. test. l. 9. Cod. qui test. fac. & ibid.* D.

TEXTUS.

9. *Pupillus omne negotium recte gerit, ita tamen ut, ubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur tutor; veluti si ipse obligetur: non alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest. Sed quod diximus de pupilli, utique de iis verum est qui jam habent aliquem intellectum. Nam infans, & qui infantia proximus est non multum á furioso distant, quia hujusmodi ætatis pupilli nullum habent intellectum. Sed in proximis infantia propter utilitatem eorum benignior juris interpretatio facta est, ut idem juris habeant, quod pubertati proximi. Sed qui in potestate parentis est impubes, ne auctore quidem patre obligatur.*

NOTÆ.

9. SIBI OBLIGARE SINE TUTORIS AVCTOR.] Et in universum conditionem suam meliorem facere, *sup. de auct. tut. in pr.*

INFANS] Infantem dicimus usque ad annum septimum, *l. 1. §. 2. de adm. tut. l. 18. C. de jur. del.* qua ætate plene absolvitur integritas loquendi. Macrob. 1. *in S. S. 6.*

INFANTIÆ PROXIMUS] Qui septennium egressus adhuc constitit intra annum decimum & dimidiũ; aut pupilla intra annum nonum & dimidium.

IN PROXIMIS INFANTIÆ] Ut proximus infanti & stipulari possit; & tutore auctore cætera agere, benignitatis est: nam & ipse non multum à furioso distat. *l. 1. §. 13. de obl. & act. l. 9. de acq. hær. l. 5. de reg. jur.*

PUBERTATI PROXIMI] id est, pupilli, qui annos illius quos modo diximus, superaverunt, ut recte Accurs. aliter Th. & Græc. putamus etiam pupillum adulto proximum sine tutore naturaliter obligari, *leg. 25. §. 1. quand. d. leg. leg. 21. ad leg. Falc. leg. 1. de nou. l. 127. de verb. obl. l. 95. §. 2. de solut.* quanquam id alibi negatur, *l. 41. de cond. ind. l. 59. de obl. & act.* quia huic obligationi vis omnis detracta est, quatenus ipsi pupillo nocere possit.

NE AUTORE QUIDEM PATRE] *l. ult. §. 2. de verb. obl.* sicut nec ex contrario auctore patre sibi acquirere potest. Pupilli alia ratio, cum è re est, saltem tutore auctore obligari posse, cum ipse vicissim sibi alios obligat.

COMMENTARIVS.

1. *Gradus ætatis pupillaris, & quamdiu quis infans habeatur.*
2. *Proximus infantiæ quis dicatur, & quando ita appellari desinat, vocarique incipiat pubertati proximus.*
3. *Iterum de infante & infantiæ proximo.*
4. *De proximis pubertati, & an non saltem naturaliter sine tutoris auctoritate obligentur.*
5. *De obligatione puberum minorum 25. annis.*
6. *Cur placeat impuberem ne patre quidem auctore obligari.*

PUpillus omnia tutore auctore recte agit, quædam etiam sine eo. Tutore auctore tam se

aliis,

aliis, quam alios sibi obligare potest: sine tutoris auctoritate se quidem aliis non obligat, sed alios sibi, & in universum conditionem suam meliorem facere potest etiam sine tutoris auctoritate, *l. 9. de auct. tut.* qua de re dictum, *lib. 1. tit. de auct. tut.* Cæterum quod ira generaliter alibi definitur, id hoc loco docemur non pertinere ad pupillos omnes seu cujusliber ætatis; verum ad eos tantum qui jam habent aliquem intellectum. Quinam illi ex pupillis sint, postea intelligetur. Ætatis pupillaris tres sunt partes sive gradus. Est 1
infans; est infantiæ proximus: est proximus pubertati. Infans dicitur, quasi fandi impos. Atque hæc duo idem valent, infans, & qui fari non potest: sicut ex converso per eum, qui fari potest, significatur infante major, *l. 1. §. 1. de adm. tut. l. servo 65. §. pen. ad Trebell. l. 1. §. huic proximus 13. de obl. & act. l. mulier. 70. de verb. obl. l. 6. rem pup. salv. for. l. 5. de reg. jur.* At enimvero sciendum est, jure nostro infantiam non usu & naturali facultate loquendi, sed ætate æstimari. Is enim jure habetur & definitur infans, qui minor est septem annis, *l. infanti 18. Cod. de jur. delib. d. l. 1. §. 2. de adm tut. l. 14. de sponsal.* Etsi enim qui septem annos nondum natus est, natura fari potest, tamen jure id facere non posse existimatur, quoniam 2
quid loquatur, non intelligit. Proximus infantiæ dicitur, qui septennium nuper superavit. ἐπτετὴς septuennis. Macrobius 1. *in S. S. cap. 6. anno septimo plene absolvitur integritas loquendi.* Quando autem hoc nomine pupillus appellari desinat; & vocari incipiat pubertatis proximus, non est satis exploratum; tum quia id jure expresse definitum non reperitur; tum quia in eo definiendo mire variant interpretes. Alij enim terminum proximitatis infantiæ faciunt annum duodecimum completum; *Pet. Fab. ad d. l. 5. de reg. jur. Revard. ad l. pupillum 111. eod.* Alij annum decimum tertium, *Hotom. hic Robert. 2. recept. lect. 17.* Quibus pubertati proximus dici incipit, qui vel decimum tertium vel decimum quartum annum attigit Cujacio, cui ad pubertatem semestre deest, 17. *obs.* 4. Accursius ad hunc loc. & in *leg. 1. de novat.* censet, totum reliquum tempus, quod infantiam sequitur usque ad pubertatem, dividendum esse in duas partes æquales, ut qui consistat intra priorem? hic sit infantiæ proximus: qui hanc egressus consistat intra posteriorem, is dicatur proximus pubertati, quia revera huic sit proximior, quam infantiæ. Itaque pupillum proximum infantiæ eum haberi, qui septem annis major consistat adhuc intra annum decimum & dimidium; qui excessit, esse proximum pubertatis. Pupillam autem infantiæ proximam eam esse, quæ infantiam egressa, consistat intra annum nonum & dimidium: quæ eam ætatem excessit, esse pubertati proximam. Idem censent *Bart. & Castr. in d. l. 1. de novat.* communemque hanc esse sententiam testantur *Decius ad d. l. pupillum, de reg. jur. Vigl. in §. testes, sup. de test. ord. Gomez. 3. resol. n. 57 Scheneid. ad pr. sup. de auct. tut. n. 12. & seq.* Sunt denique, qui judicis potestati & arbitrio hoc committendum existimant, ut is non tam ex ætate, quam captu & astutia impuberis æstimet, qua ætate vel infantiæ vel pubertati proximus sit habendus; ut & alias fieri consuevit in iis, quæ certo jure definita non sunt, *l. 1. §. ult. de jur. delib.* in qua sententia jam olim fuit. *Ioan. Fab, hic, & Salic. ad l. 7. C. de pæn.* eamque probant *Dec. Vigl. citatis loc. Coras. 6. misc. 23 Covar. de matr. p. 2. c. 5. n. 7. Menoch. 2. arbitr. c. 57. n. 20. & seqq. Gredd. de contr. stip. c. 7. n. 185. & seqq. Philipp. Matth. ad l. fere 108. n. 39. & seq. de reg. jur.* In hac autem varietate propius à vero abesse videtur opinio communis, quam etiam Gomez. *ubi sub.* in judicando & consulendo sequendam censet. Et vero cum tempus, quod infantiam sequitur usque ad pubertatem, in duas ætates divisum sit, in eam, quæ proxima est infantiæ, & quæ proxima pubertati, quarum in computanda altera retro, in altera porro eatur, hoc ipso & in illa terminus ad quem, & in hac terminus à quo satis jure definitur, nimirum justa temporis illius medietas.

Infans & infantiæ proximus non multum à furioso] Infans in his, quæ animo & affectu geruntur, non multum à furioso distat, ut qui non magis intelligat, quod agitur, aut affectu acquirendi ducatur, quam furiosus. Proinde nec cum tutoris auctoritate quicquam gerere potest, nec contrahendo obligari, aut obligationem sibi acquirere. Illud tantum utilitatis causa receptum est, ut infans tutore auctore possit incipere possidere, judiciumque infantis in re quæ facti magis, quam juris est, suppleatur auctoritate tutoris, *l. 1. §. 3. l. quamvis 32. §. ult. de acquir. possess. l. 3. C. eod. Don. 5. comm. 11.* Quod de infante, idem etiam de infantiæ proximo hic dicitur, nullum eum habere intellectum: in *l. 9. de acq. her.* dicitur nihil scire aut discernere, alibi non intelligere, quod agitur, *l. 1. §. huic proximus 13. de obl. & act. l. 6. rem pup. salv.* actum rei non intelligere. *l. 5. de reg. jur.* Cæterum cum & hic, & iisdem illis locis proditum sit, eum qui infantiæ proximus est, & stipulari & promittere, & hæreditatem adire, omniaque tutore auctore non minus rectè agere posse, quam qui proximus sit pubertati, quantumvis id benigne receptum sit, comparatio hæc infantis & infantiæ proximi cum mica salis accipienda est, quod ille scilicet nullum omnino intellectum habeat, hic nullum perfectum; ille omnino non intelligat quod agitur, hic non omnino. Nam si nec proximus infantiæ ullum

intel

intellectum haberet, ne tutore quidem auctore, quicquam agere posset, neque illa interpretationis benigniras, magis in hoc admittenda esset quam in infante. Denique non alia ratione receptum est, ut septennio major idemque infantiæ proximus sponsalia contrahere, item sine auctoritate tutoris incipere possidere queat, quam quod ea ætas jam aliquem intellectum habere credatur, ut diserte testantur Iurisconsulti, *l.* 14. *de sponsal. l.* 1. §. *furiosus, de acq. poss. l. quamvis* 32. §. *ult. eod. tit.*

Idem juris, quod pubertati proximi] Ut scilicet stipulando aut aliter contrahendo sibi obligationem acquirere, & cum tutoris auctoritate omnia recte gerere possint, *l.* 1. *de reg. jur.* Quod cum Illis benigniter præstitum dicatur *l.* 1. §. *huic proximus* 13. *de obl. & act. l.* 9 *de acq. har. & hoc text.* sciamus, in aliis adhuc differentiam manere; veluti quod qui tam impubes est, ut adhuc infantiæ sit proximus, expers doli & injuriæ habeatur, quorum & pœnæ capax est pubertati proximus, *l. pupillum* 111. *de reg. jur. l.* 5. §. *per. ad leg. Aquil. l.* 3. §. 2. *de sepulch. viol. impuberem* 23. *de furt. l.* 13. §. 1. *de dol. mal. Gomez.* 3. *resol.* 1. *num.* 57. & cum infantiæ proximus, cum remoto tutore de eo obligando agitur, in eadem plane causa cum infante & furioso, tanquam nullum intellectum habens, ponatur, de pupillo pubertati proximo quæri intelligitur, cum quæritur an non saltem pupillus ex contractu sine tutoris auctoritate inito naturaliter obligetur. De quæstione quid habendum sit videamus. Et posito eo, quod pupillus, qui pubertati proximus est, jam intelligere, quod agitur, velle & consentire natura potest, neminem dubitare oportet, quin ex conventione sua naturaliter obligetur. At pupillum, qui ejus ætatis sit, actum rei intelligere, ac proinde consentire posse, satis probant hic textus & supra citati loci, in quibus hoc solo intuitu infantiæ proximus separatur a proximo pubertati: quod ille non intelligat, quod agitur, hic intelligat; ille doli expers sit, hic capax. Nam quod generaliter de impuberibus omnibus Iustinianus, pronuntiat, nullum esse eorum animi judicium, §. 1. *seq. quib. non est perm. fac. test.* id quidem recte etiam dicitur de pubertati proximis, sed in re de qua ibi agitur de dispositione testamentaria; in qua merito majus & solidius judicium requiritur; etiam in ullam partem pupillaris ætatis cadere posse creditur. Sed & nonnullis locis expresse traditum est, pupillum (intellige semper adulto proximum) sine tutoris auctoritate contrahentem naturaliter obligari, ut in *leg. cum illud* 25. §. 1. *quand. dies leg. l. si pupilus* 21. *ad leg. Falc. l. Stichum* 95. §. 2. *de d. solut.* Idemque & effecta huic obligationi Iure civili tributa arguunt; veluti quod fidejussor acceptus pro eo, quod pupillus promisit, teneatur; *l. si pupillus* 127. *de verb. oblig.* quod præcedens obligatio, pupillo eam citra tutorem in se suscipiente novetur, *l.* 1. *in fin. de novat.* Ex quo corruit distinctio eorum, qui eo demum casu pupillum sine tutore naturaliter ex contractu obligari statuunt, cum locupletior factus est. Nemo enim ex promissione sua, aut susceptione alienæ obligationis unquam fit locupletior. Deinde si ex gestu aut contractu sine tutoris auctoritate locupletior factus sit pupillus, non naturaliter tantum, sed etiam civiliter obligatur ex constitutione D. Pij, ut actio in eum, in quantum locupletior factus est, detur, *l.* 3. §. *pupillus* 4. *de neg. gest. l.* 5. *pr. & §.* 1. *de auct. tut.* de quo casu non potest intelligi *d. l.* 127. *de verb. obl. ubi vid. Don. num.* 11. Quod vero id, quod pupillus ita debet, compensari aut solutum retineri non potest, non eam rationem habet, quod nulla verè hic subsit obligatio: sed quod personæ pupilli hoc tributum est, ne obligatio ei noceat. Planè, quoniam effectus naturalis obligationis, quæ ex conventione nascitur, potissimum cernitur in jure compensandi & soluti retinendi, *l.* 6. *de compens. l. naturales* 10. *de obl. & act.* in persona autem pupilli obligatio eundem effectum non habet; inde fit, ut pupillo sine tutoris auctoritate contrahente sic aliquando loquantur Iurisconsulti, tanquam ne natura quidem isto modo obligaretur *l. quod pupillus* 41. *de cond. ind. l. pupillus* 59. *de obl. & act.* habita inquam ratione personæ pupilli, in cujus gratiam & favorem propter debilitatem consensus obligationi vis omnis detracta est, quatenus ipsi nocere possit: non autem considerata conditione obligationis, quasi nulla omnino subesset: alioqui nè accessiones quidem admitteret, aliisve prodesse aut nocere posset. Si quis adhuc scrupulus hæret, eum eximere poterunt, quæ de naturali obligatione disputamus, *sup. ad rubr. de oblig.* 5. *& tract. de pact. c.* 14. Multo magis promittendo jure naturali obligantur puberes minores 25. annis. Quippequi si curatorem non habent, etiam jure civili ex conventione sua obligentur, ita ut captis necessaria sit in integrum restitutio. Enimvero si curatorem acceperint, consensum ejus adhibere debent, alioqui nulla jure civili ex eorum contractu obligatio nascitur, *l.* 3 *C. de in int. rest. min.* cui è diametro obstare videtur *l. puberes* 101. *de verb. obl.* nisi dicamus, verbum *suis* in *d. l.* generalem tantum respectum curatorum & adultorum; tanquam correlatorum, exprimere. Modestinus haud dubie Græce sit scripsit, ἔφηβος οὐ κύριος κεκλῆσθαι, &c Quod autem quidam eum locum restringunt ad sponsalia aut nuptias oppido quam ineptum est, *DD. in d. l.* 3. *& in d. l.* 101. Mire variant in horum locorum conciliatione. *vid. d. c.* 14. *de pact.*

Vbi *num.16.* probo ſententiam Tim. Fabri *anniverſ. diſput 9.* verba *d.l.101. puberes ſine curatoribus ſuis, &c.* ſic interpretantis, abſentibus curatoribus ſuis puberes alibi verſantes ſine curatoribus, quos habent, &c. non utique ſine eorum conſenſu, ſed præſentia: ut intelligamus, hoc inter, impuberes puberesque intereſſe, quòd tutor in ipſo negotio præſens eſſe, & ſtatim auctor fieri, debeat; *lib. 9. §. penult. de auct. tut.* curatoris autem conſenſus etiam poſtea accedens, atque ejus etiam, qui præſens non fuit, ſufficiat.

Ne auctore quidem patre obligatur.] Abſurdum videri poteſt, quod hic Juſtinianus & Iuriſconſultus, in *l. ult. §. 2. de verb. obl.* tradunt impuberem filiumfam. quamvis infante majorem ne auctore quidem patre obligari, cum pupillus ex quo fieri poſſe cœperit, obligetur auctore tutore. Sed ſciendum tutoris & patris, pupilli & impuberis, qui in poteſtate eſt, diſſimilem eſſe rationem, Pupillus non tutori: ſed ſibi acquirit, placerque eum etiam ſine tutoris authoritate contrahendo alios ſibi obligare: quo fit, ut ad utilitatem pupilli pertineat, ut & ipſe invicem ſaltem tutore auctore obligari poſſit: cum alioqui nemo facile cum eo contracturus ſit. At qui in poteſtate patris eſt, non ſibi, ſed patri acquirit; non ad ſuam, ſed ad patris utilitatem contrahit: ut proinde nunquam è re impuberis in poteſtate conſtituti eſſe poſſit, viciſſim obligari. Ideoque cum pater auctor eſſe non poſſit, ut filius ſibi acquirat, placet nec auctorem eſſe poſſe, ut filius obligetur. Quod ſi patri videbitur, è re ſua eſſe obligari, ipſe promittat. Plane, cum pater, non ut pater, ſed ut legitimus adminiſtrator bonorum filij adventitiorum conſideratur, auctoritatem filio impuberi accommodare poteſt, *l. ſi infanti 18. in fin. Cod. de jur. delib. leg. ult. §. fin. autem 4. in fin. 8. de bon. quæ lib. &c.* Et ita utimur.

TEXTUS.

10. *Si impoſſibilis conditio ſtipulationibus adjiciatur, nihil valet ſtipulatio Impoſſibilis autem conditio habetur, cui natura impedimento eſt, quominus exiſtat; veluti ſi quis ita dixerit,* Si digito cœlum attigero, dare ſpondes? *At ſi ita ſtipuletur,* Si digito cœlum non attigero, dare ſpondes? *pure facta obligatio intelligitur, ideoque ſtatim peti poteſt.*

NOTÆ.

10. NIHIL VALET STIPULATIO] *l.7. l.35. eod. l.1. §.11. de obl. & act.* nec ulli contractus *l.31. d.t* Secus eſt in ultimis voluntatibus: *§. 10. ſup. d. har. inſtit.* diverſi juris rationem tibi ſuppeditabit *d.l.11.*

CUI NATURA IMPEDIMENTO] Huic ſimilis eſt, quæ legibus ac bonis moribus contraria, *l.13. de cond. inſtit l.26. & ſeqq. de verb. obl.*

SI DIGITO COELUM NON ATTIGERO] Hæc ſtipulatio non continet conditionem impoſſibilem, *οὐ γὰρ ἀναίρει τι.* Nam cujus affirmatio, eſt impoſſibilis, ejus negatio eſt neceſſaria. Ariſtot. *περὶ ἑρμ. cap. pen.* conſentiunt I. Cri. *leg. 7. & 8. eod.*

COMMENTARIVS.

1 *Cujus affirmatio impoſſibilis, ejus negatio neceſſaria.*

EX defectu cauſæ efficientis ſeu conſenſus contrahentium eſt, quod hic docemur, ſtipulationem nullius momenti eſſe, quæ concepta eſt, ſub conditione impoſſibili: nam qui ſub conditione quid promittit, is ſe obligari non vult prius quam conditio exiterit: unde fit, ut ſi defecerit conditio conſtetque, jam amplius eam exiſtere non poſſe, nihil actum aut promiſſum videatur. Idem ergo & maxime evenire neceſſe eſt, *cum* ſtipulatio facta eſt ſub conditione impoſſibili; quippe quam jam nunc ſtatim certum eſt defeciſſe, cum natura exiſtere non poſſit. Neque hoc ſolum in ſtipulationibus, *l.1. §. item 11. de obl. & act. l.7. l. ſtipul. l. tr. 35. de verb. obl.* ſed in cæteris quoque conventionibus locum habet; ſiquidem in omni contractu & pactione voluntas contrahentium aut paciſcentium ſpectanda, qui procul dubio nihil agi exiſtimant, cum conventioni apponitur ea conditio, quam ſciant eſſe impoſſibilem, *l. non ſolum 21. de obl. & act.* Aliud juris eſt in ultimis voluntatibus, quarum favore impoſſibilis conditio ſub colore mendi detrahitur, & pro non ſcripta habetur. *l.1. de cond. inſt. vid. ſup. §. impoſſibilis 10. de har. inſt.*

Cui natura impedimento eſt] Impoſſibilis conditio propriè eſt, quæ in eum caſum confertur; cujus eventus natura prohibetur. Cæterum & eam non inepte impoſſibilem dixeris, quæ turpis eſt, & legibus ac bonis moribus contraria: quoniam nec illud fieri poſſe credendum eſt, quod leges & boni mores fieri prohibent, *l. filius 15. de cond. inſt.* & ſub tali quoque conditione facta ſtipulatio æque nullius momenti eſt, *l. generaliter 26. cum ſeq. l. ſi ſtipuler. 33. §. 1. l. ſtipulatio 62. l. continuus.*

tinuus 137. §. *cum quis* 6. *de verb. obl.* De turpi stipulatione separatim agitur inferius §. *quod turpi* 26. *hoc tit.*

Si digito cælum attigero] Impossibilitas conditionis non ex re, quæ in ea est; sed ex eo, quod de ea re fieri debet, æstimanda est. Nam quod fieri debet, si per rerum naturam fieri non potest, conditionem habet impossibilem: sin potest, possibilem: quod si etiam fieri non potest, quin eveniat, necessariam. Itaque hæc stipulatio. *Si digito cælum non attigero, dare spondes?* non continet conditionem impossibilem, ut prior illa in faciendum concepta, *Si digito cælum tetigero:* sed necessariam, & quam certum est extituram esse. *Thom. in* 4. *distinct.* 29. *art.* 3. *q.* 3. Nam cujus affirmatio est impossibilis, ejus negatio est necessaria, ex regula Dialecticorum. *Aristot. de interp. cap. pen.* Ex quo porro intelligitur, sola verborum figura hujusmodi stipulationes conditionales esse, revera non esse, sed puras *l.* 9. §. 1. *de negat.* ubi Iurisconsultus scribit, eum qui sub conditione stipulatur, quæ omnino extituta est, pure stipulari videri. Et vero absurdum esset, aut suspendi obligationem, aut petitionem differri ea conditione, quæ hoc ipso revera jam extitit, quod non potest non existere. Recte igitur hic ait Iustinianus, si talis conditio inferatur stipulationi, *Si digito cælum attigero*, pure contractam obligationem intelligi, & protinus ex ea agi posse Consentiunt Iurisconsulti in *l.* 7. & *l.* 8. *de verb. obl.*

TEXTUS.

11. *Item verborum obligatio, inter absentes concepta, inutilis est. Sed cum hoc materiam litium contentiosis hominibus præstabat, forte post tempus tales allegationes opponentibus: & non præsentes fuisse vel si vel adversarius suos contendentibus: ideo nostra constitutio propter celeritatem dirimendarum litium introducta est, quam ad Cæsarienses advocatos scripsimus; per quam disposuimus, tales scripturas quæ præsto esse partes indicant, omnino esse credendas, nisi is, qui talibus utitur improbis allegationibus, manifestissimis probationibus, vel per scripturam, vel per testes idoneos, approbaverit, toto eo die; quo conficiebatur instrumentum, sese vel adversarium suum in aliis locis fuisse.*

NOTÆ

12. INTER ABSENTES CONCEPTA.] Quia stipulatio confici non potest, nisi utroque loquente, & altero alterum audiente, *l.* 1. *eod. l.* 3. *h. t.* Non adversatur *l.* 57. *de don. int. vir. & ux.* nam litteris illis uxoris, de quibus illic, cautio stipulationis inter præsentes conjuges interpositæ comprehensa fuit.

NOSTRA CONSTITUTIO) *l. optimam* 14. *C. de contr. stip.*

VEL PER TESTES IDONEOS] Debet autem hæc contraria probatio, sive per tabulas sive per testes fiat, talis esse, ut auctoritate superet scripturam ex adverso prolatam, argum. *leg.* 8. *C. de prob.*

TOTO EO DIE, &c.] igitur quod dicitur, factum negantis per rerum naturam probationem nullam esse, *l.* 23. *C. d. t.* non pertinet ad factum, quod tempore & loco circumscriptum est; cujus negatio per indirectum probari potest, *d. l.* 14. *C. de contr. stip.* Quintil. *lib.* 5. *c.* 6. & 7. Aristot. Rhet. *ad Alex. c.* 14.

COMMENTARIVS.

1 *Explicatur l.* 57. *de donat. int. vir. & ux.*
2 *Summa constit. in l.* 14. *C. de contr. stip.*
3 *Probatio negativa arctata loco & tempore.*

Inter absentes concepta inutilis est] Si stipulatio confici non potest, ut aliquoties dictum est, nisi utroque loquente & altero alterum audiente perspicuum est, absentem non magis; quam mutum aut surdum stipulationem contrahere posse, *l.* 1. *pr. de verb. obl. l.* 3. *C. hoc tit.* Non adversatur Paulus in *l. ea quæst.* 57. *de don. inter vir. & uxor.* ubi profert epistolam, qua continetur sponsio absenti viro ab uxore absente missa: intelligi enim debet stipulationem antea inter præsentes conjuges interpositam fuisse, ut est lex & conditio stipulationis, cujus inter præsentes interpositæ cautio litteris illis uxoris contineatur. Absentes varie pro loco dicuntur: hic sunt, qui invicem audire non possunt, *d. l.* 1. *de verb. obl.* 1

Propter celeritatem dirimendarum litium] Cum ex eo, quod non nisi inter præsentes stipulatio fieri potest, occasionem litis caperent homines contentiosi, objiciendo, se vel adversarium suum, quo die stipulatio celebrata dicitur absentes fuisse, nec satis expeditum esset, actorne stipulationem factam esse affirmans, partium præsentiam an reus factam negans, suam vel adversarij absentiam probare deberet, Iustinianus hujusmodi litium materiam constitutione sua amputavit, quæ extat in *leg. optimam* 14. *Cod. de cont. stip.* Voluit

fidem haberi scripturæ ; idoneæ nempe ad probandum, quæ continentur, partes præsentes fuisse. nisi qui contradicit, manifesto ostendat per scripturam vel testes omni exceptione majores, se vel adversarium toto eo die alibi fuisse, vel, quod eodem recidit, aliqua ejus diei parte tam procul egisse ut illo tempore in loco, quo instrumentum confectum dicitur, esse non potuerit: Itaque in hoc quidem utile est, locum & diem instrumento inseri. Debet vero illa probatio, sive per instrumentum sive per testes fiat, aliquanto potentior esse scriptura ex adverso prolata, ut judici fidem faciat. Per *l. precibus* 18. *C. de probat. DD. ad d. l. optimum C. de contr. stip*

Scripturas tales esse credendas.) Id est, veras esse præsumendum. Quæ tamen præsumptio non est juris & de jure, ut loquuntur, cum adversus eam admittatur contraria probatio: sed juris tantum. Atque hanc pro instrumento præsumptionem interpretes appellant præsumptionem veritatis, eo quod verum esse præsumitur & creditur, quod in instrumento scriptum est, donec contrarium probetur. Est enim pro instrumento & alia præsumptio, quæ dicitur solemnitatis. De qua *inf. §. scriptum* 16.

Toto eo die, quo conficiebatur instrumentum.] Facti, quod tempore & loco circumscribitur, negatio probari potest; veluti si, quod me Lugduni promisisse, aut mihi numeratum fuisse dicitur Calendis Ianuariis, id me promisisse aut mihi numeratum esse negem, quia eo die Romæ fuerim. Nam quod dicitur, factum negantis naturali ratione probationem nullam esse; *l. actor.* 23 *Cod. de probat. leg.* 10. *Cod. de non num. pec.* id verum est, quatenus solum negat, nec quicquam affirmat præterea. Quod si quis prius aliquid affirmet & probet, unde id, quod negat, per necessariam consequentiam colligatur, hac ratione etiam id, quod negat, probari videtur quanquam ne sic quidem revera quicquam probat quatenus negat, sed quatenus affirmat tantum. *DD. in d. l. actor. Cod. de prob. Durar. cap. 4. de probat. in post-comment. Donell. cap. 4. de probat. Quintill. lib. 5. cap. 6. & 7.*

TEXTUS.

12. *Post mortem suam dari sibi nemo stipulari poterat, non magis quam post mortem ejus, à quo stipulabatur. Ac nec is, qui in alicujus potestate est, post mortem ejus, stipulari poterit: quia patris vel domini vox loqui videretur. Sed & si quis ita stipuletur.* Pridie quam moriar. *vel,* Pridie quam morieris, dare spondes? *inutilis erat stipulatio. Sed cum, ut jam dictum est, ex consensu contrahentium stipulationes valeant, placuit nobis, etiam in hunc juris articulum necessariam inducere emendationem, ut, sive post mortem, sive pridie quam moriatur stipulator, sive promissor, stipulatio concepta sit, stipulatio valeat.*

NOTÆ.

12. POST MORTEM SUAM.] Quoniam placebat obligationes & actiones, quæ non cœpissent à defuncto vel contra defunctum, à persona hæredis vel contra eum non incipere, *l. un. C. ut act. ab hær.* cujus regulæ exceptio videtur in mandato post mortem *l. 12. in fin. l. seq. mand.*

PRIDIE QUAM MORIAR.] Hæc enim formula incidit in speciem præcedentem: quia ille *pridie* certo sciri non potest, nisi post reorum mortem. Eandemque ob causam etiam hujusmodi legatum inutile erat, §. 35. *sup. de legat.*

PLACUIT NOBIS] *l. 11. C. de cont. stip.* Alia constitutione abrogavit memoratam juris antiqui regulam, *d. l. un. C. ut act. ab hær.*

COMMENTARIVS.

1 *Cur stipulationes hic propositæ olim pro inutilibus habita.*

2 *Qua ratione motus Iustinianus jus vetus mutarit.*

OLim nemo stipulari poterat post mortem vel suam vel promissoris sibi dari: cujus rei hæc una & vera ratio est, quod ita jus erat, ut obligationes & actiones, quæ non cœperant à defuncto vel contra defunctum, à persona hæredis vel contra eum non inciperent: quasi in his nec defunctum repræsentaret: eamdemque ob causam etiam post mortem hæredis aut legatarij inutiliter legabatur, §. *post mort.* 35. *sup. de legat.* Exceptio hujus regulæ videtur in mandato post mortem, *l. 12. in fin. cum l. seq. mandat.*

Pridie quam moriar.] Putaverunt veteres hanc stipulationem, *Pridie quam moriar*, aut *Pridie quam morieris dabis*? incidere in speciem præcedentem, cum quis post mortem aut suam aut promissoris stipulatur, propterea quod illud pridie certo sciri ac definiri non potest, nisi post reorum mortem. Qua de causa hujusmodi quoque legatum, *pridie quam hæres aut legatarius moriatur*, inutile esse censebant, *d. §. post. mortem sup. de legat.*

Placuit nobis, in hunc juris articulum.] Iustinianus

nus scrupulosam hanc juris veteris subtilitatem sustulit constitutione sua, qua extat in *l. scrupulosam* 11. *C. de cont. stip.* ut jam & stipulatio in tempus, post mortem aut in, aut ante diem mortis tam stipulatoris, quam promissoris, concepta valeat, & post mortem hæredis vel legatarij, aut pridie quam morientur, liceat legare. Idem alia constitutione in universum abrogavit regulam juris antiqui, voluitque obligationes & actiones etiam ab hæredibus & contra hæredes incipere posse, *l. uni. C. ut act. ab hæ.* In hujus juris mutatione ait se respexisse non ad conceptionem verborum, sed ad sententiam & mentem contrahentium, quasi qui stipuletur, post mortem suam sibi dari, non debeat existimari tam stultus, ut sibi ipsi in id tempus stipuletur, sed hoc perinde sit accipiendum, ac si post mortem suam stipulatus esset hæredi suo, in cujus persona quodammodo adhuc vivere videatur. Vnde quidam putaverunt, stipulationem pactam in tempus post mortem stipulatoris aut promissoris veteribus ipso genere habitam fuisse pro impossibili, eo quod nec dare mortuus nec accipere possit. Sed hac ratione efficitur, ut & hæc quoque stipulatio, *Cum moriar*, vel *Cum morieris, dabis*? apud veteres inutilis fuerit, contra §. *Ita autem* 14. *Inf. eodem*, & tale legatum, *Hæres meus post mortem suam Titio centum dato*, utile, arg. eorum, quæ notavimus ad calcem §. *Item* 1. *sup. de verb. obl. & ad* §. *impossibilis* 10 *sup. de hared. instit.*

TEXTUS.

13. *Item si quis ita stipulatus erat*, Si navis cras ex Asia venerit, hodie dare spondes? *inutilis erat stipulatio, quia præposterè concepta est. Sed quam Leo inclytæ recordationis in dotibus eandem stipulationem, quæ præposterа nuncupatur, non esse rejiciendam existimaverit, nobis placuit & huic perfectum robur accommodare, ut non solum in dotibus; sed etiam omnibus valeat hujusmodi conceptio stipulationis.*

NOTÆ.

13. SI NAVIS CRAS EX ASIA] Ita & Th. ἐὰν ἡ ναῦς αὔριον ἔλθῃ ἀπὸ Ἀσίας. Et licet in quibusdam non habeatur verbum *cras*, eo tamen addito clarior fit præposteratio. Pac.

PRÆPOSTERE CONCEPTA] Quoniam qui ita stipulatur, filiam vult nasci ante matrem, id est, obligationem ante conditionis eventum; quod est ὕστερον πρότερον, §. 4. *sup. de verb. obl.*

NOBIS PLACUIT] Iustiniano placuit præposteras stipulationes in universum valere, perinde, quasi vel in diem vel sub conditione tantum conceptæ essent, exactionemque usque ad diei vel conditionis eventum differri *l.* 25. *C. de testam.* ubi etiam mentio constitutionis Leonianæ, quæ intercidit.

COMMENTARIVS.

STipulationes hoc modo aut simili conceptæ, *Si navis cras venerit hodie dare spondes*? præpostеræ dictæ sunt: quoniam qui ita stipulatur, filiam vult nasci ante matrem, id est, obligationem constitui ante eventum conditionis, quod est ὕστερον πρότερον, cum in omni stipulatione conditionali obligatio ex eventu conditionis pendeat, §. 4. *sup. de verb. obl.* Itaque hujusmodi conceptiones, ut futiles, & manifestam contradictionem implicantes, veteribus improbatæ sunt. Vnde dubitatum est de stipulatione concepta hoc modo, *Si Titius consul factus fuerit, tum ex hac die in annos singulos decem dari spondes*? num & ipsa præpostere concepta videri debeat. Sed præpostеram non esse, indicat particula *tum*, quæ refertur ad tempus existentis conditionis, ut tota obligatio & datio à conditione pendeat, licet retro habita ratione præteriti temporis tunc cum conditio extiterit, dari oporteat, *l. hujusmodi* 64. *de verb. obl.*

Si navis cras ex Asia, &c.] Ita & Th. ἐὰν ἡ ναῦς αὔριον ἔλθῃ ἀπὸ Ἀσίας. Et quamvis quidam codices non habeant verbum *cras*, eo tamen addito clarior fit præposteratio. *Pac.*

Sed quum Leo inclytæ recordationis] Cum præposteræ stipulationes in dotibus Leone admissæ essent, Iustinianus exemplo Leonis provocatus, omnes hujus generis stipulationes valere statuit. Cumque ut valeant, necesse sit aut detrahere conditionem diemve, ut tota pura sit obligatio; aut præsentis temporis mentionem, ut tota sit conditionalis inve diem: posterius Iustiniano placuit ut scilicet perinde valeant, quasi vel in diem vel sub conditione tantum conceptæ essent, ac proinde exactio usque ad diei aut conditionis eventum differretur, *l. præposteri* 25. *C. de test.*

TEXTUS.

14. *Ita autem stipulatio concepta, veluti si Titius dicat*, Cum moriar, dare spondes? *vel* Cum morieris, *& apud veteres utilis erat, & nunc valet.*

15. Item post mortem alterius rectè stipulamur.

NOTÆ.

14. CUM MORIAR, CUM MORIERIS] Hæ formulæ semper probatæ fuerunt; *l.45.§.1.& pen. de verb. obl. l.79.de cond.eod.* etiam in legatis: *l.1.§.2. l.79.§.1. de cond.& dem.* Vlp. *tit.24.§.15.* scil. auctores nostri totum illud, quod mori dicitur, vitæ adscribunt, *l.18.§.1. de man. test.* Cujac. 3. *obs.34.* qua de re olim quæsitum, Gell. 6. c.13.

15. POST MORTEM ALTERIUS.] In hac formula, *Post mortem Titij dare spondes?* apertè cessat ratio, ob quam placebat stipulationem post mortem contrahentium conceptam non valere: ideoque numquam improbata fuit.

COMMENTARIVS.

AUctores nostri ex sententia quorundam philosophorum (*vid. Gell. lib.6. cap.13.*) momentum moriendi vitæ prius, quam morti dandum censuerunt, cui consequens est, ut etsi quæ in tempus post mortem non rectè conferuntur, rectè tamen conferantur in tempus moriendi. Unde hæ formulæ: *Cum moriar*, vel *Cum morieris, dare spondes?* semper probatæ fuerunt, *l. quodcumque §.1.& pen. de verb. obl.* uti & legatum hujusmodi, *cum hæres morietur, l.hæres 79.§.1. de cond.& dem. Vlp. tit. de legat. §. post mortem 15.* Neque obstat, hic regula juris veteris, quæ vetat actiones ab hæredibus & contra eos incipere: nam cum momentum moriendi non morti; sed vitæ attribuatur, obligatio & actio in casu proposito à defuncto aut contra eum incipere intelligitur, indeque ad hæredem transmitti, quemadmodum & conditiones quædam sunt, quæ extraneo vitæ momento implentur, *l. ult. de cond. inst.* add. quæ scripsimus ad *§. post mortem 35. sup. de legat.* Hoc autem jure posito, posse quemque sibi stipulari, cum morietur, admittendum fuit, ut etiam qui in aliena potestate sunt, eodem modo sibi stipulari possint, ut obligatio acquiratur domino vel patri, in quorum erunt potestate, cum morientur, *l. quodcumque 45.§.1. de verb. oblig.*

Post mortem alterius] Stipulatio quoque hoc modo concepta, *Post mortem Titij dare spondes?* numquam improbata fuit: nimirum quia & hic cessat ratio ob quam placebat stipulationes in tempus post mortem contrahentium conceptas non valere. Quæritur autem quid hic futurum sit, si stipulator ante Titium moriatur? Respondet D. Bachovius, spem debitum iri in hæredem stipulatoris transmitti, ut juris est in stipulatione conditionali. *§.4. sup. de verb. obl.* Ego vero didici, diem adjectum quem certum est exiturum esse, etsi ignoretur quando in contractibus conditionem non facere, neque hujusmodi stipulationes, *Cum morior, cum morieris, cum Titius morietur*, jure conditionalium censeri, ut obligationem differant; sed eundem effectum habere, quem habent conceptæ in diem certum, ut statim in his dies obligationis cedat, & pecunia debeatur, sed peri tantum antequam dies veniat, non possit. *§.1. sup. d. titul. l.17. de cond.& dem.* Itaque in proposito dicendum est, non nudam spem debitum iri ad hæredem stipulatoris transmitti; sed transmitti debitum ipsum, atque obligationem, quæ stipulanti statim quæsita fuit.

TEXTUS.

16. Si scriptum in instrumento fuerit, promisisse aliquem, perinde habetur, atque si interrogatione præcedente responsum sit.

NOTÆ.

16. SI SCRIPTUM IN INSTRUMENTO] *l.30. l.134.§.2. de verb. obl. l.1.C. de cont. stip.* Paul. 5. *sent.7.* undè hic locus sumptus est. Duplex est igitur pro instrumento præsumptio; una veritatis, de qua *§.11. sup.* altera solemnitatis, de qua hoc loco. Cæterum adversus hanc quoque speciem præsumptionis contrarij admittenda probatio per *l.7.§.12. de pact.*

COMMENTARIVS.

PRo instrumento duplex præsumptio est: una, quæ dicitur veritatis, propterea, quod verum esse creditur; quod scriptum est, nisi contrariam manifestè doceatur, *§. item 11. sup. eod.* altera, quam appellant præsumptionem solemnitatis; quoniam si de re aliqua, quæ certas solemnitates jure desiderat, scriptum sit in instrumento, eam interveniss e, etsi expressum non sit, gestam eam esse adhibitis in solemnitatibus, quæ jure acquiruntur; tamen hoc ipsum intelligitur, omniaque creduntur solemniter acta. *Sciendum 30. de verb. obl.* Veluti si scriptum sit in instrumento; promisisse aliquem perinde hoc haberi placet, ac si scriptum esset, interrogatione præcedente responsum esse, *l. Titius 134. §.2. de verb. obl. l.1.C. de contr. stip. paul. 5. sent.7.* unde hic locus descriptus videtur, Item si scriptum sit, fidejussisse aliquem, præsumitur, id factum rite atque utiliter, interposita scilicèt stipulatione, *§. ult. tit. seq.* Cæterum adversus hoc, quoque genus præsumptionis contrariam admitti probationem, verius est. *l. jurisgentium 7.§. quod fere 12. de pact. Donell. ad d.l. sciendum 90 de verb. obl.*

TEXT-

TEXTUS.

17. *Quoties plures res una stipulatione comprehenduntur, siquidem promissor simpliciter respondeat,* Dare spondeo, *propter omnes tenetur. Si vero unam ex his, vel quasdam, daturum se spoponderit, obligatio in iis, pro quibus spoponderit, contrahitur. Ex pluribus enim stipulationibus una vel quædam videntur esse perfectæ: singulas enim res stipulari, & ad singulas respondere, debemus.*

NOTÆ.

17. PROPTER OMNES TENETUR.] Sive universa verbo collectivo in stipulatum deductæ sint, veluti, *Quadrigam illam dare spondes?* sive nominatim singulæ, veluti, *Stichum, Pamphilum & Erotem dabis?* ubi tot stipulationes sunt, quot species. Ratio est, quia indefinita responsio pro universali valet, §. 5. *sup.* add. *l.* 29. *l.* 86. *de verb. obl. l.* 32. *de evict.*

PRO QUIBUS SPOPONDERIT] *l.* 83. § 4. *de verb. obl.* Aliud est, si quis stipulante me Stichum aut Pamphilum disjunctim, unum se daturum respondeat. *d. l.* 83. §. 2. quia ille similis est ei qui stipulanti sub conditione pure promittit, mutata forma interrogationis, *v. sup* § 5.

ET AD SINGULAS RESPODERE] Quarum sc. præstatione adstringi volumus: neque enim indiget hic locus emendatione Hotomanni.

COMMENTARIUS.

1 *Cur cum plures res nominatim in stipulatum deducuntur, dubitatum, an promissor simpliciter respondendo in omnes teneatur.*

2 *Interesse utrum plures res conjunctim an disjunctim in stipulationem deductæ.*

3 *Hotomanni emendatio improbata.*

RES plures duobus modis una conceptione in stipulatum deducuntur: vel nominatim, ut verbis stipulationis singulæ exprimantur. veluti, *Stichum & Pamphilum dare spondes? Decem & quindecim dabis? Servum fugitivum non esse, eronem non esse, furem non esse, spondes?* vel collectim, ut verbo uno generali sive communi res plures significentur, ut *Summam illam*, aut *Acervum illum pecunia dabis? Quadrigam*, aut *Familiam*, aut *Lecticarios dabis?* Illic plures intelliguntur esse stipulationes, tot videlicet, quot sunt summæ aut res in stipulatum deductæ; hic ut una conceptio, ita quoque stipulatio una, *l. scire* 29. *l. quod dicitur*, 86. *de verb. obl. quia dicitur de evict.* Excipe speciem *l. Titia* 134. §. *alt. de verb. obl.* De posteriore specie nullum debitum est, quin promissore simpliciter respondente. *Dabo*, obligatio recte constituta sit. De priore autem dubitari poterat, an una simplex & indefinita responsio promissorem in res omnes, quæ expressæ sunt, obligaret: quoniam cum, uti dictum est: plures hic intelliguntur esse interrogationes, plures quoque responsiones ad perficiendum stipulationem requiri videntur. Sed placet unam & hic responsionem sufficere: quippe simpliciter respondendo, *Dabo*, ita promissorem respondere videri, ut stipulator verba concepit, & quasi præivit, §. *præterea sup. eod.* Itaque intelligendum est etiam in una illa responsione plures esse responsiones. Extat apud Livium *lib.* 1. deditionis Collatinorum hæc formula? *Dedistisne vos populum Collatinum, urbem, agros, aquam, terminos, delubra, utensilia, divina humanaque omnia, in meam populique Romani ditionem? Dedimus.* 1

In iis pro quibus respondent] Nam ubi plures sunt stipulationes, illæ censentur perfectæ, ad quas responsum est: verbi causa, si ego stipuler Stichum & Pamphilum, tu unum ex his spoponderis, teneris in hunc unum: quia ad unam ex duabus stipulationibus videris respondisse, *l. inter* 83. §. 4. *de verb. oblig.* Diversa causa est rerum plurium disjunctim in stipulationem deductarum; veluti si stipulante me Stichum aut Pamphilum, tu unum te daturum spoponderis: hic enim quia mutata qualitate stipulationis respondes, pure promittens, quod sub conditione stipulatus sum, vitiatur tota obligatio, *d. l. inter.* §. 2. *junct. l.* 1. §. 3. *eod.* In pluribus tamen summis hic quod minus est sponderi intelligitur. *d. l. inter.* §. 3. *dixi sup.* §. 3. *dixi sup.* §. *præterea hoc tit.* 2

Et ad singulas respondere debemus.] Siquidem in res omnes, de quibus interrogati sumus, obligari volumus: alioqui si ad quasdam duntaxat respondeatur, obligatio in his tantum contrahitur, ad quas responsum est; in cæteris manet stipulatio imperfecta atque inutilis: quæ hujus loci sententia est, non usque adeo obscura; ut probare non possim emendationem Hotomanni, qui sic legendum existimat, *non ad singulas respondere debemus.* 3

TEXTUS.

18. *Alteri stipulari (ut supradictum est*

nemo

nemo potest. Inventæ enim sunt hujusmodi stipulationes vel obligationes ad hoc, ut unusquisque acquirat sibi quod sua interest: Cæterum si alij detur, nihil interest stipulatoris. Planè, si quis velit hoc facere, pœnam stipulari conveniet, ut nisi ita factum sit, ut est comprehensum, committatur pœna stipulatio etiam ei, cujus nihil interest. Pœnam enim cùm stipulatur quis, non illud inspicitur, quod interest ejus, sed quæ sit quantitas in conditione stipulationis. Ergo si quis ita stipuletur: Titio dari? *nihil agit. Sed si adjecerit pœnam,* Nisi dederis, tot aureos dare spondes? *tunc committitur stipulatio,*

NOTÆ.

18. ALTERI STIPULARI] Ex Vlpian. *lib.* 38. §. 17. *de verb. obl.*

NIHIL INTEREST STIPULATORIS] Peculiariter sc. Affectioni autem tantum tributum non est, ut propter eam extraneo obligatio acquiratur.

POENAM STIPULARI CONVENIET.] Et igitur valet etiam pœnalis stipulatio subjecta stipulationi inutili: nisi fortè ideo inutilis sit, quia continet, quod impossibile aut turpe est, *l.* 61 *l.* 69. *eod.*

ETIAM EI, CUJUS NIHIL INTEREST.] Intellige, cujus nihil interest alteri dari aut fieri. Utique enim pœnam consequi interest stipulatoris.

SED QUÆ SIT QUANTITAS] *de leg,* 38. §. 17 Ergo quantacunque pœna fuerit, tanta commissa stipulatione peti potest, quamvis duplo aut triplo major, quam efficit id, quod alteri dari aut fieri debuit. Don in *l.* 38. §. 17. *in fin.*

COMMENTARIVS.

1 *Etiam inutili stipulationi pœnalem subjectam valere.*
2 *Pœnam committit etiam ei, cujus nihil interest.*
3 *Quantacunque pœna promissa sit, tantam deberi.*
4 *Citramontanorum circa hunc articulum restrictio.*

QVI alteri dari aut fieri stipulatur, neque sibi obligationem aut actionem acquirit, quia sibi stipulatus non est, neque alteri, quia hoc pugnat cum fine stipulationum, omniumque obligationum: quippe quæ ad hoc jure civili constitutæ sunt, ut unusquisque acquirat sibi, quod sua interest, ut vero alij detur, nihil interest nostra, *hic text. & l. stipulatio* 38. § *alteri* 17. *de verb. obl.* In summa, qui alij dari stipulatur, nihil agit: qua de re dictum copiosè adjectis aliquot cautionibus & praxi horum temporum sub. §. 4 *sup. eod.* Cæterum quia sæpè ad affectionem & votum nostrum pertinet, alteri, cui cautum volumus, dari, ostenditur hoc loco & apud Iurisconsultum ratio, qua quod alteri stipulando recta consequi non possumus, id obliqua via consequamur, aut certè non minus nobis consulatur. Ea est, ut, si quis alteri dari aut fieri stipulatus, velit hoc fieri, pœnam stipuletur, si ita factum non erit, uti cautum est; sic enim futurum est, ut metu pœnæ promissor faciat, quod promisit, cum si id ita factum non sit, committatur pœnæ stipulatio etiam ei, cujus nihil interest.

Pœnam stipulari conveniet.] Tria hoc loco & *d. l. stipulatio*, §. *alteri*, de pœnali stipulatione statui animadvertere possumus Primum pœnam utiliter non posse stipulari etiam tunc, cum stipulario, cui pœna subjicitur jure non valet. Deinde pœnam existente conditione deberi & peti posse. etsi stipulantis non interfit id fieri, de quo cautum erat, & cujus non facti nomine subjecta erat pœnalis stipulatio. Postremo quantacumque pecunia pœnæ nomine promissa erit, tantam deberi, Quæ an vere omnia dicantur, videndum est. Adversus primum objici potest, quod pœnæ stipulatio videtur pendere ex priore, cui subjicitur, ejusque esse accessio quædam & sequela, ideoque priore non consistente & ipsam consistere non posse, cum sine re principali accessioni locus esse nequeat. Argumento esse, quod stipulatio pœnæ non committitur, quæ subjecta est stipulationi impossibili, aut rei turpis, *l. stipulatos* 61. *l. si homo* 69. *de verb. obl.* Respondeo, verum non est, quod hic assumitur, pœnalem stipulationem esse accessionem prioris, sed æquè atque illa principalis est, ut nihil prohibeat, quominus subjecta pœnalis stipulatio utilis sit, licet prior, cui subjicitur, sit inutilis; cum nunquam una stipulatio, quæ per se utilis esse potest, per aliam inutilem vitietur, *l.* 1. §. *penult. eodem.* Quod vero impossibili aut turpi stipulationi subjecta pœnæ stipulatio & ipsa inutilis est, non ex eo fit, quod pœnalis stipulatio est accessio ejus, cui subjicitur, sed quia hic eodem vitio, quo prior, laborat. Quippe subjecta impossibili & ipsa impossibilis habetur, turpi subjecta & ipsa turpis, utpote delicti invitandi causa subjecta. Neque vero pecunia dari potest, ut pœna, ubi non præstat promissor, quod natura aut jure præstare non potest, *argum. l. aliud est fraus* 131. *de verb. sign. Donell. ad d. l. si homo de verb. obl.* Alterum quod hic discimus,

est,

est, quod pœna committatur etiam ei, cujus nihil interest; intelligе cujus nihil interest alteri dari aut fieri: utique enim pœnam consequi interest stipulatoris, quam sibi, non alteri stipulatus est. At, inquis, etiam ut alteri detur, potest nostra interesse, utique ex affectione: sic enim scribit Iurisconsultus in *l. 7. de serv. export. Beneficio affici hominem, hominis interest.* Respondeo propriè id, quod interest, significat, quod nostra interest pecuniariter: sic enim definitur, *quantum nobis abest, quantumque lucrari potuimus, l. 13. ratam rem hab.* Non lucramur, non consequimur, nisi quod pecuniam nostram & patrimonium augeat. Unde intelligimus, abusivè dici interesse nostra, cum ex sola affectione interest: cui affe-
3 ctioni tantum jure tributum non est, ut propter eam extraneo obligationem acquiramus. Postremum est, quod quantacumque pœna fuerit; tanta debeatur & peti possit. Hoc ex eo intelligimus, quod dicitur in pœnali stipulatione non inspici, quod interfit, sed quæ sit quantitas & conditio stipulationis, hoc est, id solum, quanta pecunia in stipulatum deducta sit, & utrum conditio pœnæ extiterit, necne: quorsum, nisi ut si extiterit conditio, ex pecunia, quantacumque sit, præstetur? Igitur etsi duplo, triplo, aut etiam quadruplo plus comprehensum sit stipulatione pœnali, quam efficit id, quod alteri dari aut fieri debuit, valebit nihilominus stipulatio. Non enim uti pœnis legitimis certus modus constitutus est, ut ne excedant quadruplum, §. *omnes 21-inf. de actionibus*, ita & conventionalibus: sed has unusquisque voluntate sua sibi imponit, dum pro commodo stipulantis quid, futurum esse pacisceitur, *fac. §. ultim. sup. de verb. obl. l. ultim. de stipul. prat.* Non obstat quod constitutum est, ne promissor ultra duplum periculum subeat, *l. unic. C. de sentent. quæ pro eo quod int. pr. f.* Quantumcumque enim est, quod in stipulatione pœnali promittitur, simplum tantum est, non duplum, triplum, &c. alterius rei, cum ad id quod interest, aut alterum simplum non referatur. *Donell. lib. de eo*
4 *quod int. circa fin.* & in *d. l. stipulatio §. alteri n. ult.* Cæterum hanc sententiam Citramontani existimant tunc solum procedere, cum pœnali stipulatione certa quantitas expressa est: secus autem, est, si, ut loquuntur, pœna fuerit promissa per nomina multiplicativa, veluti *Tabulam mihi pingere spondes? Si non pinxerit, triplum*, aut *quintuplum dare spondes?* Hic volunt, pœnam reduci ad id, quod interest: quia manifestè ad priorem stipulationem fit relatio, neque aliud triplum aut quadruplum &c. considerari potest, quam simpli ejus, quod in priorem stipulationem deductum fuit: itaque non posse ultra duplum exigi, per *d. l. un. C. de sent. quæ pro eo quod int.* aut certè non posse ultra quadruplum pœnam extendi, per *l. si dictum 56. de evict.*

Tunc committitur stipulatio] Id est, tunc committi potest, videlicet si non dederis. Nam committi tum demum stipulatio conditionalis dicitur, cum conditio extiterit, & pecunia deberi cœpta est, §. *sub conditione sup. de verb. obl.*

TEXTUS.

19. *Sed & si quis stipuletur alij, cum ejus interesset, placuit stipulationem valere. Nam si is, qui pupilli tutelam administrare cœperat, cesserit administrationem contutori suo, & stipuletur rem pupilli salvam fore, quoniam interest stipulatoris fieri, quod stipulatus est, quum obligatus futurus sit pupillo, si malè rei gesserit, tenet obligatio. Ergo & si quis procuratori suo dari stipulatus sit, habebit vires stipulatio. Et si creditori suo quis stipulatus sit, quod sua interest, ne fortè vel pœna commitatur, vel prædia distrahantur, quæ pignori data erant, valet stipulatio.*

NOTÆ.

19. CUM EIUS INTERESSET.] *d. l.* 38. §. 20. Ratio perspicua, quia tum non tam alteri, quam sibimet ipsi stipulari videtur, *l.* 118. § *ult. eod.* Ideoque & sibi actionem acquirit, non ei, cujus in personam stipulatio collocata.

SI MALE RES CESSERIT.] Alij, *cesserit*, ut & apud Vlp. *d. l.* 38. §. 20. unde hæc transcripta.

OBLIGATUS FUTURUS EST PUPILLO) Nam qui tutelæ administrationem contutori cedit, non liberatur periculo tutelæ, *l.* 3. §. 1. *de adm. tut.*

PROCURATORI suo] Quia procuratori dari potest interesse stipulantis. puta quod procurator pecuniam pro eo expositi.

COMMENTARIVS.

Cum ejus interesset.] Cum dicimus eum, qui alij dari stipulatur, nihil agere, duo dicimus, nimirum ex hujusmodi stipulatione neque ei, in quem collata est, obligationem ullam acquiri, neque acquiri stipulanti. Prioris partis exceptiones nonnullas protulimus, & casus quosdam, quibus ex stipulatione aliena actio acquiritur ei, in cujus personam stipulatio collata est, *in explicatione §. 4. hoc tit.* Hic posterioris partis exceptio

proponitur, & tres casus, sive exempla proferuntur, quibus is, qui alteri dari stipulatus est; sibi actionem acquirit. Exceptio hic una & generalis est, nisi stipulantis interfit alteri dari, *l. stipulatio* 38. §. 6. *stipulor.* 20. *de verb. obl.* cujus exceptionis ratio perspicua & facilis est; quoniam cum nostra pecunialiter intereſt alteri dari, tum non tam alteri, quam nobismet ipsis stipulari videmur, *l. liber homo* 118. §. *ult. eod.*

Qui pupilli tutelam administrare] Exemplum primum. Qui tutelæ administrationem contutori cessit, rectè ab eo stipulatur rem pupilli salvam fore, *d. l. stipulatio* §. *si stipuler* ubi Marcellus ait, valere hanc stipulationem; obligationemque parere stipulatori, quia stipulatoris interest fieri, quod stipulatus est: quippe qui periculum & exitum illius administrationis præstet. Etenim qui tutela administrationem contutori cedit, non liberatur periculo tutelæ, sed pupillo, si male res geratur, obligatus manet, *l.* 3. §. 2. *de admin. tut.*

Si quis procuratori suo.] Exemplum secundum Si quis procuratori suo dari stipulatus est, valet stipulatio: ob eandem scilicet causam, qui procuratori dari potest intereſſe stipulatoris, puta quod procurator pecuniam pro eo expoſuerat, quam actione mandati restituere tenebatur,

Si creditori suo] Exemplum tertium. Si quis creditori suo dari stipuletur, rectè stipulatur, cum ejus interfit, puta ne vel pœna, sub qua pecuniam certa die debebat, committatur, vel bona distrahantur, quæ pignori dederat, & propter moram distrahi poterant, *d. l. stipulatio*. §. *unde* 23. *d. l. liber homo* §. *ult. eod.* Sunt & aliæ personæ, per quas ratione officij placet etiam alteri actionem utilem acquiri, *vid. sup.* §. 4. *num.* 2. *eod.*

TEXTUS.

20. *Vice versa qui alium facturum promisit, videtur in ea esse causa, ut non teneatur, nisi pœnam ipse promiserit.*

NOTÆ.

20. QUI ALIUM FACTURUM] Facti alieni stipulatio inutilis, §. 3. *sup.* cæterum hic etiam remedium stipulanti paratum in pœna, *l.* 38. §. 2. *de verb. obl.*

COMMENTARIUS.

FActi alieni stipulationem inutilem esse; & cur inutilis sit, audivimus *sup.* §. 3. *eod.* Cæterum etiam hic remedium stipulanti in pœna paratum est, qua adjecta si alius non dederit fecerit ve, committitur stipulatio, ex qua promissor suo nomine rectè convenitur. Licèt etiam hic quanta ea res est stipulari, *l. stipulatio* 38 §. 1. & 2. *de verb. obl.* Sunt qui promissorem factum alienum sub pœna promittentem excusandum à pœna censent, si omnia humana expertus, ut is, de quo promisit, faceret, nihil promoveat. Sed assentior iis, qui contra sentiunt, *arg. l. sancimus* 26. *C. de fide juss. d. l. stipulatio* §. 1. & *hujus text.* Quin ob hoc ipsum auxilio, pœnæ uti leges suadent, quod alieni facti obligationem inanem reddit præstandi difficultas, ut adeo nec omnino culpa careat, qui promittit, quod prævidere potuit fortè præstitum non iri, *arg. l.* 7. §. 1. *qui satisd. cog.* atque ob hanc ipsam difficultatem promisisse videtur id, quod in potestate sua habet, hoc est, pœnam, *vid. Fach.* 3. *contr.* 20. *Tuld. in comm. hic cap.* 5.

TEXTUS.

21. *Item nemo rem suam futuram, in eum casum, quo sua sit, utiliter stipulatur.*

COMMENTARIUS.

QVemadmodum stipulatio ab initio non consistit, si quis rem suam sibi dari stipuletur, & stipulatio rei alienæ evanescit, si ea res antequam traderetur, ex alia causa jam facta sit stipulatoris: §. 2. *sup. eod.* ita quoque & eadem ratione inutilis est stipulatio rei alienæ concepta in eum casum, quo nostra futura est: quia eo tempore agere, ut nobis detur, non possumus, § *sit itaque* 14. *inf. de act.* & tralatitium est, actum in id tempus inutiliter conferri, quo purè inutiliter fieret, *l.* 4. *C. de den. ante nup.*

TEXTUS.

22. *Si de alia re stipulator senserit, de alia promissor: perinde nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non esset; veluti si hominem Stichum à te quis stipulatus fuerit, tu de Pamphilo senseris, quem Stichum vocari credideris.*

NOTÆ.

22. DE ALIA RE] *l.* 83. §. 1. *l.* 137. §. 1. *eod.* idemque est, si promissor erraverit in persona stipulantis: arg. *l.* 2. *de juris d. l.* 1. *de jud.* Sufficit autem in corpore consensum esse, licet in materia erratum, veluti si æs sit, quod aurum putabatur,

l. 2.

l. 22. de verb. obl. quanquam & hic error emptionem vitiat: quoniam non potest videri emptor consensisse in pretio, *l. 9 §. ult. de contr. empt.*

TU DE PAMPHILO] Hic non simplex in nomine error est, ut putat Schol. Th. sed etiam in re, quia nec de corpore constitit, Error vero in solo nomine, cum de persona aut re ipsa constat, de consensu nihil mutat. *l. 3. de verb. obl. §. 29. sup. de legat.*

COMMENTARIUS.

1 *Quando error consensui obstet, aut non obstet.*
2 *Quod si non in ipso corpore, sed in materia rei erratum.*

SÆpe jam dictum est, sine consensu utriusque contrahentium nullam obligationem ex contractu constitui, *l 1. §. 3. de pact. l. in omnibus 57. de obl. & act.* Consensum non esse, etiam error arguit, Quid enim consensui tam contrarium est, quam error, qui imperitiam detegit? *l. si per errorem 15. de jurisd. l. 2. de judic.* Atenim non omnis error consensum non habet. Error aut est in nomine proprio personæ reive, de qua agitur; aut in persona ipsa; aut in re promissa; aut denique in causa promittendi. Primi generis, dum de persona & re ipsa constet, de consensu nihil mutat, *l. si in nomine 32. de verb. obl. § siquidem 29. sup. de legat. l. 4. C. de testam.* In persona autem qui errat, puta Titio stipulanti promittit, quem putet esse Semptonium, omnino non obligatur, per *d. l. 15. de jurisd. & d. l. 2. de judic. fact. l. 9 pr. de har. inst.* Non enim simplex hic in nomine error est, sed etiam in re, quia nec de corpore constat, Tantundem est, si erratum sit in re promissa, cum de alia stipulator, de alia promissor senserit; perindeque hic nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non sit, *hoc text. l. inter 83. §. 1. l. continuus 137 §. 1. de verb. obl.* Quid tamen si non in ipso corpore error sit, sed in substantia rei, aut materia, verbi causa, si quod aurum putabatur, sit æs, aut quod vinum, ab initio acetum fuerit? placet hic valere stipulationem, *l. si id. 22. eod.* quamvis emptio non valeat, *l. 9. in fin. cum l. sup. l. 14. in fin. de cont. empt.* Nimirum stipulatoris, qui nihil vicissim præstat, consensum in corpore error in materia non impedit: emptor autem non potest videri consensisse in pretio; cum utique longè minoris æs, quam aurum, acetum, quam vinum, emturus fuisset. Planè si non in totum in materia erratum sit, etiam emptionem valere placet, ut in specie *d. l. 14. de contr. empt.* Quod si quis in causa promittendi erravit, cum suo ipsius errore inductus putat se debere, quod non debet, & stipulanti promittit, hic summo quidem jure obligatus erit, sed si conveniatur, exceptione doli mali se defendere potest. *l. si quis 36. de verb. obl.*

TEXTUS.

23. Quod turpi ex causa promissum est, veluti si quis homicidium, vel sacrilegium se facturum promittat, non valet.

COMMENTARIUS.

STipulationes ex turpi causa interpositæ nullius momenti sunt; veluti si quid homicidij vel sacrilegij faciendi aut facti causa promittatur. *l. generaliter. 26. & si seq. l. si flagitij 123. de verb. obl.* Nec ea tantum, quæ aperte flagitiosa sunt, in stipulatione deduci non possunt, verum etiam quæ bonis moribus adversantur veluti si de futura successione contrahitur. *l. stip. 61. eod. l. ultim. C. de pact. l. 4. C. de inut. stip.* Quinimo & si quis pecuniam promiserit, ne furtum aut cædem faceret, aut sub conditione, si non fecerit, adhuc dicendum stipulationem nullius esse momenti; cum hoc ipsum flagitiosum sit, pecuniam paciscì, quo flagitio abstineas, *l. intelligentium 7. §. 4. de pact.*

TEXTUS.

24. Cum quis sub aliqua conditione stipulatus fuerit, licet ante conditionem decesserit, postea existente conditione hæres ejus agere potest, Idem est & ex promissoris parte.

NOTÆ.

24. IDEM EST ET EX PARTE PROMISSORIS] Vt si pendente conditione promissori quid humanitus contingerit, hæres promissoris existente postea conditione conveniri possit, *l. 57. de verb. obl.* sicut ex converso stipulatore ante conditionem mortuo hæres ejus agere. *§. 4. sup. d. t.*

COMMENTARIUS.

HIc locus à me expositus est ad §. *sub conditione 3. sup. de verb. obl.*

TEXTUS.

25. Qui hoc anno, aut hoc mense dari

ſtipulatus eſt, niſi omnibus partibus anni vel menſis præteritis, non rectè petet. Si fundum dari ſtipuleris, vel hominem, non poteris continuo agere, niſi tantum ſpatium præterierit, quo traditio fieri poſſit.

NOTÆ.

25. QUI HOC ANNO] Ex Pompon. *l.* 42. *eod. v. ſup.* §. 2. *eod.*

NON POTEST CONTINUO AGERE] Hoc non ad jus petendi, *d* §. 2. ſed ad ejus, quod petitur præſtationem & executionem obligationis referendum eſt: quia incivile ſtatim cum ſacco venire creditorem, *l.* 105 *de ſolut.*

COMMENTARIVS.

DUo hic docemur. Primum eſt, quod obligatione in diem conſtituta ante agi non poſſit, quam totus ille dies præterierit. Alterum, quod etiam ei, qui purè quid ſtipulanti promiſit, dandum ſit aliquod ſpatium, intra quod rem tradere & ſolutionem expedire poſſit. De utroque dixit ad §. 2 *ſup. de verb. obl. l.* 42.

TITULUS XXI.

De fidejuſſoribus.

Continuatio, & argumentum tituli.

OBligatur quiſque aut proprio nomine ſive principaliter, aut nomine alieno ſive acceſſoriè, dum ſcilicet, pro alieno debito ſe ita obſtringit, ut ei accedat manente principali obligato. Eorum, qui ſic obligantur, tres ſunt ſpecies, mandatores, pecuniæ conſtitutæ rei, fidejuſſores. Mandator eſt, cujus mandatu quis pecuniam credit certæ perſonæ, §. *tua tantum 6. inf. de mand.* Pecuniæ conſtitutæ reus, qui pecuniam debitam ſe ſolututum conſtituit nudo pacto, §. *de conſtituta 9. inf. de action.* Fidejuſſor, qui quod alius debet, fide ſua eſſe jubet, interpoſita ſtipulatione. Conjunguntur hi tres in *l. ult. C. de conſt. pecun. & Nov.* 43. atque in pleriſque eodem jure habentur. Hoc loco agitur de fidejuſſoribus: qui titulus tractationi de verborum obligationibus ideo ſubjicitur, quia fideiuſſores citra verba & ſtipulationem non conſtituuntur, *l.* 1. § 2. *de verb. obl. l. Blanditus* 12. *C. hoc tit.* Indicatur hic primum obligationis fidejuſſoriæ finis; deinde objectum, docenturque, quibus obligationibus fidejuſſor adhiberi poſſit, & porro permiſte, quatenus obligetur, quaque forma conſtituatur.

TEXTUS.

Pro eo, qui promittit, ſolent alij obligari, qui fidejuſſores appellantur: quos homines accipere ſolent, dum curant, ut diligentius ſibi cautum ſit.

NOTÆ.

SOLENT ALII OBLIGARI.] Acceſſoriè videl. ſeu reo principali manente obligato: qualis eſt in cujus mandatu pecunia creditur certæ perſonæ, §. 6 *inf. de mand.* item qui pecuniam debitam ſe ſoluturum conſtituit nudo pacto, §. 9. *inf. de act.* & maximè qui quod alius debet, fide ſua eſſe jubent interpoſita ſtipulatione, de quibus ſolis hic agitur: conjunguntur, *l. ult. C. de conſt. pec.*

FIDEIUSSORES APPELLANTUR.] Item ſponſores & adpromiſſores. Alij ſunt qui dicuntur expromiſſores: nam expromiſſione fit novatio, id eſt, aliena ſuſcipitur obligatio liberato reo, *leg. ult. de S. C. Mac. l.* 4. *de cond. ca. d it. l.* 57 *in fin. de obl. lib.*

COMMENTARIVS.

1 *Fideiuſſoris obligationem eſſe acceſſionem principalis.*
2 *Fideiuſſor idem, qui & adpromiſſor, expromiſſor alius.*
3 *Sponſores, prades, vades.*

PRo eo, qui promittit, ſolent alij obligari] Intellige eo, qui promittit, eodemque reo principali manente obligato: alioqui & expromiſſor pro alio obligari rectè dicitur, qui novandi animo alienam obligationem in ſe transfert: qui tamen fidejuſſor non eſt, ut mox probabitur. Et igitur, cum fidejuſſor ita pro alio obligetur, ut nihilominus ille alius obligatus maneat, ex eo intelligimus, obligationem fidejuſſoris eſſe acceſſionem quandam alterius obligationis. Unde eſt, quod noſtri ſic paſſim loquuntur, ut dicant, fidejuſſorem accedere. Quod autem Juſtinianus aut, *pro eo, qui promittit,* exempli cauſa dictum eſt: nam conſtat, fidejuſſores omni obligationi accedere poſſe. 1

Qui fidejuſſores appellantur.] A juſſione & fide, ut apparet ex formulis, quas paſſim leginus. Dicuntur & adpromiſſores, *l.* 4. §. 1. *de verb. obl. l. in omnibus* 43. *de ſalut, l. ſi vero* 64. §. 4. *ſolut. matr.* quia ſcilicet ad id, quod alius debet, accedentes idem promittunt. Expromiſſores autem qui dicuntur

dicuntur; fidejussores non sunt, quia idem cum alio non promittunt, nec obligationi alienæ accedunt: sed expromissione fit novatio. Nam ex promittere & expromissor in usu juris is dicitur, qui alienam obligationem in se suscipit liberato reo, aut eo nomine non obligato, cum tamen obligari deberet, *l. 7. servus pactionis* 8. *de dol. mal. l. qui libertinus* 37. *in fin. de oper. libert. l. 4. de cond. c. dat. l. 8. § si convenerit* 8. *ad fin. Vell. l. ult. de senat. Maced.* unde & à fidejussore passim distinguitur, *ut res* 53. *de contr. empt. & l.* 37. *in fin. de oper. lib.* & interdum simpliciter reus nominatur, quia solus obligatur quasi reus principalis, *d. leg. 7 §* 3 *servus. de dol. mal. d. l. 64 § 4 solut. matr.* Veteres, quos nostri fidejussores postea dixerunt, appellabant *sponsores.* Cicero ad *Attic. lib. 1 Tulliola, nostra deliciola, tuum munus flagitat, & me sponsorem appellat.* Et alibi; *De negotio tuo, quod sponsor es pro Pompeio, si Galba consponsor tuus redierit,* &c. Species sponsorum sunt, qui dicebantur *prædes* & item, qui *vades.* Prædes dicti, teste Ascon. Pædiano *Verr. 3. satisdatores locupletes pro re, de qua apud judicem lis est.* Et Festus, *Præs*, inquit, *est is, qui populo se obligat, interrogatusque à magistratu, an præstet, ille respondet, Præs.* In quem locum Iosephus Scaliger sic scribit; *Festus ait, pradem dictum esse, quod interrogatus à populo si præstaret, respondebat, Præs, supple, Sum. Præstare antiquitus significat præsentem esse, præsto.* Unde *superest* participium *Præsens. Quam notationem confirmat Ausonius, qui in ludicro dramate septem Sapientum de Thalete loquens, sic ait, Spondere qui nos, noxa quia præsto, vetat.* Idem Scaliger apud Varronem 5. *de ling.* sic legendum existimat; *Itaque præs qui à magistratu interrogatus in publicum an præstet; à quo, & cum respondet, dicitur præs.* Vades autem dicti sunt, auctore Varrone *d. loc. qui pro alio vadimonium promittunt*, id est, sponsores judicio aliquem sistendi. Et si fides Ausonio, vades appellati, qui dabantur in rebus criminalibus; prædes, qui in causis civilibus. Sic enim ille in *monosyllab. Idyll.* 12. *Quis subit in pœnam capitali judicio vas. Quid si lis fuerit nummaria, quis dabitur?* Præs. Sed tamen quicunque pro altero vadimonium promittebat, etiam in re pecuniaria, vadem appellatum constat. *vid. Hering. de fide juss. cap 3. n. 43 & vaviæ clarif. Salmas. lib. de mod. usur. c. 16.*

Ut diligentius sibi cautum sit] Fidejussores & pignora sponsionum fideique sunt vincula & firmamenta, *leg. 9. in fin. de sup. leg. Senec. de benef. 7. 14.*

TEXTUS.

1. *In omnibus autem obligationibus adsumi possunt, id est, sive re, sive verbis, sive literis, sive consensu contractæ fuerint. Ac nec illud quidem interest, utrum civilis, an naturalis sit obligatio, cui adjicitur fidejussor: adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit, qui fidejussorem à servo accipiat, sive ipse dominus in id, quod sibi naturaliter debetur.*

NOTÆ.

1. IN OMNIBUS OBLIGATIONIBUS] *l. 1. l. 2. l. 8. §. 1. l. 16. §. 3 h. t.* etiamsi obligatio ex delicto oriatur, *d. l. 8. §. 5. l. 56. §. ult. l. 70. §. ult. cod.* utique si agatur civiliter: nam si criminaliter agatur ad coërcitionem corporalem, fidejussio inutilis est, arg. *l. 13. ad leg. Aq. l. 22. C. de pœn.* Textus autem in *l. 1.* cum *seqq. de cust. reor.* accipiendi de fidejussoribus, qui caveant de reo sistendo, non qui pœnam suscipiant delicti.

AN NATURALIS] *l. 6. in fin. l. 16. §. 3. h. t.* ut arctius hoc casu astringatur fidejussor, quam reus add. Theoph.

SIVE IPSE DOMINUS] *l. 70 § 3. eod.* At ex contrario pro eo, quod dominus servo debet, fidejussor acceptus non tenetur, *l. 56 §. 1. eod.* ubi ratio.

COMMENTARIUS.

1 *Fidejussorem pro omni obligatione ex contractu recte intervenire, excepta causa dotis.*

2 *Item pro obligatione ex delicto, quando civiliter agitur.*

3 *Quatenus in criminalibus recipiatur fidejussor.*

4 *Pro qua obligatione naturali interveniens obligetur.*

5 *Quid si obligatio sit mere civilis.*

OBjectum fidejussionis seu materia, circa quam cum fidejussoris obligatio sit accessio alterius obligationis, necesse est statui aliquam obligationem, cui fidejussoria accedat; alioqui & hæc non tenebit, *l. 6. in fin. l. fideiussor. 16. l. si sub 29. l. si quis 37. & pass. hoc tit. l. 6. de verb. obl.* unde quoque est, quod is, qui solutionis gratia adjectus est, fidejussorem accipere non potest, scilicet quia reum principalem obligatum non habet, *l. si mihi 23. eod.* Cæterum dum aliqua fit obligatio, non

in totum improbata jure civili aut prætorio, cujuscumque ea generis sit, tenet fidejussio, *l.1 l.2. l.6. §.ult. l.7. l.8. §.1. & seqq. l.16. §.3. eod.* Clarius hoc apparebit ex enumeratione singularum.

1 Primum earum obligationum, quæ ex contractu aut quasi ex contractu nascuntur, fidejussorem recte accipi, nemini dubium esse potest. Quippe cum ex his pecunia debeatur, aut res pecunia æstimabilis. Una tantum species hic excipitur, obligatio, qua tenetur maritus ad dotem soluto matrimonio uxori restituendam; pro qua obligatione fidejussorem exigi aut accipi constitutiones verant, ne causa perfidiæ in conjugio generetur, *leg.1. & 2. C. ne fidei.dot. dent. l.1. Cod. Theod. de fidei. dot.* quamvis recentiorum nonnulli fidejussorem à marito eo nomine ultro datum obligari contendant. *vid. Eschin. 8. contr. 76. Gail. 2. obs. 84. Ant. Fab. C. suo. d. tit. defin. 1. Ant. Merend. 6. cont. 13. Christin. vol. 3. decis. 141.* Sed

2 etsi ex delicto oriatur actio, nihilominus fidejussor interveniens obligatur, *l.8. §. sed & 5. l. si quis 56. §. ult. l. si à reo 70. §. ult. hoc tit.* utique si ex hac civiliter agatur, & ad pœnam pecuniariam: nam si agatur criminaliter & ad coërcitionem corporalem, inutilis est fidejussio; quoniam ejus pœnæ nemo succedaneus est, cujus nulla potest fieri reparatio, & ubi quod quis solvit aut sustinuit, nulla actione repeti, aut in priorem statum reponi potest. Nimirum equum omnino est, fidejussori ejus, quod pro reo solvit, recuperandi causa actionem mandati dari, ne cui officium suum sit damnosum: at pœnæ corporalis nulla est restitutio: & quid proderit fidejussori, reum eandem pœnam postea subire; Postremo nemo contrahendo se ad pœnam corporalem obligare potest: quoniam membrorum suorum nemo dominus videtur, *l.13. ad leg. Aquil.* neque justitiæ ratio patitur, eum, qui non deliquit, pœnam hujusmodi sustinere, *l. sancimus 22. C. de pœn.* Alia vero quæstio est, utrum reus criminis non usque adeo atro-

3 cis, qui nondum convictus est, neque satis evidentibus indiciis urgetur, persona alias honesta, in carcerem protinus conjiciendus sit, ut ex vinculis causam dicat, an fidejussores hic recipi possint, non qui pœnam delicti suscipiant, sed qui caveant de reo sistendo, ut is molestiam carceris interim effugiat. Placet autem, hoc casu rem fidejussoribus committi posse, qui si reum non steterint, certa pecunia mulctentur; quanta scilicet vel cautione vel decreto magistratus comprehensa est, aut ex consuetudine inferri solet: alioqui magistratus arbitrabitur. Quod si dolo fidejussorum fiat, ne reus exhibeatur, graviori animadversione extra ordinem coërceri possunt. In quam sententiam sunt textus in *l.1 l.2. l.3. & 4. de custod. & exhibend. l.6. §.3. l.12. Cod. de appell.*

Porro non tantum obligationi civili, sed etiam naturali fidejussor adhiberi potest, hoc *text. l.6. in fin. l.7. l.16. §.3. hoc tit.* licet hoc casu arctius & fortius adstringatur fidejussor, quam reus principalis. Cæterum hoc ita, si naturalis obligatio etiam vim aliquam jure civili habet: nam si ex earum genere sit, quæ juris civilis auxilio penitus destituuntur, nec fidejussor in eam accipi potest, veluti si pro eo, quod prodigus promisit, fidejussor intervenerit, *l. 6. de verb. obl.* Neque obstat, quod Marcellus scribit, eum, qui pro prodigo fidejussit, obligari, *l.25. hoc tit.* Obligatur enim suo nomine duntaxat, non alieno, non ut fidejussor, qui accedat obligationi principali, quæ hic nulla est, sed ut principalis reus, & ratione suæ solius promissionis: quippe qui idem promittens, quod furiosus aut prodigus in quorum persona sciebat obligationem non consistere, donare voluisse videtur. Itaque Marcellus verbo fidejubendi in proposito utens respexit tantum ad nudum fidejubendi actum, & promissionem, quæ de facto præcessit, licet circa ullum juris effectum, *d.l.6. de verb. obl.* Ita ferme & *Accurs. Bart. & DD. vulgo*: quanquam alij aliter: *Don. add. l.16. in fin. Revard. 2. var. 9. Robert. 2. recept. sect. ult. Cont. 2. sect. 3. Lyclam. 6. memb. 8.* Quid si obligatio sit mere civilis? Existimo, hoc genus obligationis, ut improbatum 5 jure prætorio, & sine re, atque effectu inutile, *l. nihil interest. 142. de reg. jur.* huc non pertinere: Etsi enim summo jure ex nuda civili obligatione agi potest: tamen cum & actio instituta opposita perpetua exceptione elidatur, & tale debitum neque solutum per errorem retineri, neque constitui, neque compensari possit, *l. qui exceptionem 40. de cond. ind. l.4. §. de pecun. const. l.14. de compens.* frustra pro eo fidejussor intervenire videtur, *fac. l. si quis 37. hoc tit.* aut certe fidejussio summo jure teneat, is qui fidem suam interposuit, conventus eadem exceptione, quæ reo principali competit, creditorem reppellere poterit. Per *l.7. §.1. de except. Bart. in l.1. n.3. hoc tit. post Gloss. hic.*

Sive litteris.] Non adversatur, quod modo diximus, pro obligatione mere civili fidejussorem similiter intervenire. Etenim litterarum obligatio pro mere civili habenda non est, sed pro mixta seu civili & naturali simul. Quippe mixta obligatio duorum generum est; una vere talis, altera præsumptive: qualis est obligatio judicati, item jurisjurandi ab actore judice deferente præstiti: atque hujus generis etiam ea est, quæ litterarum dicitur. Nam si quis chirografo suo confessus est, se pecuniam mutuam recepisse, ea confessio, post silentium biennij, auctoritate juris pro veritate habetur, perindeque is, qui confessus est, ex eo tempore tenetur, ac si revera ei pecunia numerata sit. De quo uberius *tit. seq.*

Verum

Vtrum civilis] Non civilis nuda, sed mixta, quæ actionem efficacem producit; quæ in usu juris civilis & absolute quoque obligatio vocatur. Idem autem hoc traditur apud Iulianum *l.16. §.3. hoc tit.*

Pro servo quoque obligetur] Servi ex contractibus naturaliter tantum obligantur, *leg. 14. de obli. & act.* At ita obligantur non modo extraneis, sed etiam domino, ac hoc loco docet Iustinianus; potestque dominus in id, quod sibi naturaliter debetur, fidejussorem à servo accipere, *l. si à reo 70. §.3. eod.* quamvis ex contrario pro eo, quod dominus servo naturaliter debet, fidejussor acceptus non teneatur, *l. si quis 56. §.1. eod.* speciali scilicet ratione, quam iudicavi, *tit. præced. §. Item inutilis 6.*

TEXTUS.

2. *Fidejussor non tantum ipse obligatur, sed etiam hæredem relinquit obligatum.*

NOTÆ.

2. HÆREDEM RELINQUIT OBLIGATUM.] *l.4. §.1. eod. l.24. C. eod.* juxta regulam in *leg. 49. de obl. & act. § 1. inf. de perp. & temp. act. l. 82. de reg. jur.*

COMMENTARIVS.

SAtis notum est, obligationes & actiones, quæ ex contractibus veniunt, in hæredes quoque dari, §,1 *inf. de perp. & tem. act. l. 11. l. ex contractibus 49. de obl. & act.* idque etiamsi nulla in contrahendo hæredum facta sit mentio, *l.13. C. de cont. stip.* Talis autem est obligatio, qua tenetur fidejussor; ac proinde non ipse tantum obligatur, sed etiam hæredem obligatum relinquit, *l.4. §. 1. hoc tit. l. fidejussoris 24. Cod. eod.* Quod si principalis obligatio ex delicto descendat, tenebitur quidem hic etiam hæres fidejussoris, sed tam diu, quam vivit & tenetur is, qui deliquit: ex vero mortuo, ut fidejussor ipse, ita etiam hæres ejus liberatur, nisi forte ante rei mortem lis contestata fuerit, *d. § 1. i. f. de perp. & rem act. l. omnes 26. l. sciendum 58. de obl. & act. l. pœnalia 154. de reg. jur. l.10. §.2. & ibi Costal. si quis aut. jud. sist.* Nam quoties principalis obligatio in hæredes debitoris transit, toties etiam fidejussoria, transit, in hæredes fidejussoris: at principali sublata evanescet & fidejussoria.

TEXTUS.

3. *Fidejussor & præcedere obligationem & sequi potest.*

COMMENTARIVS.

ESt præcedere] Etiam futuræ obligationis fidejussor accipi potest, *l.6. §.ult. hoc tit.* ita tamen, ut præcedens fidejussoris obligatio tum demum vires capiat cum & principalis obligatio, cujus illa accessio est, constituta est. Interim vero in pendenti esse obligationem fidejussoris, sciendum est, *l. non quamadmodum 35. de judic.* Neque fidejussorem ante conveniri posse, quam reus debeat, *l. fidejussor 47. hoc tit.*

Et sequi potest.] In quo differt fidejussor à mandatore. Nam qui post creditam pecuniam mandat eam credendam, non obligatur, nisi simul suo periculo debitori inducias perat solutionis, *l.12. § si post. 14. mandat.* Item a pecunia constituta reo, qui non sequitur, *l. 1. §. de pec. constit.*

TEXTUS.

4. *Si plures sint fidejussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur. Itaque liberum est creditori, à quo velit, solidum petere. Sed ex epistola divi Hadriani compellitur creditor à singulis, qui modo solvendo sunt litis contestatæ tempore, partes petere. Ideoque si quis ex fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, hoc cæteros onerat. Sed si ab uno fidejussore creditor totum consequutum fuerit, hujus solitus detrimentum erit, si is pro quo fidejussit, solvendo non sit: & sibi imputare debet, cum potuerit juvari ex epistola divi Hadriani, & desiderare, ut pro parte in se detur actio.*

NOTÆ.

4. IN SOLIDUM TENENTUR] Etiamsi id nominatim non convenerit, *l.3. C. h.t.*

EX EPISTOLA D. HADRIANI] *l. 26. eod.* Beneficium hoc vulgo divisionis appellatur. Et cæteris quoque accessionibus datum est, *l. ult. C. de pec. const.*

LITIS CONTESTATÆ TEMPORE] *l,51. §.1. & pen. h.t.*

Huius

HUIUS SOLIUS DETRIMENTUM] Poterit quidem quod solvit repetere à debitore actione mandati: sed à creditore partem repetere non potest, nec adversus considejussores ullam actionem habet, extra quam si tunc cum solvit actiones, sibi cedi à creditore curaverit, aut ea lege solverit, ut postea cederentur. *l.17.l.36.l.39.eod.l.2.l.11.l.14. C. eod.*

IUVARI EX EPISTOLA.] Quippe qua epistola non ipso jure inter fidejussores dividitur obligatio, sed ope exceptionis 26. *eod.* Novissime & aliud beneficium fidejussoribus tributum. *Nov. 4. c. 1.* unde *auth. præsente, C. eod.* quod ordinis & excussionis vocant beneficium cunctis notum. Hæc autem beneficia renuntiando ammittuntur, *l.pen. C. de pact.*

COMMENTARIVS.

1 *Circa obligationem plurium fidejussorum nihil mutatum Nov. 99.*
2 *Beneficium divisionis quale sit, & quibus competat. Et num. 6.*
3 *Beneficium ordinis quale, & quid quibus tribuat: & alia remissive.*
4 *Beneficium ordinis non pertinere ad fidejussores judiciales, &c.*
5 *Obligationem plurium fidejussorum non dividi ipso jure, sed ope exceptionis: & quid inter hæc interest.*
7 *Conditiones, sub quibus beneficium divisionis conceditur.*
8 *Quando opponi debeat exceptio divisionis, quando ordinis.*
9 *Quando locus exceptioni cedendarum actionum.*
10 *Renuntiatione superiora beneficia amitti.*

1 PLures fidejussores ejusdem rei aut pecuniæ, quæ debetur, singuli in solidum tenentur, sive id nominatim convenerit, sive non convenerit, *l.3.C hoc tit.* Neque hoc jus mutatum est. *Nov. de reis promittendi 99.* unde *auth. hoc ita, C. de duob. reis.* Recte enim vulgo recepta hæc sententia est, eam constitutionem, quæ de duobus reis est, ad fidejussores non pertinere. Nam cum plures rei promittendi ejusdem pecuniæ accipiuntur, dubitari potest, qua mente id fiat, utrum sicut solidum verbis, ita re quoque promisisse videantur; an obligationem pro numero personarum dividi existimaverint: cujus dubitationis causam sustulit Iustinianus, cavens ne plures promittendi ejusdem pecuniæ aliter in solidum singuli obligentur, quam si nominatim id actum sit. At plurium fidejussorum obligatio nullam talem dubitationem habet. Quippe cum horum singuli promittant id, quod reus habet, & quantum debet. Debet autem solidum. Tenentur ergo plures fidejussores singuli in solidum, & in solidum singuli conveniri possunt. Cæterum hoc beneficium epistola 2
Hadriani Imperatoris illis tributum est, ut si quo tempore lis cum aliquo eorum contestatur, omnes solvendo sint, actio inter eos pro portionibus virilibus dividatur. *l. si plures 26. hoc tit. l.3. C. eod.* Estque hoc beneficium, quod vulgo *divisionis* appellatur; competitque non fidejussoribus tantum, sed cæteris quoque accessionibus, puta pluribus, quorum aut mandatu eadem pecunia credita est, aut qui pro alio idem se soluturos constituerunt, *l. ult. C. de pec. empt.* Vim beneficij mox latius explicabimus. Novissime & aliud beneficium fidejussoribus tributum constitutione Iustiniani *Nov. 4. cap. 1.* unde *auth præsente, C. hoc tit.* 3
quod tale est, ut sive unus sive plures sint fidejussores, reus principalis prius conveniri atque excuti debeat, quam ad fidejussores perveniatur, nec ante cum his efficaciter agi possit, quam si suum creditor à debitore consequi nequeat. Id autem accidit duobus casibus, si vel absit reus, vel non sit solvendo. Cæterum placet nihilominus priore casu fidejussori postulanti spatium temporis à judice dari, intra quod reum absentem evocet: eo vero spatio elapso, si non venerit reus, lis contra fidejussorem peragitur. Posteriore casu si reus præsens sit, aut evocatus venerit, tum si is solvendo non erit, quatenus solvendo non est fidejussor rectè convenitur. Verum cum de eo prius constare debeat, reus ipse primum conveniendus & condemnandus est; deinde facultates ejus excutiendæ, bonaque, quæ extant, vendenda sunt. Hæc Iustinian. *d. Nov. 4. cap. 1.* Quod si debitor notorie non sit solvendo, excussio non est necessaria, secundum *Mynsing. cent. 2. obs. 15. Gail. 2. obs. 27. n. 14. Menoch. consil. 662. n. 20. Vasq. illust. quæst. p. 1. t 40. num. 2.* Vbi communem dicit. Beneficium autem hoc humanitatis causa, ut superius, fidejussoribus, item reliquis accessionibus datum, contra conditionem obligationis jurisque veteris constitutionem, quo jure liberum fuisse creditori constat, omisso principali reo fidejussorem convenire, *l.3. l.5. Cod. hoc tit.* Appellatur hoc beneficium alias *ordinis*, alias *excussionis*. Ordinis, propter ordinem conveniendi; excussionis, quia bona rei excutiuntur, ut sciatur, an solvendo sit, nec ne. An huic beneficio locus sit in foro mercatorio, vid. *Pachin. 8. cent. 53. Ant. Fab. C. suo, hoc tit. defin. 3.* Suprema apud nos Curia aliquando censuit, non esse, *decis. 13.* An ei competat, qui fidejubendo simul se debitorem principalem constituit, *Gail. d. lib. 2. obs. 28. Schneid. ad hunc §. num. 11. Christ. vol. 5. decis. 214 num. 46.* Illud constat, fidejussores judicio sisti, & judicatum solvi exceptionem 4
ordinis

ordinis non habere quippe hujusmodi stipulationes ex auctoritate prætoris interponuntur, ut judicium ratum sit, *l. 1. de stip. prat.* contra cujus mentem foret, differri executionem judicati, *arg. l. in conventionalibus 32. de verb. obl. Ant. Fab. C. suo, de fin. 5. hoc tit. Christin vol. 4. decis. 145. n. 7. & vol. 4. decis. 179. n. 15.* Sed nec ille, qui pro naturaliter tantum obligato intervenit hoc beneficio uti poterit. *Gail. d. obs. 27. num. 20.* Consule porro de beneficio ordinis *DD. in auth. præsente, C. hoc tit. Gomez. 2. resol. 13. n. 14. Gail. 2. obs. 27. & seqq. Hering. de fidejuss. c. 27 part. 1. Christin. vol. 5. decis. 2. n. 14.*

Compellitur creditor à singulis] Etiamsi in fidejussoribus accipiendis convenerit, ut singuli in solidum tenerentur. Quippe hæc conventio conditionem juris & constitutionem non mutat, postquam jure hoc fiat, ut inter fidejussores actio dividatur, *l. 3. in fin. C. hoc tit.* secundum quod Parisiis judicarum refert Papon. *lib. 10. tit. 4. arrest. 23.* Cæterum in hac divisione hoc primum notandum est, dividi obligationem inter plures fidejussores non ipso jure, sed per exceptionem duntaxat, *l. inter 26. eod.* Inter quæ multum interest. Nam si ipso jure obligatio divisa esset, id est, si singuli partes tantum viriles ipso jure deberent, in solidum nemo eorum conveniri posset, quantumvis forte aliqui non essent idonei. Quin etsi quis solidum solvisset, partem condicere, tanquam plus debito solutum, non prohiberetur: quod utrumque secus se habere, ostendit hic locus & *d. l. inter, l. si testamento 39 §. 1. in fin. eod.* Deinde non aliter plurib. fidejussoribus auxilium divisionis indulgeri, quam si confidejussores sint, id est, si ut ejusdem summæ, ita ejusdem quoque debitoris sint fidejussores: inter plures diversorum debitorum, licet ejusdem summæ, fidejussores actionem non dividi. *l. si à Titio 43. l. si plures 27. §. ult. eod.* Postremo hoc beneficium pluribus fidejussoribus eorum creditorum tantum dari, qui ipsi conventione sua plures fidejussores acceperunt; pluribus fidejussoribus tutorum aut curatorum non competere, *l. ult. ubi & ratio. rem pup. salu for.*

7 *Solvendo sunt litis contestata tempore*] Duæ sunt conditiones, sub quibus beneficium divisionis fidejussoribus datur. Una est, si fidejussores non negent, se fidejussores esse. Inficiantibus auxilium divisionis dari non placuit, *l. 10. §. 1. hoc tit.* Altera, cujus hic fit mentio, est si omnes fidejussores idonei, hoc est, solvendo sint, quo tempore lis contestatur, *hoc text. l. inter 51. §. 1. eod.* Quod placet, in hac re spectari tempus litis contestatæ, id eo pertinet, primum ut sciamus, si quis è fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, licet antea solvendo fuerit, id cæteris, qui solvendo sunt, non prodesse, sed, ut in textu dicitur, cæteros onerare. Deinde si omnes proponantur tempore litis contestatæ solvendo fuisse, & postea aliqui minus idonei esse cæperint, quamvis ante sententiam, eam rem ad onus ejus, qui solvendo est, non pertinere, *d. l. inter 51. §. pen.* Illud hic quæsitum est, quando exceptio divisionis opponenda sit, postulandumque, ut actio dividatur. Sed expresse rescriptum ab Alexandro est: id postulari solere ante condemnationem, *l. 10. §. 1. C. hoc tit.* Quo loco manifeste & illi refelluntur, qui negant, hanc exceptionem posse objici post litem contestatam, & qui aiunt, opponi posse etiam post sententiam *vid. Solic. in d. l. 10. §. 1. n. 5. Sichard. n. 10. & seqq. Don. n. 2. & seqq.* Ordinis vero & excussionis exceptio cum sit dilatoria, ante litem contestatam opponenda est, *vid. Ant. Fabr. C. suo hoc tit. defin. 38. Fachin. 8. contr. 52. Christin. vol. 5. decis. 214. & ibi citat.* Dissentit tamen *Gail. 2. obs. 27. num. 3.* contendens, opponi eam posse usque ad conclusionem in causa: quanquam fateatur, omissam ex officio à judice suppleri non posse, *add. D. Io. à Sande lib. 1. rer. jud. tit. 7. defin. 2.*

Si ab uno fidejussore creditor totum &c.] Si unus ex pluribus fidejussoribus omissa exceptione beneficij divisionis solidum solverit is quidem à debitore, quod solvit, actione mandati repetere potest, §. *si quis 6. inf. eod.* Cæterum si debitor solvendo non sit, sibi imputet, quod beneficio usus non sit: neque enim vel à creditore partem repetere potest, quia solidum ipso jure debuit, & humanitatem beneficij contempsit: neque ullam actionem habet adversus confidejussores: denique nec pignora persequi potest quæ creditori obligata erant, *l. ut fidejussor. 39. hoc tit. l. 11. Cod eod.* Plane potest fidejussor conventus desiderare, 9 ut à creditore sibi cedantur actiones adversus confidejussores & possessores pignorum; sed tunc, cum solvit, aut si ea lege solverit, ut sibi postea cedantur. Semel autem pecunia soluta, si in solvendo de cedendis actionibus nihil cautum sit, agere ut cedantur, non potest, *l. fidejussoribus 17. l. cum is 36. l. ut fideiussor. 39. hoc tit. l. 2. l. 11. mandati 14. C. eod. l. Modestinus 76. de solut.* Quanquam sunt, qui & post solutionem cessionem recte fieri volunt: & ita fere nunc obtinere. *Sande de act. cess. c. 27. n. 11. & seq. Groenov. d. l. abrog. add. l. 11. C. hoc tit.* Dissimilis est causa mandatoris, quem etiam postquam soluit, placet agere posse adversus creditorem, ut sibi actiones suas cedat adversus debitorem & cæteros ejusdem obligationis reos, *l. Papin. 28. mand.* quippe mandator mandati actionem habet adversus creditorem, fidejussor non habet. Quod autem tutori, qui solvit adversus contutores pro eorum parte utilis actio datur id singulariter in tutoribus constitutum est

favore pupillorum, *l.* 1. §. *& si forte* 13. *de tut. & seqq. de aur. arg. leg. l.* 34. *de cont. empt.* §. 26. *sup. de rat. distr.* ac proinde non est producendum ad consequentiam. Enimvero exceptio cedendarum actionum etiam postquam unus ex fidejussoribus in solidum condemnatus est, ab eo opponi potest, *l. si fidejussoris* 41 §. 1. *hoc tit.* quod ideo receptum, quia hæc exceptio non oppugnat sententiam, neque minuit jus victoris. *Sichard. ad l.* 10. *C. hoc tit. n. ult.* De exceptione hujus beneficij vide citatos apud *Christin. vol.* 4. *decis.* 179. *n.* 10. *& seqq. vol.* 5. *decis.* 214. *n.* 51. *& seq.* Illud postremo sciendum est, hæc fidejussorum beneficia, ut alia omnia, jure ita tributa esse, nisi his fidejussores expresse renunciaverint: renunciando, ut fere hodie fit, amitti. Licet enim unicuique juri pro se introducto renuntiare, *l. pen. C. de pact.* Hinc cautio consultorum creditorum usitata notariis in instrumentis fidejussionis, ut qui fidejussores accipiuntur, renuntient beneficiis ordinis, excussionis & divisionis, quo liberum sit creditori, quem velit, & quatenus velit, convenire.

TEXTUS.

5. Fidejussores ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debet is, pro quo obligantur. Nam eorum obligatio, accessio est principalis obligationis: nec plus in accessione potest esse, quam in principali re. At ex diverso, ut minus debeant, obligari possunt. Itaque si reus decem aureos promiserit, fidejussor in quinque recte obligatur: contra vero obligari non potest. Item si ille pure promiserit, fidejussor sub conditione promittere potest: contra vero non potest. Non solum autem in quantitate, sed etiam in tempore minus aut plus intelligitur. Plus enim est statim aliquid dare: minus est, post tempus dare.

NOTÆ.

5. NON POSSUNT, UT PLUS DEBEANT] Vel re, vel tempore, vel loco aut causa, *leg.* 8. §. 7. *hoc tit.* placetque in duriorem causam adhibitos omnino non obligari, *dict. leg.* 8. §. 7. *l.* 70. *eod.* quasi acceptos contra formam juris, *l.* 49. *in fin. eod.*

NEC PLUS IN ACCESSIONE] Hoc axioma verum est universaliter in obligatione accessoria: alias nihil impedit, quo minus plus pretij sit in accessione, quam in principali re, *l.* 19. §. 13. *& seqq. de aur. arg. leg. l.* 34. *de cont. empt.* §. 26. *sup. de rer. div.*

UT MINUS DEBEANT, OBLIGARI POSSUNT] Vel in minorem summam, quam quæ debetur à reo principali, vel alias in causam leviorem, *dict. l.* 8. §. 7. *& seqq. l.* 34. *hoc tit. cum simil.*

COMMENTARIUS.

1 *Fidejussorem arctius, quam reum principalem, obligari posse; durius non posse.*

2 *Acceptum in majorem quantitatem, quam quæ debetur, me in debitam quidem obligari.*

3 *Transpositione Haloandri in l.* 8. §. *illud, hoc tit. everti sententiam Ulpiani, falsamque effici ejus definitionem.*

4 *Explicatur rogatus* 33. *mandat.*

5 *Constituti & fidejussionis quam dissimilis sit ratio.*

6 *Removetur obstaculum ex l.* 1. §. *stipulanti, de verb. obl.*

7 *Media Bachovij sententia non improbabilis: & quid hodie ad quæstionem propositam respondendum.*

CVm fidejussores accipiantur firmandæ principalis obligationis causa, nihil prohibet, quominus efficacius obligentur, fortiorique vinculo constringantur, quam reus principalis, veluti per instrumentum garantigiatum seu paratæ executionis, per hypothecam, per jusjurandum, per pœnæ adjectionem, cum reus obligatus est simpliciter *Io. Fab. hic. Gomez* 2. *resol.* 13. *num.* 2. adeoque pro eo, qui naturaliter tantum obligatus est, fidejussorem recte intervenire placet, quamvis hoc casu cum solo fidejussore judicio agi possit, cum reo non possit, §. 1. *sup. eod.* In causam vero duriorem accipi non potest, id est, ita accipi, ut fidejussor vel re, vel tempore aut causa plus debeat, quam reus principalis, *hoc text. l.* 8. §. *illud* 7. *eod.* quod DD. non ineleganter sic breviter exprimunt: *Fidejussor intensive obligari potest, extensive non potest.* Cæterum de illo non satis inter interpretes convenit, utrum fidejussor in majorem summam acceptus, quam debet reus principalis, prorsus non obligetur, an saltem obligetur in summam concurrentem. Glossa & Bart. in *d. l.* 8. §. *illud*, omnesque fere interpretes veteres sentiunt, fidejussorem ita acceptum plane non obligari: quorum sententiam sequuntur & defendunt *Connan. 6. comm. 6. Hotom. Bachou. in hunc* §. *Fachin. 8. controv.* 51. *Gædd. c.* 4. *de contr. stip. concl.* 4. *num.* 65. *& seqq. Tima Fab. disp.* 23. At major pars neotericorum & ex veteribus Petrus & Cynus, contra differunt, atque in proposito fidejussorem

obligari

obligari volunt saltem usque ad debitam quantitatem *Cantiunc. Baro, Mynsing. Vvesemb. Gisan. hic. Gomez. 2 resol. 13. n. 2. Duar. ad tit. de fidejuss. c. 3. Vasq. 1. illust. q. 40. Brunch. 4. cent. 53. Hering. de fidejuss. c. 24 n. 52. & seqq.* quibus etiam accedit *Diod. Tulden. comm. hic c. 2.* Prior sententia de jure mihi verior videtur. Sic enim in universum de his, qui pro aliis fidejubendo interveniunt, definit Ulpianus *d. l. 8. §. illud hoc tit.* eos, si in duriorem causam adhibiti fuerint, *omnino non obligari*, ut habent Codices vulgati omnes, & ipsum exemplar Florentinum, Latinis autem *omnino non* idem valet, quod *neutiquam, planè, prorsus penitus non*: nisi cavillamur. Neque alio sensu à nostris usurpatur, ipsove Ulpiano, *l. si non sortem 26. §. indebitum 3. de cond. ind. l. 3. §. 2. in fin. de adm. tut. l. 4 §. sed* 3 *enim 3. rempup salu. for.* Quod si cum Haloandro pro *omnino non* restituas, *non omnino*; aut *omnino non*, dictum putes, pro *non omnino*; quasi dixisset Iurisconsultus, fidejussorem in duriorem causam accepram teneri in eo tantum & quatenus reus ipse obligatus est; evertitur sententia illius loci, quæ generalis est, falsaque efficitur Iurisconsulti definitio in fidejussoribus omnibus in duriorem causam acceptis extra casum propositum. Nam certum utique est, fidejussores plane non obligari, qui in duriorem causam accipiuntur, extra quam si in majorem summam accepti fuerint, puta si pure spoponderint, quod reus sub conditione aut in diem debebat, vel si pure reus interrogatus fidejussor cum adjectione loci acceptus sit, sive quid aliud adjectum quo conditio fidejussoris deterior fiat. Neque enim alia ratio est, cur Iurisconsulti passim tam solicite quærant, an & quando fidejussor in duriorem causam adhibitus videatur, quam quod eo casu, quo ita acceptus est prorsus non obligetur; uti & simpliciter ubique respondent, eum non obligari, *d. l. 8. §. illud, cum seqq. l. 16 §. 1. l. hi qui 34. l. si testamento 49. §. 2. l. si à reo 70. §. 1. & 2. hoc tit.* Accedit, quod Iustinianus hoc loco omnes istas species cum ea, de qua quæritur, comparat, & eodem jure censere videtur: maxime vero quod responsum est, fidejussorem in duriorem causam acceptum contra juris formam acceptum intelligi, *d. l. si testamento, in fin.* ut proinde nulla in parte fidejussio, quacunque ratione deterior illa sit obligatione principali, valere possit. Nihil admodum pro contraria 4 sententia facit *l. rogatus 33. mand.* Nam ut recte *Gloss. & Bart. in d. l. 8 §. illud.* Respondent, non quæritur illo loco, an & quatenus creditori obligetur fidejussor acceptus in majorem summam, quam reus principalis debebat; sed an & quatenus actionem mandati habeat, qui in majorem summam, quam rogatus erat, fidejussit, propterea quod videri potest fines mandati excessisse, de quo in *§. is qui, inf. de mandat.* neque ullum in *d. l. rogatus.* Verbum proponitur, ex quo colligere possis, in ampliorem summam, quam quæ debebatur, mandatarium interveniisse. Sed & responderi potest, dissimilem esse causam fidejussoris, qui præcedit obligationem, de quo in *d. l. rogatus.* agitur, & ejus, qui post constitutam obligationem intervenit. Nam antecedens fidejussio in suspenso est, eamque interpretatur & pro arbitrio limitat subsequens obligatio, sic ut ad illam quidem nihil possit addere, detrahere aurem de ea aliquid aut deminuere valeat. Est enim præcedens fidejussio mandato non absimilis, in quo hoc evenit, ut, si verbi causa mandaverim tibi, ut ducenta crederes Titio, & tu centum tantum credideris, saltem in id, quod numeratum est, actionem mandati adversus me habeas, eo quod nihil à te factum est contra legem mandati, cum feceris conditionem meam meliorem, *l. si ultra 22. C. mand. & ibi* 5 *Salic. de fidejuss.* Non obstat *lex. hactenus 11 §. 1. de pec. const.* Nam in constituto nuda tantum æquitas spectatur, multaque in eo admissa sunt, quæ fidejussoris obligatio respuit; veluti quod necesse non est, eum, cui constituitur, creditorem esse, *l. 5. §. 2. d. tit.* quod aliud, quam quod debetur, constitui potest; & quod debetur, constitui in citeriorem diem, *l. 1. §. an potest 5. l. 4. eod* quorum nihil admittit fidejussio, *d. l. 8. §. illud & seq. l. 16. pr. l. si ita 42. hoc tit.* Unde apparet, à constituto ad fidejussionem firmum argumentum duci non posse. Illud majori momenti est, quod in majori sum- 6 ma vi ipsa & potestate inesse & minor intelligitur, *l. 1. §. si stipulanti 4. l. inter 83 §. 3. de verb. obl.* & quod ob hanc causam placet, si quis de decem interrogatus viginti respondeat, obligationem saltem in decem contractam esse; quia scilicet hactenus congruenter interrogationi responsum sit, *d. l. 1. §. 4.* Iam vero si majore summa promissa, pro ea quantitate quæ, in interrogationem deducta est utilis est stipulatio principalis, quasi hactenus apte responsum sit, nulla ratio dari posse videtur, cur ob eandem causam in totum vitiari debeat accessoria fidejussoris. Resp. Non ideo dicimus in totum vitiari obligationem fidejussoris majorem summam stipulanti creditori promittentis, quam reus debet, quia in totum ad interrogationem creditoris non apte respondet: sed quia durius eum creditor obligari voluit, contra naturam obligationis fidejussoriæ, quæ pro forma quodammodo requirit, ut ne durius obligetur fidejussor, quàm principalis reus, *l. si testamento 49. in fin. hic tit.* D. Bachov. existimat interesse, utrum creditor majorem summam à fidejussore stipula- 7 tus sit, quam reus debebat, an eandem, & fidejussor majorem promiserit; veluti si cum decem reus revera deberet, creditor quoque nō amplius,

quam decem, stipulatus sit à fidejussore, & is viginti fide sua esse jusserit. illo casu in totum vitiari fide jussionem, quoniam aliter & durius fidejussorem adstringere creditor voluit; hoc casu consistere pro quantitate debita. Quæ sententia rationem habet: quoniam cum creditor nihil amplius à fidejussore stipulatur, quam quantum reus debet, non potest proprie dici, fidejussorem adhibitum esse in duriorem causam. Planè nunc in consulendo & judicando sequerer sententiam posteriorem; non ob id solum, quod eam æquitas commendat; sed quia pactorum & stipulationum jura confusa sunt, hodieque tam nudo pacto, quam stipulatione fidejussor constitui potest, ut nulla plane nunc sit stipulationis & constituti differentia. *Gomez. 2. var. resol. cap. 13. n. 2. Autumn. confer. du droict, hic.*

Accessio est principalis obligationis] Hinc fit ut & ab initio nulla sit fidejussio, si nulla subsit obligatio principalis, & ut sublata obligatione principali tollatur & accessoria fidejussoris, ex communi scilicet natura omnium accessionum, *l. in omnibus* 143. *de solut.*, *l. novatione* 18. *de novat. l. cum principalis* 178. *de reg. jur.* Deinde etiam hoc, quod hic docemur, ut etiamsi subsit aliqua obligatio principalis, fidejussor tamen accipi non possit in plus, quam principali obligatione continetur: siquidem quod amplius foret in obligatione fidejussoris, id esset accessio sine principali.

Ne plus in accessione.] Si hoc axioma restringamus ad subjectam materiam, id est; ad obligationem accessoriam, verum est in universum in iis, qui pro aliis obligantur. Ac extra hanc causam nihil impedit, quominus plus pretij sit in accessione, quam in principali re, §. *si tamen* 26. *sup. de rer. div. l. cum aurum* 19. §. *proveniamus* 13. & *seqq. de aur. arg. leg. l. si in emptione* 34. *de contr. empt.*

Vt minus debeant, obligari possunt.] Fidejussor in leviorem causam obligari potest, veluti in minorem summam, quam ea sit, quæ debetur; aut pro reo pure accepto, ex die vel sub conditione, *d. l.* 8. §. *illud hoc tit.* aut si qua alia ratione levior fiat conditio fidejussoris. Exempla in *d. l.* 8. §. *ante pen.* & *pen. l. bi qui* 34 *eod.*

Non solum in quantitate.] Plus non modo ex quantitate æstimatur, sed etiam ex tempore; item ex loco adjecto & causa: quod pluribus atque ex professio explicatur, §. *si quis agens* 33. *inf. de actionib.*

TEXTUS.

6. *Si quid autem fidejussor pro reo solverit, ejus recuperandi causa habet tum eo mandati judicium.*

NOTÆ.

6 MANDATI IUDICIUM] ..10. §. 11. *mand.* nempe si mandatum vel expresse vel tacite intervenerit: alias negotiorum gestorum, veluti si pro absente fidejussor, *l. 6. §. 2. l. 18. l. 20. §. 2. d. t. l. C. d. eod.*

COMMENTARIVS.

FIdejussor ejus nomine, quod pro reo solvit, mandati actionem cum eo habet, *l.* 10. §. *fidejussores* 11. *mandat.* Sed enim hoc ita, si præcesserit mandatum, id est, si rogatus à reo sit, ut fidejuberet, *l. ex mandato* 20. §. 1 *d. tit.* aut cum reus præsens esset, passus sit pro se fidejuberi, vel mandari ab alio, ut sibi credatur. Nam & is, qui præsens hoc fieri patitur, mandare intelligitur, *l. 6. §. 2. l. qui patitur* 18. *mandat. l. 6. C. eod.* Quod si vero pro reo absente quis fidejusserit, ei non potest competere actio mandati: sed si ut negotium gerens interceserit, negotiorum gestorum dabitur. *d. l. 6. §. 2. d. l. ex mandat. §. 1. eod.* Itaque fidejussor nunc mandati, nunc negotiorum gestorum actionem habet, *l. 4. hoc tit.* Quid si pro invito aut vetante donandive animo intervenerit? Placet, hoc casu ne utilem quidem actionem ei dari. *d. l. 6. § 2. l. si pro te* 40. *mandat.*

TEXTUS.

7. *Græce etiam fidejussor ita accipitur,* τῷ ἐμῷ πίστει κελεύω λέγω. *Sed & si dixerit,* θέλω, *sive* βούλομαι, *sed, &* φημὶ, *pro eo erit, ac si dixerit,* λέγω.

NOTÆ.

7. GRÆCE FIDEIUSSOR ACCIPITUR] Descriptus est hic §. ex *l.* 8. *pr. h. t.* ubi concinnius sic legitur; Græce fidejussor ita accipitur, τῷ ἐμῷ πίστει κελεύω, λέγω, θέλω, *sive* βούλομαι *Sed & si* φημὶ *dixerit, pro eo erit, ac si dixerit* λέγω. Et ita quoque Th.

COMMENTARIVS.

ETiam Græce fidejussor accipi potest, postquam placuit non minus Græca aliave qualibet lingua, quam Latina; stipulationem rectè fieri, § 1 *sup. de verb. obl. l. 1. §. ult. eod.* Descriptus hic §. est ex *l.* 8 *pr. hoc tit.* ubi concinnius sic legitur,

legitur; *Græcè fidejussor ita accipitur,* τῷ ἐμῷ πίστει κελεύω, λέγω, θέλω, *sive* βούλομαι, *sed & si* φημὶ, *dixerit, pro eo erit, ac si dixerit,* λέγω. Atque ita etiam hic locus restituendus videtur. Sanè τὸ λέγω præcecisse, arguit subsequens interpretatio τῷ φημὶ, per idem verbum λέγω.

TEXTUS.

8. *In stipulationibus fidejussorum sciendum est, hoc generaliter accipi, ut quodcumque scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum. Ideoque constat, si quis scripserit se fidejussisse, videri omnia solemniter acta.*

NOTÆ.

8 VIDERI SOLEMNITER ACTA] *l.* 30. *de verb. obl.* nempe partes præsentes fuisse, & stipulationem ritè interpositam; citra quam fidejussor non constituitur, *l.* 5. §. 3. *d. t. l.* 12. *C. hoc tit.* fac. §. 11. & 16 *tit. prec.*

COMMENTARIVS.

CUm fidejussisse aliquem scriptum est, omnia ritè acta creduntur. *l. sciendum* 30. *de verb. obl.* nimirum ut pro instrumento præsumptio est, rerum esse, quod in eo scriptum est: §. *item verborum* 11. *sup. tit præced.* ita etiam si de re aliqua, ad cujus substantiam certæ solemnitates jure requiruntur; scriptum sit eam interveniisse, etsi expressum non sit solemnitates istas esse adhibitas, tamen omnia solemniter acta esse intelliguntur; veluti si scriptum sit promisisse aliquem, creditor is ad interrogationem præcedentem respondisse, §. *si scriptum* 16. *tit. prec.* Eademque ratione si scriptum fuerit, fidejussisse aliquem, præsumitur, id factum adhibita à creditore præsente stipulatione; quoniam de essentia fidejussoris hoc est, ut stipulatio interveniat: *l.* 5. §. *satis* 3. *de verb. obl. l.* 12. *C. hoc tit.*

TITULUS XXII.

De litteratum obligationibus.

TEXTUS.

Olim scriptura fiebat obligatio, quæ nominibus fieri dicebatur: quæ nomina hodie non sunt in usu. Planè, si quis debere, se scripserit, quod sibi numeratum non est, de pecunia minimè numerata, post multum temporis, exceptionem opponere non potest. Hoc enim sæpissimè constitutum est. Sic fit, ut & hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur, & ex ea nascatur condictio, cessante scilicet verborum obligatione. Multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex principalibus constitutionibus usque ad quinquennium procedebat: sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan de fraudari, per constitutionem nostram tempus coarctatum est, ut ultra biennij metas hujusmodi exceptio minimè extendatur.

NOTÆ.

QUÆ NOMINIBUS FIERI DICEBATUR] Nomen faciebat creditor, qui in tabulas suas acceptì & expensi nomen illius, cui pecuniam debet mutuam, perscribebat. Id fiebat præsente debitore, qui & ipse quoque in suas tabulas referebat, quod deberet; quæ tabulæ prolatæ in judicio fidem faciebant debiti. Cic. *pro Rusc. Comœd.* Salmas. *de usur. c.* 6. & *ad jus Attic. c.* 29.

NON SUNT IN USU.] Nam posterior ætas syngraphis uti cœpit, id est, cautionibus utriusque contrahentis manu subscriptis. Hotom.

POST MULTUM TEMPORIS.] Post quinquennium, hodie post biennium; ut infra.

DUM QUERI NON POTEST.] Vel conventus excipere de pecunia non numerata, *l.* 8. & 2. *seqq. l.* 14. *C. de non num. pec.*

CESSANTE VERBORUM OBLIGATIONE.] Nam si simul interposita sit stipulatio, non ex literis, sed ex stipulatu obligatio nascitur, §. 2. *inf de exc.*

PER CONSTITUTIONEM NOSTRAM] *d. l.* 14 *C. de non num. pec.*

UT ULTRA BIENNII METAS.] Intra biennium autem tria remedia ad retractandam confessionem prodita: condictio cautionis sive chirographi, *l.* 7. *C. eod. t. tit. C. de cond. ex leg.* querela seu denuntiatio aut protestatio de non facta numeratione, *l.* 8. *l.* 9. *de non num. pec.* quam in scriptis fieri oportet, ut exceptionem perpetuam debitor consequatur, *d. l.* 14. §. *ult. auth seq.* exceptio non numeratæ pecuniæ adversus creditorem intra biennium agentem, *l.* 3. *l.* 5. *d. l.* 8. *d. l.* 14. *C. eod.* quæ præter naturam aliarum onus probandi transfert in creditorem, *l.* 3. *l.* 10. *C. eod* ubi ratio. Exacto autem biennio confessus, qui beneficio

juris non est, necessitate solvendi adstringitur, *d.l.8.d.l.14.*

COMMENTARIVS.

1 *Cautiones & confessiones debiti inutiles.*
2 *Quæ cautiones ad probationem tantum valeant.*
2 *Cautionem pecuniæ creditæ post biennium valere ad obligationem, ante ne ad probationem quidem.*
4 *Remedia ad cautionem intra biennium retractanda: & cur excipiens de pecunia non numerata levetur probatione.*
5 *Recte ne obligatio hic proposita dicatur literarum, cum veteres eam numeraverint inter eas, quæ re contrahuntur: & alia quædam.*
6 *Obligationem, quæ nominibus fieri dicebatur, obsoleviſſe: qualis illa: & alia quædam.*
7 *Confessum post biennium scriptura obligari, ut etiam si postea probare velit pecuniam sibi numeratam non esse, non audiatur.*
8 *Quibus argumentis Bartolus & DD. vulgo adducti dissentiant.*
9 *Confirmatio prioris opinionis.*
10 *Confutantur argumenta in contrarium prolata.*
11 *A quo tempore biennium currere incipiat: & alia notabilia.*
12 *Vsus circa hanc exceptionem hodiernus.*

INterdum literæ ad conventionem accedentes obligationem pariunt, quæ species obligationis tertio loco posita est in divisione earum, quæ nascuntur ex contractu, §. *ult. sup. de obl.* Literarum obligatio est, cum quis scripto alteri mutuo consensu tradito confessus est, se ab eo certam summam mutuam accepisse, quam non accepit, nec intra biennium confessione retractavit. Ut res hæc perfectius intelligatur, partes definitionis evolvemus. Exigimus, ut quis scripto confessus sit: remotis literis huic obligationi non est locus: quippe quæ alioqui non rectè dicerentur litterarum. Cæterum nihil refert utrum quis chirographo confessus sit, an alio instrumento professionem debiti continente, etiamsi id à tabulario confectum sit. *Gloss. in l.3. C. de non num. pecun. Sichar. ibid. num.8. Don. n.12.* cautio passim à nostris & præsertim in hoc argumento dicitur, *d.l. & 3 seqq. l.8. C. d. tit. l. emptor, 47. §. ult. de pact.* Exigimus ut scriptum mutuo consensu traditum sit creditori: nam sine conventione nulla ex contractu obligatio, *l.1. §.3. de pact.* Exigimus professionem debiti, non cujusvis, sed mutui accepti: quod ut facilius intelligi possit, sciendum est, non cujuslibet chirographi aut cautionis hanc vim esse, ut confitentem obliget: sunt enim quædam cautiones & confessiones debiti planè inutiles, quales sunt, quæ causam debendi non continent, quas indiscretas vocant, cum scilicet quis confessus est se debere nulla nominatim expressa causa propterquam debeat, *l. cum de indebito.25. in fin. de prob. l. generaliter. 13. C. d. non num. pec. C. si cautio. d. de fid. instr. vid. D. Andr. Gall. 2. obs. 23. Damhoud. prax. civil. c. 175. num. 14.* ubi notat, in emporiis inter mercatores ex consuetudine etiam ex obligatione non causata jus reddi solere, *add. Groenevv. d.ll. abrog. ad l.25. §. ultim. de probat.* Cæteræ, quæ certam debendi causam continent, utiles quidem sunt, sed non omnium una est vis idemque effectus. Etenim harum quædam ad probationem tantum & fidem rei gestæ valent, ad obligationem nunquam: quædam vim habent obligationis, nunquam probationis solius. Ad solam probationem 2
valent confessiones debiti omnes, quæ non sunt de pecunia mutua. Placet hasce scripturas valere ad probationem: & merito placet, cum nihil æquius sit, quam unumquemque proprio testimonio acquiescere, confessumque stare suæ confessioni, *d.l. cum indebito, in fin. de probat. d.l. generaliter. C. de non numer. pec. l.11. §.1. de interrogat. in jur. fac.* Sed enim probationem tantum habent, obligationem nunquam inducunt: argumento est; quod confessus ex chirographo suo conventus contra confessionem suam venire potest: placetque audiendam esse, si (quæ facultas nullis terminis definitur) paratus sit ostendere, se falso confessum, inque eam rem proferat idonea instrumenta: nam testes in hac probationis specie visum est admitti non debere, propter metum falsi, *d.l. cum de indebito, & d.l. generaliter.* Sola cautio & confessio pecuniæ creditæ 3
& numeratæ obligationem inducit: contra vero ad probationem solam nunquam valet, ut ex iis, quæ sequuntur, perspicuum fiet. Pecuniæ autem appellatione etiam cæteras res intelligimus, in quibus mutuum consistit; *leg. in contractibus 14. princ. C. de non num. pec.* Postremo exigimus, & cautio emissa silentio biennij confirmata sit: non enim continuo, ut quis scripto confessus est, se pecuniam mutuam accepisse aut sibi numeratam esse, litteris obligatur: sed cautio intra biennium, eo quo emissa est, ne ad probationem quidem, nedum ad obligationem valet, *l.3. l.10. C. d. tit.* At si intra id tempus confessionem non re- 4
tractaverit, jam in eam summam, quam confessus est, plane obligatur, *hoc text.* & passim, *d. tit. C. de non num. pec.* Remedia ad retractandam intra biennium confessionem tria confitenti sunt prodita. 1. condictio sine causa, aut ob causam dati, causa non secuta ad repetitionem, chirographi,

phi, *l. 7. C. d. tit. l. ult. C. de cond. ex leg.* 2. querela seu denuntiatio & protestatio de numeratione non facta: quæ denuntiatio scripto facienda, ut exinde exceptionem perpetuam debitor consequatur, *l. 8 & seq. l. in contractibus* 14. §. *ultim. & auth. seq. C. de non num. pec.* 3. exceptio non numeratæ pecuniæ adversus creditorem intra biennium agentem, *l. 3. l. 5. l. 8 C. eod.* quæ exceptio præter naturam aliarum omnium onus probandi transfert in creditorem, *d. l.* 3. Ratio differentiæ significatur in *l. 10. C. eod.* quod facultate negandi reo concessa non debuerit ab eo exigi probatio, propterea quod negatio facti per rerum naturam directo probari non potest, *l. actor.* 23. *C. de probat.* Ad quam rationem accedit præsumptio pro confitente, ducta ex eo, quod frequenter accidit, scilicet cautionem expositam fuisse ante numerationem: cujusmodi præsumptio in cæteris causis cessat: quippe cautiones pecuniæ numeratæ & chirographa plerumque traduntur ante factam numerationem: & spe numerationis futuræ, qua ne frustrentur, qui pecunia indigent, nihil non facere solent ad nutum creditoris, *Rebuff. ad constit. reg. de chirogr. & cedul. art. 2. num.* 18 *Christin. vol. 3. decis.* 37. *num.* 1. Adjuncta est exceptioni non numeratæ pecuniæ generalis exceptio doli mali, *l. 3. C. de non num. pec.* vel in factum detracta doli mentione *l. 9. C. eod.* atque his remediis confessum uti posse etiam adversus instrumentum garentigiatum, censet *Gomez. 2. resol. 6. n.* 3. quamvis in contrarium proclivior sit Christin. *d. decis. n.* 13. Exacto vero biennio convertitur vis cautionis in contrarium, omninoque confessus, qui beneficio juris usus non est, necessitate solvendi adstringitur, *hoc text. l. 8. l. 14 C. d. tit.* Hæc ergo obligatio rectè dicitur literarum, seu ex literis nasci, siquidem post biennium non amplius quæritur, an pecunia confessa numerata sit, nec ne: sed scriptura auctoritate juris pro veritate habetur, sicut res judicata & jusjurandum, ut non tantum probet, sed etiam obliget confitentem. Planè veteres nullam literarum seu scripturæ, ut causæ alicujus obligationis, mentionem faciunt, ac ne iis quidem locis, ubi ex professo causas & genera obligationis recensent, *l. 1. §. 3. de pact. l. 1. §. 1. l. obligantur. 52. de oblig. & act. l. 8. §. 1. de fidejuss. l. 1. de novat.* sed opinor, eos hanc obligationem retuliisse inter eas, quæ ex re nascuntur, propterea quod qui ex ea agit, pecuniam quasi creditam petit, & condicit tanquam ex mutuo, *l. 5. C. de non num. pec. & hoc text.* Rectius autem ex literis hæc obligatio esse dicitur: nam etsi in cautione adjicitur causa, nempe mutui accepti, & pecunia quasi credita petitur, tamen re nequit dici quis obligatus, nisi quatenus ei numeratum est, *l. 11. §. 5. l. ult. §. 1. de rebus cred.* ut proinde, & quoniam nulla alia subest causa obligationis præter literas seu scripturam emissam, rectè dicatur literis obligatus: neque enim si sine scriptura confessus esset, similiter obligaretur. *Donell. ad d. l. 8. num.* 34. *C. de non num. pec. Gudelin. lib. 2. de jure novissim. cap.* 6. Caveat autem quisque, ne temere inficietur chirographum suum aut numerationem confessam: nam mendacij convicto pœnam duplici & amissionis cæterarum defensionum novissima Justiniani constitutio imponit; *auth. contra qui C. d. tit.* Nititur hæc obligatio civili quadam æquitate, quæ boni publici finem, ac judiciorum expediendorum facilitatem maximè spectat: eademque ferè ratione defenditur, qua usucapio & præscriptiones temporales, *l. 1. de usuc. l. ultim. pro suo l. 1. l. 3. C. de annal. except.*

Quæ nominibus fieri dicebatur] Romæ olim moris fuit, ut unusquisque paterfa- tabulas domi haberet, in quibus quicquid per singulos dies vel acciperet vel expenderet, perscribebat, ut Cicero in ea pro Cluent. demonstrat. De harum tabularum fide censores quinto quoque anno cives ad jusjurandum adigebant, teste *Dionys. Halicarn. lib.* 4. Atque hinc fidem in judiciis facere solebant, ut ex oratione pro Q. Roscio ostendit Hotomannus. Asconius autem Pædianus, in *Verr.* 3. scribit, nomina in tabulis dici consuesse titulos seu articulos debitorum. Itaque nominibus obligatio contrahebatur, cum in tabulis perscribebatur, aliquem alicui certam pecuniam debere: neque aliud erat nomina facere, quam in tabulas referre, aliquid alicui deberi, quod tunc fiebat, cum pecunia præsens non numerabatur. Atque hinc in, quod obligationes seu debita appellantur nomina. Referri autem solebat non tantum in tabulas creditoris, verum etiam in aliorum quorundam: quæ tabulæ idcirco in judicium interdum afferebantur. Latius hæc explicat, & veterum testimoniis, præsertim Ciceronis, confirmat Hotomannus. Ego vero non puto, hujusmodi scripturam valuisse absolutè ad obligationem, sed vim duntaxat habuisse probationis. Illud ex iis, quæ diximus, intelligitur, non tantum huc pertinuisse scripturam mensæ argentariæ, verum etiam privatorum codicum accepti & expensi. Majorem lucem expectamus à D. Salmasio in libro, quem præ manibus habet, de usuris Justinianeis. 6

Hodie non sunt in usu] Ætate Justiniani nomina in usu non erant: quippe translato Constantinopolin imperio consuetudo Græcorum recepta est, qui syngraphis utebantur, hoc est, cautionibus utriusque contrahentis manu subscriptis æque obsignatis. Posterior tamen ætas non συγγραφας, sed ομολογιαι appellavit. Latini *instrumenta*

menta & cautiones, voce generali ad chirographa quoque producta: qua de re consule doctiss. Salmas. *lib. de mod. usur. c.* 10.

Dum queri non potest, scriptura obligetur] Si confessus post biennium scriptura obligatur, consequens omnino est, eum necessitate rei solvendæ jam adstringi, ut solutionem nullo modo evitare possit. Est enim hic certissimus obligationis effectus, ut qui secundum formam juris obligatus est, non aliter liberetur facto suo, quam si solvat aut satisfaciat creditori, *inf. quib. mod. toll. obl. l.* 9 §. 3 *de pign. act.* Atque hoc etiam expressè rescriptum est in specie debiti proposita *l.* 8. *C. de non num. pec.* Quid ergo si debitor post biennium paratus sit probare, pecuniam sibi numeratam non esse, anne sic quidem audiendus erit? Accursius de quorundam veterum sententia putat, audiendum esse: quod & Barrolo & comm. DD. visum in *l.* 3 & *l.* 14. *C. d. tit. Gomez. 2. resol. 6. n.* 7. *Mez. de contr. tit. de mutuo n.* 9. *Baroni Schneid. Bathov. Corvino in enchir. hic. D. Bronchorstio. 1. assert.* 22.

8 *Ant. Perez. in d. tit. C. n.* 14. Moventur, quod exceptiones natura sua perpetuæ sunt, *l.* 5 §. *ult. de dol. mal. except.* & quod cum exceptione pecuniæ non numeratæ concurrat exceptio doli mali, *l.* 3. *C. d. tit.* quæ cum sine dubio perpetua sit, *d. l.* 5 §. *ult.* utique etiam biennium competere debeat, etiamsi cessare dicamus exceptionem non numeratæ pecuniæ. Adhæc non sunt admittendæ, aiunt, illicitæ exactiones, 6. *de eff. præs.* Illicita vero & iniqua exactio est, si reus, probare volens, pecuniam sibi numeratam non esse, non audiatur. Postremo non potest biennij lapsus creditori adimere, nisi quod prius ex biennio habuit: at biennium solummodo tribuit debitori immunitatem probationis, *l.* 10. *C. eod.* Ergo nec lapsus biennij ei amplius adimere potest. Sed procul dubio verius est, debitorem nec probationem ultro offe-

9 rentem post biennium audiri. Etenim posita obligatione, id est, necessitate solvendi, quæ ex literis, non ex re aut numeratione nascitur, omnino consequens est, eum debitorem audiendum non esse, qui chirographum quidem suum seu causam obligationis agnoscit, cæterum numerationem, quæ jam huc non pertinet, intervenisse negat, quantumvis ejus rei offerat probationem. Quod si probatio contra cautionem post biennium admitteretur, jam nec scriptura ad obligationem valeret, sed tantum ad probationem: nec novum non esset obligationis genus, quod ex literis nasceretur, sed ex re: denique nihil haberet cautio pecuniæ mutuæ, quod non est in cæteris, quæ non sunt de pecunia mutua, præter immunitatem probandæ exceptionis intra biennium oppositæ: qua parte etiam major vis est cæterarum cautionum, quam pecuniæ creditæ; ex quibus tamen obligationem literarum non nascet, inter omnes convenit. In summa, nulla esset revera literarum obligatio, nullus effectus scripturæ, nisi in probatione & fide faciendæ, ut uni ante biennium incumberet probatio, post illud tempus alteri; & consequenter expungenda esset hæc obligatio è catalogo veratum obligationum: cum verè debitor appellari non possit, qui exceptionem perpetuam habet, *l.* 66. *l.* 112. *de reg. jur.* Loci juris in eandem sententiam manifesti sunt. In *l. asservatio.* 10. *C. de non num. pec.* traditur, querelam seu exceptionem non numeratæ pecuniæ definito legibus tempore non propositam evanescere: quod ad immunitatem probationis minimè restringi potest. In *l.* 8 *C. eod.* scriptum est, eum, qui cautionem exposuit, si intra biennium questus non est, omnimodo debitum solvere compelli. Idem expressum est in *l.* 14 *pr. C. eod.* ubi verbis disertissimis cavetur, ut post biennium nulla ullo modo querela de pecunia non numerata introducatur: ergo ne tunc quidem, cum reus probationem pecuniæ non numeratæ in se suscipit: quomodo & Græci hoc acceperunt: *Harmenop. l.* 2. *tit. πέρι αὐ ἀργυρ. n.* 4. ὁ λέγων ὅτι ὁ γέγονεν ἀρίθμησις ἐμπέντε Θ δεκάδας ἢ ἑνὸς ἐχθῆ, ἢ διαμαρτύρεται Πμριέτητος ἡδεμίαν ἔχει διπλολογίαν. Hoc amplius in *d. l.* 14. §. 3 Illud nominatim observari jubetur, ut ne liceat debitori, qui questus non est, post biennium creditori agenti offerre jusjurandum; cum tamen alias recusatio jurisjurandi judicialis adversus recusantem, qui justam recusandi causam non habet pro manifesta confessione & probatione habeatur, *l. manifesta.* 38. *de jurejur.* adeoque facilius admittenda sit jurisjurandi delatio, qua actor testis & judex in sua causa constituatur, ut rem uno verbo transigere possit, quam prolixæ & adversus invitum susceptæ probationes, *arg. l.* 1. *& l.* 2. *d. tit.* His accedit & textus in *l. ult. C. de cond. ex leg.* ubi nominatim cavetur, ne cautio post statutum tempus condicatur. Iam vero si cautio oblata probatione pecuniæ numeratæ post statutum tempus condici non potest, nulla ratio est, cur exceptio pecuniæ non numeratæ oblata probatione admitti debeat. Postremo uno tantum modo legimus exceptionem pecuniæ non numeratæ perpetuam fieri, mota scilicet intra biennium querela seu facta protestatione, *d. l.* 14 §. *ult.* Argumenta, quæ in contrarium afferuntur, infirmiora sunt, quam ut hanc 10
sententiam convellere possint. Nam quod exceptiones dicuntur esse perpetuæ, id ad eas non pertinet, quæ etiam ultro à debitore per modum actionis proponi possunt. Exceptio vero doli, quæ cum illa pecuniæ non numeratæ concurrit, non est exceptio doli specialis, quæ adversus eum, à quo dolo decepti sumus, ut promitteremus perpetua

petua est; sed generalis, quæ cum aliis exceptionibus concurrens, illarum naturam & conditionem semper sequitur, *l. 2. §. & generaliter. 5. de dol. mal. exc* Plane, si debitor dolo se inductum dicat, aut vi coactum, ut confiteretur, aut dicis tantum causa numerationem interveniſſe, cum aliud ageretur, aliud simularetur, etiam post biennium ex his causis exceptionem eum habere, nemo est qui ambigat. *Don. ad l. 8. C. de non num. pec An. Fab. C. suo, eod. tit. defin. 2.* Porro non est iniqua exactio, ubi debitum petitur; nec iniquum, si rationem civilem spectamus, eum, qui proprio chirographo se debere confessus est, post silentium totius biennij hanc quasi contempti beneficij juris pœnam luere, ut confessioni suæ literis testatæ omnimodo stare, & confessam pecuniam solvere cogatur. Quod ad tertium contrariæ opinionis argumentum responsum esto. Postremum in eos ipsos, qui illud afferunt, retorquebimus hoc modo. Quod biennium debitori tribuit, id lapsus biennij totum adimit: at biennium debitori non solum immunitatem tribuit probationis, sed maximè exceptionem non numeratæ pecuniæ. *l. 3. C. d. tit* Ergo lapsus biennij utrumque adimit: quod & expressum est in *d. l. 8. l. 9. & d. l. 14. C. eod.* Hanc nostram sententiam jam olim amplexus est *Io. Fab. hic* aliique nonnulli citati à *Fachin. 2. controv. 81* eaque nunc neotericis ferè probatur *Duar. ad d. tit. Cod. cap. 4. Don. ad d. l. 8. num. 21. & seqq. Fachin. d. loc. Vvesemb. hic. Gudelin. lib. 2. de jur. noviss. cap. 6. Tulden. in comment. hic cap. 3.*

Cessante verborum obligatione] Si cautio intervenerit & simul interposita sit stipulatio, non nascetur quidem obligatio ex litteris, sed ex stipulatu: cæterum eandem vim & pro reo, & contra eum habebit, quæ futura esset sine stipulatione, *l. 9. C de non num. pec § 2. inf. de except.*

Ne ultra biennij metas] Tempus, intra quod 11 exceptio pecuniæ non numeratæ opponenda, antea quinquennium fuit: pro quo Iustinianus substituit biennium continuum, quod currere incipiat à tempore emissæ cautionis: ita tamen, ut hæc præscriptio non currat minoribus 25. annis, & majores, qui per justam absentiam querelam movere non potuerunt, adversus exceptionem amissam in integrum possint restitui, *d. l. 14. C. de non num pec. junct. l. 2. C. in quib. ca. in int. rest. nec. non est, l. 1 in fin. ex quib. ca. mai.* In tempore proponendæ querelæ seu exceptionis dotis non numeratæ, quæ species exceptionis non numeratæ pecuniæ, diversum nonnihil statutum *l. ultim. & Fauth. seq. C. de dot. caut. non num.* Datur querela & exceptio seu replicatio potius non numeratæ pecuniæ etiam creditori, apocha confessio, pecuniam sibi solutam esse, quibuscumque ex causis soluta dicatur, sed tantum intra triginta dies, *d. l. 14. §. 2.* Exactoribus autem tributorum, vectigalium, aliarumque publicarum functionum, contra apochas factæ à collatoribus solutionis prorsus non datur, *d. l. 14. §. 1.*

Moribus nunc ferè receptum est, ut exceptio 12
non numeratæ pecuniæ intra biennium tueatur debitorem sine probatione, & creditor, qui intendit numeratam esse, intentionem probare cogatur: post biennium vero audiatur adhuc debitor eadem exceptione utens; cæterum hac conditione, ut ipse exceptionem probet, secundum sententiam Accursij, Bartoli & aliorum, quos supe-rius allegavimus. *Ant. Fab. Cod. suo de non num. pec. defin. 1. Christin. vol. 3. decis. 37. Zang de exc. p. 3. c. 12. n. 24. Wot. 3, manuduct. c. 5.* In Gallia receptum, ut debitor post biennium etiam jusjurandum creditori deferre possit. *Autumn. & Mornac. in d. l. 14 C. de non num. pec.* Secundum quod & Curiam Hollandiæ aliquando judicasse refert *Groeneuv. de ll. abrog. ad rubr. C. d. tit* Eadem conditione auditur & creditor post triginta dies adversus apocham seu professionem pecuniæ solutæ. *Ant. Fab. d. tit. defin. ult.* Apud Gallos, quæ conditio est cæterarum cautionum, ut scilicet statim fidem faciant, transferantque onus contrariæ probationis in eum, qui cautionem exposuit, eadem est & cautionis pecuniæ creditæ, testib *Imbert. 1. inst. forens. 35. Reb. ff. ad const. reg. de chirogr. & cedul. recogn. art. 2. num. 28. & 68* Idem de universo Belgio testatur Gudelin. 3. *de jur. nov. ſſc 6. in fin.* sed procul dubio errat. Apud nos sanè idem quod in Gallia observatur: sed in nonnullis aliis harum regionum provinciis beneficium exceptionis, quod intra biennium ex causa mutui confessi jure communi competit, adhuc in usu esse, vel illud argumento est, quod huic beneficio & exceptioni non numeratæ pecuniæ plerumque in instrumentis & cautionibus pecuniæ creditæ renunciari solet: quam renuntiationem hunc effectum habere volunt, ut creditor necessitate probandæ numerationis in totum exoneretur, non ut non possit adhuc objici exceptio, sed ut objecta etiam intra biennium sit sine privilegio: ita post Glossam in *l. 3. C. de non num. pec. D. Ioan. à Sande lib. 3. rer. judic. tit 2. d. fin. 1. D. Deckher. lib. 1 dissert. 6. n. 4.* qui etiam refert, Curiam Brabantiæ judicasse, locum non esse exceptioni pecuniæ non numeratæ contra instrumentum publicum, neque etiam inter mercatores, inter quos summa vigere debet æquitas: licet quoad hoc dissentiat Stracha *de mercat. tit. quomod. in caus. merc proced. num. 9. Farin. contr. jur. lib. 2. cap. 86.* quorum sententia de jure verior videtur Christinæo *d. vol. 3. decis. 37. num. 16.* quamvis contraria obtineat, *Groeneuv. d. loc. & ibi cit.* Notetur obiter D. Grotij ἀκόρτημα

μεταβολικὸν d. lib. 3. c. 5. Merul. l. 4. dist. 4. sect. 3 tit. 1. cap. 2. num. 3. Illud hic monere non est extra propositum, ne diu frustrentur creditores; apud nos & in Gallia usu fori receptum esse, ut debitores initio litis cautiones suas vel agnoscere, vel negare cogantur; agnoscentes ut mox solvant & pecuniam consignent, (quod *namptisare & namptissement* vulgo appellant) recepturi postea, si nihil deberi constiterit; negantes, si mendacij convincantur, pœnam dupli subeant, juxta *auth. contra qui. C. de non num. pec.* aut pœnam arbitrariam expectent, quod nunc magis in judiciis observari notat *Rebuff. ad proœm. const. reg. gloss. 5. n. 6.* & post eum *Christin. d. decis. 37. num. 12* & conservandi juris fiscalis grātia traditur obligatio sive cautio procuratori generali. *Merul. d. loc.* Vid. circa hanc materiam *Imbert. lib. 1. inst. forens. cap. 35. & seq. Rebuff. ad const. reg. de chirogr. & cedul. recogn. in præfat. n. 44. & seqq. & DD. in auth.* modo citata.

TITULUS XXIII.

De obligationibus ex consensu.

Continuatio.

SEquitur postrema obligationum ex contractu species, obligatio ex consensu: quippe quæ ex quatuor propositis adhuc superest. Habent quidem etiam cæteræ obligationes, quæ aut re, aut verbis, aut literis contrahuntur, in se consensum, utpote qui communis est omnium contractuum spiritus, *l. 1. §. 3. de pact.* sed hoc amplius requirunt ad perfectionem contractus, & obligationis substantiam, ut res, aut verba, aut literæ cum consensu concurrant: obligationes autem de quibus deinceps dicturi sumus, ex consensu esse ideo dicuntur, quia consensu solo perficiuntur & constant, nihilque desiderant præter mutuam contrahentium voluntatem. Solo consensu obligationem pariunt conventiones & contractus juris gentium quatuor, emptio venditio, locatio, conductio, societas, mandatum; quæ singula singulis titulis explicabuntur.

TEXTUS.

Consensu fiunt obligationes in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis obligatio dicitur consensu contrahi, quia neque scriptura, neque præsentia omnimodo opus est: ac nec dari quicquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio, sed sufficit, eos qui negotia gerunt, consentire: unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistolam vel per nuntium. Item in his contractibus alter alteri obligatur in id, quod alterum alteri ex bono & æquo præstare oportet, cum alioqui in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat.

NOTÆ.

CONSENSU FIUNT] Hic tit. totus descriptus est ex *l. 2. de obl. & act.*

SUFFICIT, &c. CONSENTIRE] Nihil desiderant præter mutuam contrahentium voluntatem, cum in aliis solus consensus non sufficiat ad obligationem.

EX BONO ET ÆQUO PRÆSTARE] Pertinet id ad omnia bonæ fidei judicia, *l. 7. de neg. gest. §. 30. inf. de act.* Cæterum per excellentiam quandam videtur hoc loco tribui contractibus, qui solo consensu perficiuntur, eademque ratione his opponi stipulatio.

COMMENTARIUS.

1 *Quibus modis consensus declaretur.*
2 *Obligationem ex consensu pinguiorem esse naturam, quam obligationis verborum.*

NEque scriptura] Hoc dicit ad differentiam obligationis literarum, ad quam constituendam scriptura requiritur. Cæterum nec obligationes, quæ re aut verbis contrahuntur, magis scripturam desiderant, quam eæ, quæ consensu. Quod vero in his etiam scriptura sæpè adhibetur, id eo fit, ut facilius probari possit quod actum est; non quod ad substantiam contractus, obligationisve constitutionem scriptura pertineat, *l. 4. de fid inst. l. 4. de pign.* Totus hic locus ad verbum descriptus est ex Gajo *l. 2. de obl. & act.*

Neque præsentia] Vt in conficienda stipulatione: nam quæ obligationes re aut literis contrahuntur, similiter partium præsentiam non desiderant.

Ac nec dari quicquam necesse est] Vt in mutuo, commodato, cæterisque contractibus, in quibus res tradita demum initium obligationi præbet.

Sed sufficit, &c. consentire] Declaratur consen- 1
sus aut certis indiciis, aut ex re factove aliquo colligitur,

colligitur. Indicia sunt, veluti verba, literæ, *l.2. de pact. l.4. pro soc.* item nutus: nam & nutu conveniri posse, argumento est, quod fideicommissa nutu relinqui possunt, quamvis non relinquantur nisi ex voluntate *l. nutu. 21. d. legat. 3.* Facta intelligimus ea omnia, quibus intervenientibus præcedens conventio non potest videri non placere. Exemplum hæc esto: vendidit aliquis prædium meum præsente, nec tamen apertè consentiente: si pretium ex ea causa accepero, videbor ipse vendidisse, *leg. 12. de evict.* Similia exempla habemus in *leg. 6. §. qui patitur. 18. mandat.*

Unde inter absentes quoque] Quoniam ad constituendam obligationem ex consensu præter conventionem & nudum contrahentium consensum nihil requiritur: ex eo colligit Justinianus cum Caio *d. l. 2. de obl. & act.* hujusmodi negotia & obligationes etiam inter absentes contrahi posse, puta per epistolam aut nuntium. Est vero hoc intelligendum de nuda & simplici epistola nuntioque solo: alioqui & re contrahi obligatio per nuntium potest, veluti mutui, commodari missa per eam pecunia aut re. Similis collectio est in *l. 1 pr. mandat. l. 1. §. ult. de contr. empt.*

Alter alteri obligatur in id, quod ex bono & æquo] His verbis indicatur alia proprietas contractuum, qui solo consensu perficiuntur, quod obligationem producant pleniorem & pinguiorem, quam ea est, quæ nascitur ex stipulatu: nimirum quod in istis contractibus alter alteri obligetur, non in id modo, de quo convenit, aut dictum est, sed etiam in id omne, quod ex fide bona seu bono & æquo alterum alteri præstare oportet, quamvis de eo nihil cautum sit; cum ex stipulatione obligatio eatenus tantum nascatur, quatenus lingua nuncuparum est, *l. quicquid 99. de verb. obl.* Non est vero hoc contractuum, qui consensu fiunt, proprium quarto modo, sed ad cætera quoque judicia bonæ fidei pertinet: nam in omnibus his placet tantum valere officium judicis ex bono & æquo; quantum in stipulatione nominatim facta rei interrogatio. *l. 7, de neg. gest. l. Lucius: 4. dep. §. in bonæ 30. inf. de action.* quanquam hoc loco & apud Cajum *d. l. 2 de obl. & act.* videri potest per excellentiam quandam hæc quæstas solis tribui contractibus, qui consensu perficiuntur, eademque ratione his opponi stipulatio. De natura & differentiis judiciorum bonæ fidei & stricti juris dicemus ex professo infra *sub §. actionum 28 de action.*

TITULUS XXIV.

De emptione & venditione.

1 *Ratio ordinis. Emptionis origo & utilitas.*
2 *Emptionis definitio, cum explicatione singularum partium.*
3 *Summa hujus tituli.*

EXplicaturus ordine contractus, qui solo consensu perficiuntur, orditur ab emptione & venditione, specie hujus generis contractuum nobilissima, & ad vitæ communis usum maximè necessaria, teste Paulo *l. 1. hoc tit.* ubi scribit, originem emendi vendendique à permutationibus cæpisse: significans, ut ipse se declarat, difficultatem permutationis, & indigentiam humanam, cui permutatione rerum ægrè succurritur, causam esse, quod nummus inventus, & emptio introducta sit: quod etiam docet Aristot. 5. *Ethic. 5.* ubi nummum ait hominum instituto factum esse ὑπάλλαγμα τῆς χρείας succedaneum & οἱονεὶ ἐγγυητὴν quasi sponsorem futuræ indigentiæ. Emptio venditio est contractus, quo id agitur, ut pro certa pecunia uni danda alter rem accipiat. Appellatur hic contractus emptio & venditio, quia duobus hisce factis seu partibus constat, emptione & venditione, quæ juncta unum contractum constituunt. Factum ejus, à quo pecunia est, emptio dicitur, ille emptor: ejus, à quo res proficiscitur, venditio, ille venditor. Notandum autem est, sic has partes esse unius contractus, ut tamen partes sint inter se distinctæ ac separatæ, ut una non possit esse altera; aliudque semper sit emere; aliud vendere, alius emptor, alius venditor, *leg. 1. in fin. hoc tit. l. 1. pr. de rer. permut.* Nam quod dicitur in *l. veteres 19. & seq. de act. empt.* veteres in emptione & venditione, sicut in locatione & conductione, his appellationibus promiscuè usos esse, id non hoc significat, uso esse una pro altera, ut malè meo judicio D. Vulrejus, sed usos una, pura vel sola appellatione emptionis, vel sola venditionis, ad utrumque intelligendum, indicandumque totum contractum, ut passim in hoc argumento fieri videmus: scilicet quia unum sine altero nec esse, nec intelligi potest ut est natura relatorum. *Connan. 7. comm. 6. Donell. ad rubr. C. hoc tit. n. 4.* Non expressi in definitione, quod plerique faciunt, emptionem esse contractum mutuæ præstationis, juris gentium, bonæ fidei, nominatum, consensu constantem: quoniam ex verbis definitionis satis intelligitur, præter consensum ad perficiendam emptionem, nihil desiderari: cætera verò insunt generi.

nullus enim contractus est ex iis, qui consensu fiunt, qui non sit δίπλευρος, bonæ fidei juris gentium, nominatus: nam conventio de pignore, pactum donationis, constitutum, huc non pertinent; quia non sunt contractus. De cæteris hujus generis contractibus idem judicium esto. Res, quæ traditur, in hoc contractu dicitur merx: pecunia, quæ pro re datur, pretium, *d.l.1.§.sub fin.hoc tit.* Igitur circa hæc duo consensus in emptione versatur, circa pretium & mercem, illud ut venditori detur; hæc ut tradatur emptori: ex quibus substantia emptionis æstimanda & definienda fuit. Iustinianus hoc titulo explicat, quomodo contractus emptionis & venditionis perficiatur tum sine scriptura, tum etiam, cum convenit, ut per scripturam fieret; inde de materia, forma, fine & effectu disputat, quamquam nonnihil confusè. Postremo de rebus, quarum venditio non consistit.

TEXTUS.

Emptio & venditio contrahitur, simul atque de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit: ac ne arrha quidem data fuerit: non quod arrhæ nomine datur, argumentum est emptionis & venditionis cõtractæ. Sed hoc quidem de emptionibus & venditionibus, quæ sine scriptura consistunt, obtinere oportet: nam nihil à nobis in hujusmodi emptionibus & venditionibus innovatum est. In iis autem, quæ scriptura conficiuntur, non aliter perfectam esse venditionẽ & emptionem constituimus, nisi & instrumenta emptionis fuerint conscripta, vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, à contrahentibus autem subscripta: & si per tabellionem fiunt, nisi & completiones acceperint, & fuerint partibus absoluta. Donec enim aliquid deest ex his, & pœnitentia locus est, & potest emptor vel venditor sine pœna recedere ab emptione & venditione. Ita tamen impunè recedere concedimus, nisi jam arrharum nomine aliquid fuerit datum: hoc enim subsecuto, sive in scriptis sive sine scriptis, venditio celebrata est: is qui recusat adimplere contractum, si quidem est emptor, perdit quod dedit: si vero venditor, duplum restituere compellitur, licet super arrhis nihil expressum sit.

NOTÆ.

SIMUL ATQUE DE PRETIO CONVENERIT.] *l.2. §.1. hoc tit. l.1. §. 2. de rer. perm.* nisi aut conditionalis sit emptio, *l.9. hoc tit, l.7. de per. & com. rei vend.* aut eam in scriptis fieri placuerit; ut infra.

ARGUMENTUM EST EMPTIONIS] *l.35. pr. eod.* Datur autem arrha vel simpliciter, ut sit symbolum duntaxat & judicium emptionis contractæ, veluti si annulus detur, & emptione cõsummata restituenda est, *l.11. §.6. de act. emp.* vel ut μέρος τῦ πωτὸς, ut simul postea cedat in partem pretij, data certa pecunia. *d.l.21. §. 6. l. ult. de leg. comm.*

SCRIPTURA CONFICIUNTUR] Contractus in scriptis fieri dicitur; non quoties de eo scriptura conficitur [quod plerumque fit probationis tantum gratia *l.4. de fid. instr.* sed tunc cum convenit, ut in scriptis contraheretur, l.17. *C. de fid. instr.* Accurs. hic.

NISI ET INSTRUMENTA EMPTIONIS, &c.] Si privata sit scriptura, sufficit instrumentum propria contrahentium manu perscriptum esse, aut si scriptum ab alio, manu eorum confirmatum, si publica, non aliter instrumentum completum intelligitur, quam à tabellione exceptum, partibus prælectum atque ab ipsis approbatum fuerit, *d.l.17.*

SINE POENA RECEDERE] Etiam invito altero, quoniam quandiu instrumentum perfectum non est, obligatio non nascitur.

SIVE SINE SCRIPTIS VENDITIO CELEBRATA SIT] Id est, celebrari cœpta sit. Nam modo dixit pœnitentiæ locum esse, quamdiu aliquid deest ad perfectionem contractus. Clarius id elucet ex verbis *d.l.17. vers. Illud etiam adjicientes.*

QUI RECUSAT ADIMPLERE CONTRACTUM.] Hoc est, qui recusat emptionem perficere, aut stare placito emptionis & venditionis futuræ, *d.l.17. d. vers.* Cum enim contractus perfectus est, & semel constituta obligatio, nullo modo alter invito altero recedere potest, *leg. 3. Cod. de oblig. & act. l. 3. Cod. de resc. vend. l.1. & 2. C. quand. lic. ab empt. disc.*

COMMENTARIVS.

1 *Quando emptio contracta intelligitur, & quod interſit inter perfectionem contractus & consummationem.*

2 *Re certa vendita diversam esse emptoris & venditoris*

venditoris præstationem genere vendito non item.

3 *Esse qui negent, venditorem licet facultatem tradendi habeat, præcise teneri rem tradere, sed præstando id, quod interest, defungi.*

4 *Præcipua hujus sententiæ firmamenta.*

5 *Verius esse, venditorem pradicto casu præcise tenere tradere.*

6 *Hujus sententiæ potissima fundamenta.*

7 *Respondetur ad argumenta pro contraria opinione adducta.*

8 *Arrham dari vel ut symbolum, vel ut cedat in partem pretii: & effecta utriusque.*

9 *Quando res in hoc contractu desinat esse integra. & duplex DD. error notatus.*

10 *Quando inter contrahentes actum intelligatur, ut contractus in scriptis fiat.*

11 *Quando negotium, quod scriptura fieri placuit, pro perfecto habeatur.*

12 *A contractu perfecto sine communi consensu recedi non posse, licet arrha intervenerint.*

13 *Accurata contraria opinionis confutatio.*

1 VT primum de re & pretio convenit, emptio perfecta intelligitur, quamvis nec res tradita, nec pretium numeratum, nec arrha data sit, *l. 1. § hoc titl. l. 1. §. 2. de rer. perm. l. 8. de peric. & commun. rei vend. & hoc text.* Itaque in contractibus, qui consensu perficiuntur, distinguenda perfectio contractus à consummatione sive impleмento. Emptionem & venditionem perficit solus consensus de re & pretio; consummat rei traditio & pretij numeratio; qui extremus est contrahentium finis. Simul atque autem emptio perfecta est, nascitur utrinque obligatio, teneturque emptor actione ex vendito, ut nummos, quos pretij nomine pro re vendita promisit, solvat; venditor actione ex empto, ut rem venditam tradat emptori, *tit. & C. de act. empt.* Est vero
2 præstatio hæc emptoris & venditoris nonnihil diversa. Emptor enim nummos, quos pretij nomine præstat, venditoris facere cogitur: venditor vero tantum vacuam rei possessionem tradere: quæ res, si venditor dominus fuit, facit & emptorem dominum; si non fuit, evictionis tantum nomine venditorem obligat; neque enim cogitur venditor dominium rei in emptorem transferre, sed satisfacit obligationi, si præstet, habere licere, *l. 11. § 2. l. servus 30. de act. empt. l. si ita 25. §. 1. hoc tit. l. 1. de rer. perm.* Hoc ideo tam varie, ut credibile est, ne usus hujus contractus impediatur. Nam etsi venditor non præcise obligatur ad dominium rei venditæ in emptorem transferendum, tantundem tamen consequitur emptor tradita rei vacuæ possessione, & evictione re evicta præstita. At vero pretij, quod in pecunia numerata constitit, nullus est usus nisi accipientis fiat. Adde quod pretium non in specie, sed in genere constituitur; generis autem debitores constat non liberari, nisi rem ex eo genere perfecte faciant accipientis, *l. si à substituto 45. §. 1. de legat. 1. l. qui concubinam 29. §. pen. de leg. 3. l. hæres 58. de evict.* Quam ob causam & in venditore generis idem probandum crediderim, puta si quis in genere vendidit bovem aut equum, cum Bartolo in *l. 2. si cert. pet. num. 7.* Illud non satis expeditum est, utrum venditor, si potestatem tradendi ha- 3
beat rem præcise tradere teneatur, an offerendo solutionem ejus, quod emptoris interest, defungi possit. Ioannes Bulgarus, Azo, Hugolinus, teste Saliceto in *l. 4. C. de act. empt.* censuerunt, venditorem etiam tum, cum facultatem tradendi haber, non posse præcise compelli, ut tradat sed solvendo interesse liberari. Consentiunt. *Alciat. ad l. un. C. de sent. qua pro eo quod inter. Duar. de in lit. jur. c. 22. Don. ad d. l. 4. C. de act. empt. Fach n. 2. contr. 30. Gædd. de contr. ftip. cap. 9. num. 65. & seqq.* Atque eo quoque inclinant *Covar. 2. Var. resol. cap. 19. n. 1. Bachov. in Treutl. vol. 1. disp. 28. thes. 2. Gudelin. 3. de jur. nov. c. 7. Christin. vol. 3. decis. 54. n. 6. & decis. 61. n. 2. item decis. 75. n. 5.* ubi refert, etiam magnum Senatum Mechlinienſem secundum hanc sententiam sæpe pronuntiasse. Firmamenta hujus sententiæ præcipua hæc sunt. 1. In obligationibus faciendi ita in universum jus est, 4
ut debitor liberetur solvendo id, quod interest, *l. si quis 13. §. ult. de re jud. l. stipulationes 72. pr. var. Celsus, de verb. obl.* at talis est obligatio, quia tenetur venditor, *arg. l. si rem 28. d. l. stipulationes. eod. tit. 2.* Non uno in loco traditum legimus, si res vendita non tradatur, in id quod interest, agi, venditorem non tradentem quanti interfit, condemnari, *l. 1. l. 11. §. idem ait 9. l. 12. de act. empt. l. 10. quib. mod. pign. solv. 3.* Hoc amplius differe scriptum est in *l. 4. C. de act. empt.* etiam tum venditorem, quanti emptoris interest, condemnandum cum procacia ejus sit, quominus res tradatur. Atqui nulla procacia, nulla contumacia in eo est, qui facultatem tradendi non habet. 4. Non obscure electio venditori tribuitur, utrum contractum perficere, hoc est, venditionem implere & rem tradere velit, an emptori, quod interest, persolvere, *l. contractus 17. C. de fid. instr.* Cæterum contraria opinio tantum non ubique in pra- 5
xi recepta est, pluresque habet auctores, quibus & meum calculum addo, nimirum venditorem, cui potestas tradendi sit, teneri actione ex empto, ut rem ipsam tradat, nec solvendo emptori id, quod ejus interest, obligationi satisfacere. *Cyn. & Bart. in d. l. stipulationes, de verb. obl.* item *Bart. & Castr. ad d. l. 2. de empt. Bald. in d. l. contractus,*

C. de fid. instr. num. 14. *Salic. in d. l.* 4. *C. de act. empt. Alex. Dec. Ias. ad l.* 9 *si cert. pet.* Ex modernis *Gomez.* 1. *res.* 10. *n.* 22. *Olden. class.* 4. *act.* 1. *Mez. col.* 4. *de natu., empt. n.* 26. *& seqq. Ant. Fab.* 5. *conject.* 17, qui tamen, ut est inconstans, in alteram partem transit *decis.* 85. *error.* 4. sed in Cod. suo *tit. de pact. defin.* 11. refert, Senatum Sabaudiæ secundum hanc posteriorem sententiam judicasse. Ita quo-
6 que decidunt *Rat. Genuens. decis.* 214. *Stat. in theſaur. recept sent. lit. V, Venditor, si facultatem. Pinell. in l.* 1. *C. de bon. matern. part.* 3. *num.* 25. Fundamenta hujus sententiæ potissima sunt 1. rei æquitas, cui minime convenire videtur, ut emptor præcise teneatur pretium solvere, venditor autem contra non teneatur rem tradere; ut emptor rei periculum sustineat: rem tamen consequi non possit: denique ut propter fraudem venditoris, fidem conventionis adimplere, cum potest, recusantis emptor probationis difficillimæ ejus, quod interest, quod & ad exiguam summam plerumque deducitur *l. ult. de stip. prat.* adstringatur. 2. Quod responsum est, tum non posse agi, ut venditor rem tradat, cum, quod multis modis accidere potest, tradendi facultatem non habet, *l. si cum fundum.* 68. *§. ult. hoc tit.* Hinc enim à contrario recte colligitur; cum eam facultatem habet, agi posse, ut tradat. 3. Rescriptum Impp. in *l.* 6. *C. de resc. vend.* Unde sic recte infertur: Si emptor duplo pretij sibi oblato ab emptione recedere non cogitur; igitur nec oblata præstatione ejus, quod interest, utpote cujus æstimatio in venditionibus duplum excedere non potest, *l. un. C. de sent. quæ pro eo quod int. prof.* 4. Probatur hæc sententia omnibus iis juris locis, in quibus traditur, venditorem oportere in primis ipsam rem præstare; obligatum esse, ut præstet, rem habere licere; quod absque traditione possessionis fieri non potest, *l.* 2. *l.* 3. *l.* 11. *§.* 2. *l. si servus* 30. *in fin. de act. empt l. Labeo.* 45 *in fin. hoc tit. l.* 8. *de evict.* 5 Adhuc apertius *leg. bona fides* 50. *& l. si quis* 46. *de act. empt.* quarum in altera scriptum est, venditorem compelli rem tradere; in altera, cogi venditionem implere. Aliud autem est, implere contractum; aliud, id, quod interest, præstare *l. contractus* 17. *C. de fid. instr* 6. Apertissime loco Pauli 1. *sent.* 13. ubi sic scribit; Si id quod emptum est, neque tradatur neque mancipetur, venditor cogi potest, ut tradat aut mancipet. 7. Idem confirmat textus in *§.* 1. *hoc tit.* ubi Iustinianus expresse ait, emptione perfecta & pretium omnimodo solvendum & rem tradendam esse. Item alter in *§.* 2. *sup. de donat.* ubi eandem traditionis necessitatem, quæ incumbit venditori; ad hujus exemplum donatori quoque imponit, ut fatendum sit, aut ei, qui donavit necessitatem traditionis non incumbere, aut si fatemur incumbere, fateamur & incumbere ei, qui vendidit. 8. Postremo non possit venditor, si jure publico ei concessum esset, rem venditam, quam tradere potest non tradere, modo pati velit se condemnari in id, quod emptoris interest, non tradens aut facultatem tradendi sibi adimens, dici frangere, rumpere contractus fidem, ut in *l.* 6. *C. de hared. vend. l.* 10. *C. de act. empt.* Ad argumenta dissentientium non 7
quæram operosas responsiones. Fefellit eos primum, quod putaverunt omnes obligationes faciendi esse ejusdem naturæ, factaque nuda & simplicia, seu quæ in meris faciendi finibus consistunt, qualia sunt, exempli gratia, Romam ire, tabulam pingere, insulam fieri, fossam fodere, similia esse iis, quæ in rei alicujus præstatione & juris possessionisve translatione consistunt, quale est ejus, qui tenetur ex causa venditionis rem tradere: inter quæ multum interesse alij recte docent, *arg. l. in conventionalibus* 52. *§.* 2. *de verb. obl. leg. qui res* 98. *§. mihi de solut.* Nam prioris generis facta sunt ejusmodi, quæ ut quis faciat cogi non possit sine vi & impressione; & ideo ne homini libero vis fiat, placet, in his debitorem non præcise ad faciendum, quod promisit, obligari, imo factum hactenus tantum esse in obligatione, ut faciendo debitor liberetur, peti nunquam possit, sed id solum, quod interest; neque id statim; sed tum demum, cum transierit tempus, intra quod fieri potuit, quod promissum est, ut hic post moram, quasi per speciem quandam novationis, in locum prioris obligationis succedat obligatio in id, quod interest, cujus jam præstandi necessitatem debitor evitare, & faciendo se liberare non potest, nisi ante litem contestatam, *l.* 14. *l. stipulationes* 72. *l. si insulam* 84. *l. servum* 91. *§.* 3. *de verb. obl.* At cum res aliqua tradenda est, non tam illud agitur, ut tradentis factum aliquod interveniat, quam ut in eum, cui res tradi debet possessio transferatur; quod si facto ejus ipsius, qui ad tradendum obligatus est, non facto, judicis auctoritate poterit possessio avocari, atque in eum, cui res tradi debuerat, transferri. Per *l. qui restituere* 68. *de rei vend.* Dissimilitudo clarius apparebit ex paucis quæ subjicimus. Obligationes, in quibus tibi facti præstatio versatur, incertæ sunt, *l. ubi autem* 75. *§ quid id* 7. *de verb. obl.* utpote in quibus id duntaxat, quod interest, (quod vel ex ipsa pronuntiatione apparet incertum esse) ita venit, ut cum effectu peti possit, uti paulo ante demonstratum. Obligatio autem venditoris certa est, quia non continet nudum factum, sed causam bonorum, *l.* 52. *§.* 1. *tit.* id est, certæ rei præstationem cum translatione dominij aut juris usucapiendi, *l.* 80. *§ h. e. l.* 3. *l.* 11. *§.* 2. *l. servus* 30. *§.* 1. *de act. empt.* Ponamus ergo, rem aliquam mihi pure venditam esse; hic dubium non est quin eam

ipsam

ipsam rem quam emi, petere à venditore possim, & vel confestim, vel etiamnum post moram; ex quo porro efficitur, etiam judicem in eandem rem venditorem victum condemnare debere; non in æstimationem; ut sententia sit conformis libello, juxta *l. ult. C. de fideic. libert.* At ex mera faciendi obligatione nec statim agi potest, neque ad facti præstationem licet post moram, sed in id solum quod interest, quamvis promissor faciendo ante litem contestatam liberetur, *l. si insulam* 84. *de verb. obl.* Quamobrem non minus vere, quam eleganter mihi scribere videtur Fayius in *supplem. ad Conn. l. 7. c. ult.* si factum, quod in conventionem deductum est, in rei alicujus præstatione consistat, sive ad dationem, dominiive aut juris alicujus translationem ordinetur, in magis pro datione, quam facto habendum esse, *arg. l. in conventionalib.* 52 §. 1. *junct. l. ubi* 75. §. *ult. de verb. obl.* uti ex contrario datio ad factum ordinata pro facto magis habenda, veluti si ancilla procuratori in rem suam constituto manumittenda detur. Non obstant textus in *l.* 72 *pr. l.* 75. §. 7. *de verb. obl.* ubi fundum tradere cum aliis iisque puris factis conjungitur. Nam ex eo, quod facta omnia in eo conveniunt, quod per se divisionem non recipiant, aut quod per se nude considerata incerta sint, non recto inferueris absolutam convenientiam. Deinde & causa consideranda: potest enim & qui commodato aut precario rogat, rem sibi tradi stipulari, & à quovis possessore. Denique & restituere factum est, & tradere ex causa donationis, dotis, permutationis, &c. Secundo in eo decepti sunt contrariæ sententiæ auctores, quod existimaverunt, obligationem, qua tenetur venditor, esse alternativam, in qua constat, electionem esse debitoris, *arg. l. contractus* 17 *C. de fid. instr.* Nam obligatio venditoris non est alternativa à principio, sed successiva, ut scilicet teneatur in id, quod emptoris interest, si contractum implere, id est, rem tradere nequeat. Nam profecto si alternativa esset, & consequenter venditoris in ea electio, non peccaret, non frangeret fidem venditor, facultatem tradendi sibi adimens eandem rem alteri vendendo. Cur igitur qui hoc facit, crimen falsi committere dicitur? *l. qui duob.* 21. *ad leg. Corn. de falsi.* aut certè stellionatus, si non dixerit mercem liberam esse? *l.* 3. §. 1. *stellionat.* Plane, si dolo aut frustratione venditoris fiat, quominus res tradatur, potest emptor ultro omissa petitione rei agere, ut consequatur quod sua interest; taxandum non jurejurando actoris in litem, sed arbitratu judicis. Quo pertinet species *l.* 4 *C. de act. empt.* & in hanc quoque sententiam tandem concessit *Bachou. not. in paratit. Vvesemb. tit. de act empt.*

Argumentum est emptionis contracta] Sæpe arrhæ nomine aliquid dari ab emptore solet: sed quod ita datur, datur firmandi contractus gratia, & quo facilius probari possit convenisse de pretio, non quod sine arrharum interventu emptio 8
non perficiatur, *l. quod sæpe* 35 *pr. hoc tit.* Datur autem arrha vel simpliciter, ut sit argumentum duntaxat & probatio emptionis contractæ, veluti si annulus detur; vel ut simul postea cedat in partem pretij data certa pecunia, *l.* 11. §. *is, qui vina* 6. *de act. empt. l. ult. de leg. commiss.* Cum arrha tantum ut symbolum data est, implera emptione, id est, re tradita & pretio numerato, restituenda est emptori, utilisque in eam rem est actio ex empto, aut condicto sine causa, *d. l.* 11. §. 6. *de act. empt.* cum in certa pecunia, cedit in defalcationem pretij, nihilque repetitur; sed reliqua pecunia re tradita exsolvenda est, *d. l. ult. de leg. commiss.* Utroque autem casu hoc evenit, ut si postea placuerit emptionem esse irritam, id quod arrharum nomine datum est, emptor repetere possit vel actione ex empto, vel etiam condictione sine causa, *d. l.* 11. §. 6. *de act. empt. junct. l.* 2. *C. quando lic. ab empt. diss.* Et cum ergo utroque casu etiam arrhis intervenientibus solo communi consensu ab emptione recedi possit, apparet, datione arrharum neutrubi rem desinere esse integram: constanter enim traditum est, solo consensu, licet mutuo, ab emptione, & similibus contractibus recedi non posse, nisi adhuc res sit integra, *l. ab emptione* 58. *de pact. l.* 1. *& l.* 2. *C. quand. lic. ab empt. disc.* §. *ult. inf. quid mod. toll. obl.* Quando igitur res integra esse desinit, ut solo consensu ab emptione recedi nequeat? nimirum cum aliquid præstitum est eorum, quæ ex natura contractus præstari debent, ut expressum est in *d. l.* 58. *de pact.* pura si vel venditor rem aut partem rei tradiderit, vel emptor pretium aut partem pretij, *d. l.* 1. *& l.* 2. *C. quand. lic. ab empt. disc. & d.* §. *ult. inf. quib. mod. toll. obl.* Ex quibus apparet, DD. vulgo duplici in errore versari: primum quod existimant, quando arrhæ dantur in nummis, qui postea in pretium imputentur, rem non amplius æstimari integram: deinde quod arrha data in argumentum contractus res sic integra maneat, ut vel uni liceat invito altero ab emptione discedere, emptori cum amissione arrharum, venditori cum duplicatarum restitutione. Quod perquam absurdum est, atque in certissima juris principia impingit. Sed de eo paulo post diligentius. 9

In iis autem, quæ scriptura conficiuntur] Potest contractus emptionis ex voluntate & conventione partium aliam naturam adsciscere, quam est ea, quam ex jure communi & gentium habet, ut scilicet ad vim & constitutionem obligationis scripturam intervenire necesse sit, cum absque tali conventione foret, ut nudo & simplici consensu perficeretur; idque non in emptione solum

sed

sed etiam in aliis causis usu venit, *l. contractus 17. C. de fid instr.* Quando autem id inter contrahentes actum intelligatur, diligenter observandum est. Etenim in scriptis contractum dicitur, non quoties de negotio in conventionem deducto scriptura confecta est, (quippe solent plerumque scripturæ confici, non ut robur & substantiam ex iis contractus accipiat, sed facilioris probationis gratia, & ad futuram rei memoriam) verum tunc demum, cum id actum est, ut non aliter contractus valeat, quam si in scripturam redigatur. Id vero actum intelligitur, ut recte Placentinus & Azo, non tantum cum nominatim & expresse convenit ut non valeret contractus, nisi in scripturam redactus esset: verum etiam si simpliciter convenerit, ut in scriptis contraheretur vel quod idem valet, si ab initio placuerit contractum in scriptis fieri: nam & hic non obscure id agitur, ut contractus non nisi scriptus valeat: neque ad hoc expressiorem conventionem requirit Iustinianus in *d. l. contractus* Consentit *Gloss. hic. Castr. in d. l. contractus, Richard. ibid. n. 3.* Qua etiam ratione si partes aut in ipso actu contrahendi, aut paulo ante contractum petierint, ut calamus afferretur, ut accerseretur notarius contrahendi & conficiendi instrumenti gratia, rem in scriptis geri, & sine scriptura nihil actum voluisse, censeri debent. Quæ sententia etiam rebus judicatis confirmata est, teste *Ant. Fab. C. suo de testibus, defin. 23. & de fid. instr. defin. 14.* quanquam dissentit *Salic. in d. l. contractus.* Et nonnulli alij quos allegat. Et ut causæ serviat, probare videtur *D. Dekher. lib. 2. dissert. 13. num. 3.* At vero si, quod sæpe fit, post contractum initum, & conclusionem negotij, instrumentum de eo confectum fuerit, scriptus potius, quam in scriptis initus, contractus dicetur. Sicuti nec recte quis dixerit, testamenta nuncupativa, quæ hodie frequentantur, per scripturam fieri, licet plerumque scribantur; quoniam ut scribantur, ad substantiam eorum non pertinet, *vid. sup. §. ult. de test. ord.* Sed etsi in contractu ineundo convenerit, ut de eo instrumentum conficeretur, ne sic quidem id actum intelligi debet, ut contractus in scriptis fieret, sed potius ut sine scriptura initus perfectusque ad futuram duntaxat rei memoriam describeretur. Quippe in dubio, si non appareat quid actum sit, credendum est, ad probationem potius, quam ad validitatem actus, scripturam interveniisse, cum actus talis est, qui sine scriptura potest subsistere, *leg. 4. de pignor. leg. 4. de fid. instr. leg. cum res 11. Cod. eodem. & ibi Bald.* ut jure communi magis, quam speciali, contrahentes usi videantur, *leg. Imperator 30 de reb. auctor. iud. possess. alias leg. 15. de priu. cred. Ant. Fab. dd. loc. DD. comm. in d. l. contractus, C. de fid. instr. Christin.* *vol. 3. decis. 29. num. 15. & seq. Andr. Fachin. 2. contr. 97.*

10

Nisi & instrumenta emptionis] Quoties placet, negotium scriptura confici, non ante id pro perfecto habetur, quam in scripturam redactum est, instrumentumque ejus negotij rite confectum. Si privata sit scriptura, sufficit ad completionem instrumenti, propria contrahentium manu id perscriptum esse; modo ne quod scriptum est, pro prima scheda & deletitia, in qua partes aliquid addi aut detrahi & deleri voluerint, habitum sit, tum enim ad perfectionem contractus requiritur, ut scheda illa in mundum redigatur. Quod si instrumentum non ab ipsis contrahentibus, sed ab alia persona privata scriptum sit, id pro completo habetur, cum utriusque contrahentis subscriptione confirmatum est. Si vero instrumentum sit publicum, pura conficiendum per tabellionem sive notarium, id non aliter completum intelligitur, neque vires ullas habet, quam si à notario exceptum perfectumque partibus prælectum fuerit, atque ab ipsis approbatum, *hoc text. & d. l. contractus.* De requisitis instrumenti publici, & quæ de more inseri solent, vid. *Covar. pract. q. 20. Vvesemb parat. de fid. instr. Althus. lib. 3. c. 42. n. 13. & seqq. cum ibi citatis.* 11

Donec aliquid deest, pœnitentia locus est] Cum contractum in scriptis fieri placuit, scriptura ad substantiam contractus pertinere incipit: & ideo quamdiu instrumentum perfectum non est, obligatio non nascitur, & nihil dum actum intelligitur; qua de causa interim etiam pœnitentiæ locus est, licetque alterutri à negotio, quod instituerum est, sine pœna discedere. Cæterum hoc ita, nisi quid arrharum nomine datum sit. Quod cum factum est, placet quidem, adhuc sine mutuo consensu recedi posse; sed emptorem consilium mutantem, quod dedit, amittere; venditorem ejus, quod accepit, duplum restituere, *d. l. contractus, C. de fid. instr. & hoc nostro text.*

Sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata sit]. Id est, celebrari cœpta sit; quam esse mentem Iustiniani, ex eo intelligitur, quod ante dixit, pœnitentiæ locum esse, quamdiu aliquid deest ad perfectionem contractus. Hoc enim ipso aperte significat, cum contractus est perfectus, & nihil amplius ad constitutionem obligationis desideratur, pœnitentiæ locum non esse, nec posse ullo modo unum invito altero ab eo recedere. Ex ipsa constitutione Iustiniani *d. l. contractus.* Id elucet clarius, *verb. super facienda emptione.* Item *non procedente contractus.* Item *qui vendere pollicitus est.* Quæ omnia manifeste ostendunt, nec arrhis datis pœnitentiæ locum esse, nisi contractu adhuc imperfecto. Putaverit autem forte aliquis, hoc non convenire cum eo, quod arrhæ dicuntur 12

esse

esse argumentum emptionis contractæ : ex eo enim sequitur, arrhas non dari, nisi contractu jam perfecto. Respons. Verum est, arrhas plerumque quidem contractu demum perfecto dari solere: cæterum nihil prohibet, quominus & ante contractum dentur super facienda emptione ei, qui vendere pollicitus est, quæ sunt verba *d.l. contractus*. Et in ipso actu contrahendi, quamdiu adhuc contractui aliquid deest, ut est in hoc text. neque id tantum cum in scriptis res geritur, verum etiam cum sine scriptis. Neque enim statim inter partes de pretio convenit : accessionum quoque & finium definitio sæpe tractum temporis habet, & interim aliquid arrhæ nomine dari potest ab eo, qui de re emenda tractare cœpit, ne quis
13 alius facile præverterat. Concedunt omnes, si sine arrhis emptio celebrata sit recedi à negotio sine communi consensu non posse : cæterum si arrhæ intervenerint, putant plerique, etiam tunc locum pœnitentiæ dari, cum contractus jam perfectus est, & posse adhuc ab eo discedi hac conditione, si emptor discedere volens arrhas relinquat, venditor recedens reddat duplicatas. Quod minimè ferendum est. Quid enim certius hac juris sententia, obligationi semel constitutæ renuntiare invito adversario non licere ? *l. 5. C. de obl. & act.* Atque hoc vel maxime valet in contractu emptionis & venditionis, *l. ab emptione* 58. *de pact. leg.* 1. *& 2. Cod. quand. lic. ab empt. disc.* Usque adeo ut constitutum sit, nec ex rescripto Principis ab emptione jure perfecta recedi posse, *l. 3. C. de resc. vend.* Non mutat hanc sententiam arrharum post contractum perfectum interventus, sed magis firmat : quoniam arrhæ non dantur infirmandæ emptionis causa, sed confirmandæ : dantur enim tunc in hoc, ut sint argumentum emptionis jam contractæ, *hoc text. & l. quod sæpe* 35. *eod.* Iam vero absurdissimum est, id quod ad confirmationem contractus datur, ad eversionem ejus flecti : & omnino falsum est, quod pro defensione contrariæ sententiæ affertur, datione arrharum hoc tacite agi intelligi, ut liceat alterutri ab emptione contracta recedere cum jactura arrharum aut duplicatarum restitutione. Neque interpretis est, hujusmodi tacita pacta sine auctoritate legum, & contra mentem atque intentionem contrahentium introducere. Non obstat, quod is, qui nominatim in rem aliquam sibi caver, aliis beneficiis & remediis renuntiare videtur, per *l. & habet* 15. §. 3. *de præscr. l. ult. C. de pact. conv. tam sup. dot.* Id enim tunc obtinet, quando quis sua cautione sibi prospexit de re aliqua, in qua illi prospicitur jure sine cautione privata, ut ostendunt exempla prædd. ll. Locum autem non habet in pluribus cautionibus, quibus quis sibi privatim prospicit. Hoc enim cum sit, posterior cautio præcedentem obligationem magis confirmat, *l. 4. §. si ex conventione, de re jud. leg. prædia* 28. *de act. empt.* Et sic etiam fit in proposito : nam qui emit, privata cautione sibi parat actionem ex empto ; ac proinde nova cautione arrharum non debet videri à priore obligatione recessisse, sed eam magis voluisse confirmare. Hanc sententiam non obscurè probant *Io. Fab. hic. Cyn. & Bart. in d.l. contractus*. certius confirmant *Oldendorp. class. 4. act. 2. Vvesemb. par. n. 9. Don. ad d.l. contractus, n. 12 & seqq. Diod. Tulden. ad tit. C. quand. lic. ab empt. disc. n. 2. Christin. vol. 3. decis. 70. n. 2.* & consuetudine receptam testatur Busius ad *l. 35. in fin. hoc tit.* in Gallia tamen contraria obtinet, teste Pacio in *d.l. contractus, num.* 12.

Qui recusat adimplere contractum] Id est, qui recusat institutam emptionem perficere, aut stare placito emptionis & venditionis futuræ, quod ex iis, quæ præcedunt, perspicuum est. *Adimplere* igitur hic positum pro *perficere*, ut contra *perficere contractum*, dixit pro *implere, d. l. contractus, circa med.* Cæterum cum proprie & distincte loqui volumus, emptionem perfici dicimus solo consensu in mercem & pretium, impleri harum rerum præstatione. Illud simplicem perfectionem & constitutionem obligationis significat; hoc finem ultimum contrahentium, numerationem pretij & rei venditæ traditionem.

TEXTUS.

1. *Pretium autem constitui oportet : nam nulla emptio sine pretio esse potest. Sed & certum esse pretium debet : alioqui si inter aliquos ita convenerit, ut quanti Titius rem æstimaverit, tanti sit empta, inter veteres satis abundeque hoc dubitabatur, constaretne venditio, an non. Sed nostra decisio ita hoc constituit, ut quoties sic composita, sit venditio :* Quanti ille æstimaverit, *sub hac conditione staret contractus, ut si quidem ille, qui nominatus est, pretium definierit, tunc omnimodo secundum ejus æstimationem & pretium persolvatur, & res tradatur, & venditio ad effectum perducatur : emptore quidem ex empto actione, venditore ex vendito agente. Sin autem ille, qui nominatus est, vel noluerit, vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem,*

tionem, quasi nullo pretio statuto. Quod jus cum in venditionibus nobis placuerit, non est absurdum in locationibus & in conductionibus tradere.

NOTÆ.

1 NULLA EMPTIO SINE PRETIO.] *l. 5. §. 1. h.t.* quemadmodum nec sine re, quæ veneat, *l. 8. eod.* Itaque non valet emptio donationis causa contracta, *l. 36. l. 38. eod.* nec cum dicis causa & ἀποσκιάσεως res venditur uno nummo: quæ non vera, sed imaginaria venditio est, *l. 55. eod.* & donationis instar inducit, *l. 46. locat. l. 3 l. 9. C. hoc tit.* Denique nummus unus pretium non est, *l. 10. §. ult. de acq. poss.* emptionis autem substantia consistit ex pretio, *l. 72. h.t.*

CERTUM ESSE PRETIUM] Vel simpliciter, vel de quo constet saltem per relationem ad certam quantitatem: veluti si ita dicat emptor, *quanti tu emisti*, vel *quantum pretij in arca habeo*, *l. 7. § pen. & ult. eod.* Illa autē emptio imperfecta est, cum emere volenti venditor dicit, *quanti postea æstimabitur*, aut *quanti tu æquum putaveris*, *l. 35. §. 1. eod.*

SED NOSTRA DECISIO] Extat in *l. ult. C. h.t.*

OMNIMODO SECUNDUM ÆSTIMATIONEM.] Ergo etiamsi multo pluris aut minoris rem æstimaverit, quam valet. Nisi forte arbitrium ejus tam pravum sit, ut manifesta ejus iniquitas appareat: tunc enim corrigi poterit per judicium bonæ fidei, arg. *l. 78. & seq. pro soc.* Quod si ultra dimidium justi pretij venditor læsus sit, locus est remedio, *l. 2. de resc. vend.*

TUNC PRO NIHILO ESSE.] Igitur hoc casu non recurritur ad arbitrium alterius: uti nec in specie *l. 75. pro soc.* Et generaliter responsum est, non esse recedendum à persona ejus, cujus arbitrium insertum est, *l. 43. de verb. obl.* In testamentis autem plenius voluntates interpretamur, *l. 12. de reg. jur. l. 1. de l. 2. l. 3. §. 1. C. de fideic.*

COMMENTARIVS.

1 *Emptionis substantiam ex pretio consistere: & quid inde.*

2 *Pretium certum constitui oportere, & quando id constitutum intelligatur.*

3 *Emptionem non contrahi, cum definitio pretij generaliter alieno arbitrio permissa est: secus si arbitrio certa persona.*

4 *Quod si res vendita sit eo pretio, quod duo peritis à partibus eligendis constituunt.*

5 *Arbitratoris manifestam iniquitatem corrigi posse officio judicis.*

6 *Explicatur l. in lege 24. in pr. locat. & alia quædam observatu digna notantur.*

QUemadmodum sine re, quæ veneat, nulla emptio intelligitur; *l. 8. hoc tit.* ita nec sine 1
pretio, quod vicissim præstetur, emptio esse potest, *l. 2. §. 1. eod. l. 1. de rer. perm. l. pacta conventa 72. hoc tit.* ubi Papinianus ait, *emptionis substantiam consistere ex pretio.* Itaque non valet emptio, quæ donationis causa contrahitur, *l. cum in venditione 36. l. si quis 38. eod.* aut cum dicis causa prætextu pretij quæsito, res venditur uno nummo, *l. si quis 46. locat.* quæ non vera, sed imaginaria venditio est, *l. nuda 55. d. l. si quis 38. hoc tit. l. imaginaria 16. de reg. jur.* Planè, si non id actum sit, ut totum pretium condonetur, sed res viliore pretio licet donationis causa, vendita fuerit, placet valere venditionem, extra quam si hujusmodi venditio facta sit inter virum & uxorem, *d. leg. 38.* In pretio desiderantur 3 unum, ut id certum sit; alterum, ut constituatur in pecunia numerata. De priore tractatur hoc § de posteriore §. seq

Certum esse pretium debet] Quamdiu pretium 2
incertum atque indefinitum est, emptio imperfecta censetur, nec ulla nascitur obligatio. Itaque si emere volenti venditor sic dicat, *Habebis rem emptam, quanti postea æstimabitur*, nihil adhuc actum intelligitur. Enimvero si traditio secuta sit, volunt DD. comm. inde resultare contractum innominatim quam sententiam probat *Fachin. 2. controv. 1. Buſ. in l. 1. de rer. permut.* contra *Pinell. part. 2. rubr. de resc. vend. Gomez. 2. resol. 2. num. 9.* Quod ego in medio relinquo. Certum duobus modis dicitur, vel simpliciter, cum ab initio certa quantitas exprimitur, vel de quo constat per relationem ad rem certam; veluti si ita dicat venditor; *quanti tu emisti, quantum pretij in arca habeo.* Nam licet hic pretium in præsentia occultum sit & apud contrahentes incertum, re tamen ipsa & in veritate certum definitumque est, *l. 7. §. ult. hoc tit.* Bene Iustinianus, *Quæ per rerum naturam certa sunt, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint, §. pen. sup. de verb. obl.* Quid ergo si venditor sic dixerit, *Res tibi erit empta justo pretio*, aut *eo pretio, quod justum declarabitur*? Adhuc imperfectum negotium videtur: quoniam & justi pretij modus incertus est; quippe quod constitui non potest, nisi ex arbitrio boni viri, quod in mercibus una, & æquabili forma non continetur. Ita post *DD. comm. Pinell. d. part. 2. n. 19. & seq. Gomez. d. loc. n. 9. Surd. decis. Mant. 82. n. 14. Fach 2. contr. 1.* Assentior autem Surdo *d. decis. in fin.* & D. Tuldeno, *comm. hic, cap. 4.* qui venditionem justo pretio factam valere existimant in iis mercibus, quibus publice pretium

consti

constitutum est ut sæpe panis, vini, frumenti, carnium aliarumque rerum ad victum quotidianum pertinentium pretium magistratus definit. Hoc enim casu partes per justum pretium non aliud, quam illud ipsum, quod publice determinatum est, intellexisse videri possunt. Constat autem, etiam illud pro certo haberi, quod certum evadit ex relatione ad id, quod certum est. Et hinc infert *Gomez d. loc.* valere venditionem vini, olei, tritici & similium rerum, factam eo pretio, quo communiter talis res vendatur in foro publico tali die vel tempore.

3 *Inter veteres dubitabatur*] Dubitatum olim fuit an valeret emptio definitione pretij collata in arbitrium alterius. Quidam id affirmabant, quasi res omnis in arbitrium boni viri rejecta censeri deberet; nec incertum videri, cujus definitio pendeat à tali arbitrio, quod uno & perpetuo tenore constat. Alij id negavere, hoc forte argumento nixi, quod pretia rerum æstimatione communi, non ex affectu singulorum, fungunur, *l. pretia 63. ad leg. Falc.* Fuere denique, qui distinguendum existimabant, utrum electum esset arbitrium boni viri simpliciter, an vero nominatim arbitrium certæ personæ. Hanc quæstionem Iustinianus *hoc §. & l. ult. C. eod.* ita decidit, si definitio pretij collata sit in arbitrium certæ personæ, puta hoc modo. *Fundus ille tibi emptus est, quanti Titius æstimaverit*, hac conditione staret emptio, si persona nominata pretium definiret. Quod si ille, qui nominatus est, vel noluerit pretium definire, vel non potuerit, forte jam mortuus, tum emptio nulla sit, quasi nullo pretio constituto. Illud autem semper constitit, in arbitrium unius ex contrahentibus definitionem pretij frustra conferri, *l. quod sæpe 35. §. 1. hoc tit.* ne scilicet in potestate ementis aut vendentis sit, utrum debeant, an non debeant, *l. 7. in pr. eod. l. 13. C. eod. l. 2. §. 3. quod cert. loc. Pinell. d. part. 2. cap. 1. num. 6. Gomez. de resol. cap. 2.*
4 *num. 19.*

Quanti ille æstimaverit] Arbitrator scilicet nominatim electus: nam si pretium alieno arbitrio generaliter permissum sit, placet emptionem non contrahi, uti nec locationem, mercede in alienum arbitrium indefinite collata, *l. si merces 25. princ. locat.* veluti, *fundus tibi emptus est, quanti alij æstimabunt*, aut *quanti vir bonus æquum putaverit*, non facta relatione ad judicem vel certam personam, *arg. d. l. ultim. C. hoc tit. Pinell. d. loc. num. 5.* Quid vero si emptio facta proponatur eo pretio, quantum constituent duo periti eligendi; alter ab emptore; alter à venditore? Consequens est superioribus, ut dicamus, emptionem non valere: quoniam ne hic quidem certa persona designatur; adeoque eadem hic incertitudo est, quam habet designatio justi pretij, vel pretij in arbitrium boni viri collatio: nam & hæc sic interpretaremur, ut eligeretur aliquis, qui neutri improbaretur, aut ut quisque eligeret unum, qui pretium statueret aut justi pretij modum. Quin fieri etiam potest, ut ipsi contrahentes circa electionem peritorum dissentiant: neque enim hæc peritia certum usque habet tenorem: Non obstat *l. 16 §. ult. de pign.* nam ibi negotium subsistit ex pacto pignoris. Ita pro Pinello *d. loc. num. 6.* contra Fachinæum 1. *contr.* 1. & sententiam communem disputat D. Tardeus *comm. hic cap.* 5. communis tamen sententia in foro obtinet, ac consuetudine hujus sæculi potissimum inter mercatores viget, *D. Paul. Bus. in l. 1. n 8. de rer. perm.*

Omnimodo secundum ejus æstimationem] Hoc idem expressum est in ipsa constitutione Iustiniani *l. ult. C. hoc tit.* Ergo etiamsi Titius arbitrator multo pluris aut minoris rem æstimaverit, quam valet, dicendum est valere contractum. Sane si arbitrium Titij tam pravum est, ut manifesta ejus iniquitas appareat, consentiens fere omnium opinio est, arbitrio boni viri iniquitatem corrigi posse. Quod sic accipiendum est, corrigi posse, non remedio aliquo restitutorio, sed officio judicis, quod actioni bonæ fidei subservit, exemplo societatis. Ut enim, si partibus societatis definiendis arbiter electus partes manifeste iniquas constituerit, iniquitas arbitrij per judicem corrigitur instituta actione pro socio, *l. in proposit. 78. & seq. pro soc.* ita quoque si pretio declarando sumptus in contractu emptionis, aperte iniquum & nimis magnum definierit, & venditor illud peràt, poterit judex, ostensa iniquitate, ex officio id moderari, propter clausulam ex bona fide. Ita *DD. comm. hic, & in d. l. ult. C. eod.* Quæ sententia cum sit æquitati plane consentanea, utique civiliter accipi oportet, quod hic ait Iustinianus, omnimodo secundum æstimationem arbitratoris pretium solvendum esse, ut scilicet his verbis non excludatur officium judicis in corrigenda manifesta iniquitate, etiamsi ea dimidium justi pretij non excedat: nam ad eam, quæ excedit, rescindendam speciale remedium competit, *l. 2. C. de rese. vend.* Inter quæ hoc interest, quod officium judicis locum non habet, nisi cum re adhuc integra agitur ex empto aut vendito ad implendum contractum: nam si juxta factam æstimationem res tradita sit & pretium solutum, officio judicis corrigi iniquitas non potest. Quod si ultra dimidium justi pretij alteruter læsus sit, hic locus est remedio rescissorio. *d. leg. 2. Cod. de rese. vend. add. Bachov. comm. hic, & D. Tulden. cap. 9.*

Pro nihilo esse venditionem] Igitur in proposito

non recurritur ad arbitrium alterius, tanquam electum sit arbitrium boni viri. Idque etiam ante Iustinianum in partibus societatis definiendis obtinuisse constat, *l. si coita 75. pro soc.* Quin etiam Ulpianus generaliter respondet, non esse recedendum à persona ejus, cujus arbitrium insertum est, *l. si quis 43. de verb. obl.* Neque hic obstat, quod scriptum est, *l. in lege 24 pr. locat.* si in lege locationis comprehensum sit, ut alterius arbitratu opus approbetur, boni viri arbitrium comprehensum videri: nam istic non contractus aut substantialis aliqua pars contractus in arbitrium alterius confertur, sed mercede pro opera constituta; & sic tractu jam perfecto, accidentale aliquid, nimirum qualitas seu approbatio operis, quod redemptor faciendum conduxit. In hujusmodi specie id actum merito intelligitur, ut arbitrium tale præstetur, quale viro bono convenit, ne alteri injuria fiat: & hoc bona fides exigit. Pari de causa si quid accidentale (nam essentialia non possunt) arbitrio alterutrius è contrahentibus permissum sit, placet in viri boni arbitrium id collatum videri, ut actus sustineatur; qui frustraneus foret, si persona contrahentis tantum comprehensa intelligeretur; quippe in cujus potestate sit, non arbitrari, *l. 7 pr. hoc. tit. d. l. 24. locat.* In testamentis, in quibus voluntates plenius interpretamur, *l. 12. de reg. jur.* hoc perpetuum est, ut legatum in alterius arbitrium collatum, in boni viri arbitrium collatum intelligatur; & sive is, in cujus arbitrium collatum est, arbitretur, sive non arbitretur semper utile sit, *l. 1. de leg. 2. l. 3. §. 1. C. comm. de legat.*

Et in locationibus] *d. l. ult. C. hoc tit.* Verba pene integra constitutionis Iustiniani, quæ & hoc §. repetuntur, ad Gaium in *l. merces 25. princ. locat.* appinxit Tribonianus.

TEXTUS.

2. *Item pretium in numerata pecunia consistere debet. Nam in cæteris rebus an pretium esse posset, valde quærebatur; veluti, an homo, aut fundus, aut toga, alterius rei pretium esse possit. Et Sabinus & Cassius etiam in alia re putabant, pretium posse consistere: unde illud, quod vulgo dicebatur, permutatione rerum emptionem & venditionem contrahi: eamque speciem emptionis & venditionis vetustissimam esse. Argumentoque utebantur Græco Poëta Homero, qui aliquam partem exercitus Archivorum vinum sibi comparasse ait permutatis quibusdam rebus, his verbis:*

Νῆες δ' ἐκ Λήμνοιο πεφόρτατο οἶνον ἄγυσσαι.
Ἔνθεν ἄρ' ἐννίζοντο κομησάμενοι Ἀχαιοί,
Ἄλλοι μὲν χαλκῷ, ἄλλοι δ' αἰθωνι σιδήρῳ.
Ἄλλοι δ' ῥινοῖς, ἄλλοι δ' αὐτῇσι βόεσσιν,
Ἄλλοι δὲ κεφαλῇσι.

Hoc est.

Adnecta è Lemno tunc vina fuere carinis.
Inde capillati sibi vina parare Pelasgi:
Ære micante alii, nitido pars altera ferro,
Pars bubulis tergis, ipsis plerique juvencis.
Pars quoque mancipiis.

Diversa schola auctores contra sentiebant; aliudque esse existimabant permutationem rerum, aliud emptionem & venditionem; alioqui non posse rem expediri, permutatis rebus, quæ videatur res venisse, & quæ pretij nomine data esse: nam utramque videri & venisse & pretij nomine datam esse, rationem non pati. Sed Proculi sententia, dicentis, permutationem propriam esse speciem contractus à venditione separatam, merito prævaluit: cum & aliis Homericis versibus adjuvabatur, & validioribus rationibus argumentabatur. Quod & anteriores Divi Principes admiserunt, & in nostris Digestis latius significatur.

NOTÆ.

2. PERMUTATIONE RERUM EMPTIONE CONTRAHI] Permutatio instar obtinet emptionis. Unde in ædilitio edicto cum permutatum est, uterque & venditoris & emptoris loco habetur, *l. 19. § pen. de adil. edict.*

HOMERO] *lib. 7.* Iliad. Magis pro hac sententia facit locus ejusdem Poëtæ *lib. 1. Odyss. circa fin.* τὴν πὶν Λαέρτης πολλὰ πτῆσιν ἐοῖσιν. Id est, *quam* (Eurycleam ancillam) *olim Laërtes emerat possessionibus suis.* Quem locum subministrat Paul. *d. l. 1. §. 1. h. t.*

DIVERSÆ SCHOLÆ AUTHORES] Nervam & Proculum intelligit, *d. l. 1. §. 1. in fin. eod.*

NON POSSE REM EXPEDIRI] Id est, non posse intelligi aut discerni, &c. *d. l. 1. §. 1. l. 1. pr. de rer. perm.* addit Paulus & duo alia, quod venditor non cogitur rem emptoris facere, sed evictionis tantum nomine obligatur; in permutatione autem utrinque res accipientis fieri debet. Item quod emptio nuda consentientium voluntate contrahitur; permutatio autem ex re tradita initium obligationi præbet, *d. l. 1. pr. §. 2. & 3.*

ALIIS HOMERICIS VERSIBUS] Quos vide apud Paul. *d. l.* 1. §. 1. *hoc tit.* & Theoph. hic. Excipi tamen hic posset, poëtam, dum metro servit, verborum proprietatem insuper habuisse.

VALIDIORIBUS RATIONIBUS] Validissimum argumentum est, quod in contractu emptionis res & pretium distincta esse debent; quod nec Sabinus negabat.

ANTERIORES D. PRINCIPES] Diocletianus & Maximianus, *l. pen. C. de rer. perm.*

COMMENTARIUS.

1 *Summa dispositionis Pauli in l. 1. hoc tit.*
2 *Pretium in alia re, quam pecunia numerata, constitui non posse, ex sententia Proculi.*
3 *Excutiuntur argumenta, quibus Sabinus probare conatus est, permutatione rerum emptionem contrahi.*
4 *Usum pecuniæ signatæ perantiquum esse.*
5 *Quibus & quam validis rationibus Proculus demonstrarit, & emptionem & permutationem planè diversa esse.*
6 *Defenditur Sabini & Cassij sententia.*

1 ANtiquissima ratio commutandi inutilia cum utilibus, & comparandi res necessarias, permutatio fuit: quæ cum duo hæc incommoda haberet, unum, quod non semper concurrebat, ut quod alter haberet, alter desideraret; alterum, quod etsi concurreret, inæqualis tamen rerum esset æstimatio: invento tandem nummo, quo res cæteræ æstimarentur, & qui mensura esset omnium, his difficultatibus occursum est; cœperuntque homines res sibi necessarias comparare pretio earum in nummis seu pecunia numerata vicissim dato: quod genus commercij emptio & venditio appellatur, & secundum Nervæ ac Proculi sententiam à permutatione multum distat. Hæc summa est disputationis Pauli in *l. 1. hoc tit. & hujus loci.*

2 *In numerata pecunia*] Alterum, quod in pretio desideratur, est ut illud consistat in nummis seu numerata & signata pecunia. In aliis rebus pretium non posse consistere, nec rebus utrinque intervenientibus emptionem fieri, ex sententia Nervæ & Proculi pridem placuit *hoc text. l. 1. §. 1. eod. l. 1. de rer. perm. l. 9. C. hoc tit. l. pen. C. de rer. perm.* Enimvero si pretium ab initio in pecunia numerata constitutum fuerit, consentienti postea venditori etiam alia res in solutum dari potest contractu non mutato, *leg. 9. C. de rescind. vend.* quippe circa formam & distinctionem contractuum initium, non exitum, spectamus, *l. 1. §. idem Pomponius 13. depos.*

Sabinus & Cassius etiam in alia re] Sabinus & Cassius putabant, non tantum in pecunia numerata, verum etiam in quavis alia re pretium consistere posse, rerumque permutatione emptionem quoque & venditionem contrahi. Utebantur ad 3
confirmationem sententiæ suæ hoc argumento; Si emptio & venditio jam tum in usu erat, cum nondum esset nummus, nihil obstat, quominus & post repertos nummos sine iis consistat, &c. Assumptionem probabant auctoritate Homeri, qui *lib. 7. Iliad.* refert, Græcos vinum ex Lemno advectum sibi comparasse ære, ferro, rergoribus, bobus, mancipiis, utens verbo οἰνίζεσθαι, quod est οἶνον ἀγοράζειν, *vinum emere, mercari.* Alium locum ejusdem Poëtæ, & qui magis pro hac sententia facit, Paulus, *l. 1. §. 1. hoc tit.* subministrat ex libro 1. *Odyss. circa finem.*

Τῷ ποτε Λαέρτης· πρίατο κτεάτεσσιν ἑοῖσιν.

id est, *quam* (Euricleam ancillam) *olim Laërtes emerat possessionibus suis.* Nerva vero & Proculus contra disputabant, pretium non nisi in nummis posse consistere contractumque emptionis & venditionis à permutatione multum differre; quibus etiam cæteri fere assenserunt: argumenta eorum mox videbimus. Illud Sabini & Cassij ex Homero non putabant esse magni ponderis. Nam verbum οἰνίζεσθαι esse ambiguum, quod pro subjecta materia & ad permutationem & ad emptionem accomodari possit: & ideo apud Poëtam *d. loc.* ad permutationem potius quam ad emptionem referendum: quod etiam Paulus notat *d. l. 1. §. 1. hoc tit.* Illa quidem,

Πρίατο κτεάτεσσιν ἑοῖσιν,

Sabini opinionem magis juvant: nam verbum πρίασθαι proprietate & vi sua non potest ad alium contractum, quam ad emptionem referri: & tamen emptio ista sine nummis facta est, sive verba Homeri sic interpreteris, *emit possessionibus* aut *facultatibus suis*, id est, *de suo*, sive ut alij, *emit & emptam præfecit facultatibus suis*, ut subaudiatur præpositio ἐπὶ: quoniam mox subjicit Poëta, pretium datum esse viginti boum. Sed tamen ne hoc quidem satis esse videtur ad probandum emptionem ibi revera contractam fuisse: quippe cum poëtæ dum metro serviunt, verborum proprietatem sæpe negligere cogantur. Inspicienda semper est rei veritas, quam si sequimur, statuendum omnino viderit, emptionem & venditionem non esse nisi nummi intervenerint, etiamsi dictum sit, me fundo meo emisse fundum tuum & ideo Plinius *lib. 13. c. 1.* ex Homero eandem rerum permutationem referens, quæ hic memoratur impropriè loqui credendus est cum dicit Græcos *vinum* emptitasse *coriis boum*, &c. Illud ex anti- 4
quis historiis, adeoque ex ipsa historia Mosis *Genes. c. 23. & c. 42. cum aliquod seqq.* constat, usum nummi & signatæ pecuniæ antiquissimum esse, & Trojanis temporibus multo antiquiorem. Plinius

leg.7. c.56. scribit, Liberum Patrem primum instituisse emere & vendere. Qui Liber Pater temporibus Mosis fuisse dicitur multo ante bellum Trojanum quamquam primus numerorum auctor per Græciam celebratur Phædon Eleus, qui Homero longè recentior fuisse fertur; *Strabo lib.* 8.

Diversæ scholæ auctores contra] Videlicet Nerva & Proculus. Hi negabant; pretium rei venditæ in alia re consistere posse, quam in pecunia numerata, dicebantque, emptionem & venditionem diversam esse speciem contractus à permutatione. Sic vero illi argmentabantur. In 5 contractu emptionis & venditionis hæc perpetuo distincta esse oportet, pretium & mercem: sicut enim aliud est emere, aliud vendere, alius emptor, alius venditor, ita & aliud pretium, aliud mercem esse. At in permutatione uti discerni non potest, uter emptor, uter venditor sit, ita nec utra res videatur venisse, utra pretij nomine data. Rationem autem non pati, ut dicamus, utramque & venisse & pretij nomine datam, *l.1. §.1. in fin. hoc.tit. l.1. de rer.perm.* Atque hæc Proculi & Nervæ sententia tandem obtinuit, & constitutionibus Principum comprobata est, *l. pen. C. de rer.perm.* Paulus in *d.l.1 de rer.perm.* duas alias inter emptionem & permutationem differentias notat. 1. Quod venditor non cogitur rem emptoris facere, sed sufficit ei ob evictionem se obligare, possessionem tradere & purgati dolo malo: itaque si evicta res non sit, nihil venditorem debere. At in permutatione utrinque rem accipientis fieri debere, ideoque rem alienam dantem nullam contrahere permutationem, *d.l.1. pr. junct.* § 3. 2. Quod in emprione ex nuda consentientium voluntate obligatio nascitur, in permutatione res demum tradita initium obligationi præbet, §.2. *ejusd. l. congruit l.3. C. eod.* sed utrumque hoc est à civili jure Romanorum

Aliis Homericis versibus] Puto, eos versus significari, quos Paul. *l.1. §.1. h.t.* citat ex *lib.6 Iliad.* ubi Poëta refert, Glaucum centum boum arma aurea permutasse cum æreis Diomedis armis novem boum. Quo loco utitur verbo ἀμείβω, quod est proprium permutationis. Eosdemque versus in hanc sententiam etiam Theophilus citat. Sed profecto parum in utramque partem valere debet auctoritas Poëtæ, quem dici potest, dum metro servire cogitur, verborum proprietatem insuper habuisse.

Validioribus rationibus] Validissimum illud argumentum est, quod in contractu emptionis res & pretium distincta esse debent: quod nec Sabinus negabat: & tamen necessario inde sequi videtur, pro re non posse aliam rem ut pretium dari sed opus esse pecunia signata: alioqui emptionem non esse, sed alium contractum. Atque hæc quidem ita pro Paulo Proculique & Nervæ sententia speciosè disputantur. Cæterum si quod re- 6 est fateri, & liberè philosophari volumus, verior est illa Sabini & Cassij, qui rebus etiam invicem permutatis ritè venditionem perfici dixerunt, eamque esse antiquissimam emptionis & venditionis speciem, quæ permutatione rerum contraheretur. Nam & in antiquis permutationibus, quantumvis citra nummum fierent, utique venditor ab emptore pretium à merce distinguebatur: atque hoc tum ex rebus ipsis quæ dabantur, tum ex animo & proposito contrahentium intelligi poterat. Qui animo rei suæ distrahendæ permutabat, erat venditor; alienæ habendæ, emptori Æs, ferrum, aurum, argentum rude, pro pretio erant: sed & per boves quoque rerum æstimatio fiebat. Ita apud Homerum vinum quod è Lemno in castra Achæorum advehebatur, merx erat, qui advehebant, venditores; Achæi autem emptores, pretium, quo vinum sibi comparabant. æs, ferrum, bubulæ pelles boves, &c. Didymus in Homer. οἰνίζονται οἶνον, ὠνοῦνται, Laërtes emptor Euricleæ, pretium viginti boves. Idem Poëta arma Glauci & Diomedis pretio æstimans dicit, illum ἑκατόμβοιον, hunc ἐννεάβοιον habuisse. Quod si negamus, permutationem veteribus usitatam venditionis & emptionis nomine appellandam, cur hæc omnia in suis permutationibus distincta nominibus agnoscunt, emptorem, venditorem, mercem pretium, ὠνὸν, πρᾶσιν, ὠνοῦν, φέρνην? An nulla tunc temporis mercatura, nullæ res venales, nulli emptores aut venditores fuerunt? & cur non loco pecuniæ signatæ res alia, puta æris, argenti aut ferri rudis massa, aut quid aliud, quod in ἀνταλλάγματος detur pretio fungi queat, licet ex nummi usu certius hæc distincta; Est tamen species aliqua permutationis veteribus etiam nota, ab emptione & venditione planè diversa, & in qua nullo modo discerni potest, uter emptor, uter venditor sit, utrum pretium, utrum merx; nimirum ubi quis non animo vendendi rem suam cum altero permutat, qui nec ipse rem alienam emptam velit; sed cum ita inciderit, ut huic res alterius, illius alteri placeat, si de commutando invicem convenerint veluti si arma cum armis, chlamys cum chlamyde, fundus cum fundo fortè commutentur: quod genus permutationibus Græcis proprie ἀμοιβὴ, Gallis *troc*, Batavis *revilling*. appellatur: quibus verbis emptionis & venditionis nomina minimè conveniunt. Fusius in hanc sententiam disserit doctissimus Salmasius *lib. de usur. cap.* 13. & tanto judice in hac quæstione vincit schola Cassij & Sabini.

TEXTUS

TEXTUS.

3. *Cum autem emptio & venditio contracta sit, (quod effici diximus simul atque de pretio convenerit, cum sine scripturare agitur) periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit, vel aliqua parte emptori læsus fuerit, aut ades totæ, vel aliqua ex parte, incendio consumptæ fuerint, aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquæ, aut arboribus turbine dejectis, longè minor aut deterior esse cœperit, emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. Quicquid enim sine dolo & culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. Sed & si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accesserit, ad emptoris commodum pertinet. Nam & commodum ejus esse debet, cujus periculum est. Quod si fugerit homo, qui veniit, aut surreptus fuerit, ita ut neque dolus, neque culpa venditoris intervenerit, animadvertendum erit, an custodiam ejus usque ad traditionem venditor susceperit. Sanè enim si susceperit, ad ipsius periculum is casus pertinet: si non susceperit, securus est. Idem & in cæteris animalibus, cæterisque rebus intelligimus. Vtique tamen venditionem rei, & condictionem exhibere debebit emptori: quia sanè qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipse dominus est. Idem etiam est de furti, & de damni injuria actione.*

NOTÆ.

3. CUM SINE SCRIPTURA] Et putè: nam si sub conditione, non ante emptio perficitur, quam conditio impleta sit: & ideo interim periculum venditorem respicit, *l. 7. h. t. l. 8. per & comm. rei vend.* cui respectu periculi similis venditio vini, olei, &c, pretio in singulas amphoras aut metretas constituto, *l. 35. §. 5. h. t.*

PERICULUM REI VENDITÆ.] Id est, certæ speciei. Aliud est, si quis v. c. vendiderit decem boves in genere: nam genus perire non potest. *l. 11. C. si cert. pet.*

EMPTORI TRADITA NON SIT] Dummodo culpa aut mora venditionis non intercesserit, *l. 23. l. 91. §. 3. de verb. obl.*

EMPTORIS DAMNUM EST] Sententia constanter à veteribus tradita, *l. 7. l. 8. deper. & comm. l. 35. §. 4. h. t. l. 5. §. ult. de resc vend. l. 1. 4. pen. & ult. C. h. t. cum simil.* Non obstat, quod venditor rei nondum traditæ adhuc dominus sit; res autem dicatur perire suo domino. *l. 9. C de pign. act.* Hoc enim verum est, nisi dominus rei idem sit & debitor ejusdem, ut in proposito venditor: qui ob id communi jure omnium debitorum certæ rei utitur, *l. 23 de verb. obl.*

SINE DOLO ET CULPA] Emptio & venditio est contractus in quo utriusque utilitas versatur. Itaque ex natura horum contractuum venditor non nisi dolum & culpam præstat, *l. 5. §. 2. commod.*

NAM ET COMMODUM] *l. 10. de reg. jur. l. 7. de per. & comm. l. 1. C. eod.* & iterum vice versa, quia commodum omne ad emptorem pertinet, etiam, incommodum ferre debet.

AN CUSTODIAM] Φυλακὴν ἀκριβεστάτην, custodiam majorem, quam natura contractus defiderat *l. 13. de reg. jur.*

UTIQUE TAMEN VINDICATIONEM, &c.] *d. l. 35. §. 4. d. l. 31. l. 14. de furt. in pr.*

ADHUC IPSE DOMINUS EST] *d. l. 14.* Non enim nudis pactis aut contractibus, sed traditionibus dominia rerum transferuntur, *l. 20. Ced. de pact. l. 40. sup. de rer. div.*

DAMNI INIURIÆ.] Ex lege Aquilia, *v. inf. lib. 4. tit. 3.*

COMMENTARIVS.

1 *Summa juris constituti de periculo & commodo rei venditæ.*

2 *Quando emptio perfecta intelligatur: ex quo de periculo & commodo statuendum.*

3 *Periculi nomine plerumque quidem etiam casum fortuitum intelligi, sed non semper.*

4 *Quid sit res vendita, quæ pondere, numero, mensura constat.*

5 *Quid si vinum, quod veniit, degustatum sit, nondum admensum.*

6 *Conventione naturam contractus immutari posse & quid si culpa aut mora venditoris intervenerit.*

7 *Auctoritates & rationes, quibus evincitur, rei venditæ periculum statim ad emptorem pertinere.*

8 *Occurritur argumentis auctorum contrariæ sententiæ, & explicatur l. 33. loc. it.*

9 *Quid juris apud nos cõstitutione Carodi. V. 1529.*

10 *Venditorem levis dumtaxat culpæ, non etiam levissimæ nomine teneri, nisi custodiam rei in se susceperit.*

11 *Cur vendicatio rei & cætera actiones hic memoratæ ante traditionem emptori non competant, sed à venditore ei præstanda.*

INtroducitur hoc loco quæstio de periculo & commodo rei venditæ & nondum traditæ, ad 1
utram interim utrumque pertineat, ad venditorem, an ad emptorem. Quæstio insignis, & quæ separatim propriis *tit. in ff. & C.* explicari meruit. Summa juris de hac specie constituti hæc est; Placet, simul atque emptio perfecta est, licet res nondum tradita sit, omne commodum, & vicissim omne periculum atque incommodum rei, quod sine facto venditoris contigit, emptorem sequi. Sententia innumeris locis tradita, *l.7. l.8 de per. & comm. rei vend. l.1. l.4. pen. & ult. C. eod. l. quod sæpe 35. §. si res 4. hoc tit. l. 5. §. ult. de resc. vend. cum similib. & hoc text.* Quamobrem necessario sciendum est, quando emptio perfecta censeatur: 2
tunc enim sciemus, cujus periculum aut commodum sit. Et quidem si pura est emptio, & sine scriptura negotium geritur, statim ea perfecta intelligitur, ut de pretio convenit: si in scriptis rem geri placuit, instrumento contractus ritè confecto, tunc enim obligatio constituta est, à qua sine communi consensu recedere non licet; sed hoc solum restat, ut partes fidem contractus impleant, emptor pretium persolvat, venditor rem tradat, ad quod ille actione ex vendito, hic actione ex empto compelli potest, de quo uberius explicatum est in *pr. hujus tit.* Quod si sub conditione emptio contracta sit, tunc ea perficitur, cum impleta fuerit conditio, *l.7. d. si quis 37 hoc tit. d. l.8. de peric. & commod.* Itaque ubi purè res venit, statim periculum & commodum ad emptorem respicit: ubi sub conditione, cum conditio exiterit: nam si defecerit conditio, nulla est emptio, pendente autem conditione quod damnum aut commodum contingit, ad venditorem pertinet; ut tamen si res adhuc extet, licet casu aliquo deterior facta, placeat hoc damnum emptoris esse: distinctio tradita in *d. l.8. de peric. & commod. rei vend. tacit. l.* 10. *eod. l.5. C. eod.* Qui vero periculum 3
dicit, is quidem plerumque etiam casum fortuitum intelligit, *l.4. l.11. de reb. cred. l. si gratuitam 17. §. 1. 2 pen. de præscr. verb. l.12 cum 2. ll. seq. de peric. & commod. l.1. C. de commod. l.9. §. de pign. act.* sed non semper. Nam interdum etiam periculo nostro res esse dicitur, in qua culpam præstamus, & maximè levissimam, non etiam casum improvisum, *l.13. §.1. de lib. caus. l. qui mercedem 42. locat l. nec obeam 25. pro soc. l.14. §. qualis 16. de furt. l.1. §. sæpe 35. de pos. l.3. pr. mand. camp. fl. 6* & passim hæc phrases occurrunt, *periculum custodiæ, ultro; periculo culpæ, negligentiæ subjici, adstringi, illigari, l.un. §. quod ff. 4. furt. adv. natu. caup. l. tutores 38. §. tutores 12. & l. seq. de adv. tut. d.l. 1. §. sæpe depos.* In quæstione proposita 4
prior significatio obtinet. In rebus, quæ ponderе, numero, mensura constant, velut frumento, vino, oleo, argento, modo ea ferrantur, quæ in cæteris, ita ut simul atque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio: modo ut etiamsi de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio (unique ratione periculi) quam si admensæ, appensæ, adnumeratæ sint. Est vero in his rebus propria hæc distinctio, ut si omne vinum vel oleum, vel frumentum, vel argentum uno pretio sive verbonum venierit, idem juris sit, quod in cæteris rebus, perfectaque emptio intelligatur, statim ut de pretio convenit. Quod si hæc non uno pretio, sed ita venerint, ut in singulas amphoras vini, in singulas metretas olei, in singulos modios frumenti, in singulas libras argenti, certum pretium diceretur, non prius quamvis ad periculum, perfecta videatur venditio, quam res hujusmodi adnumeratæ, admensæ, appensæ sint, quasi venditio sub hac conditione contracta sit: textus elegans in *l. quod sæpe 35. §. in his 6. hoc tit. l.2. C. de per. & commod. rei vend.* Ergo si quod damnum rei venditæ interea contigerit, ad venditorem, non ad emptorem, id pertinebit, quasi imperfecta adhuc emptione, *l.1. de peric. & commod. d.l. 2. C. eod.* Quid autem dicimus, si vinum 5
degustatum sit, sed nondum admensum? Non poterit verum esse, quod dici solet, plenissime videri venisse vinum, cum fuerit degustatum, atque ex eo tempore periculum ad emptorem spectare, *d. l.1. de peric. & commod.* Id enim tunc rectè dicitur cum singulatim emptæ sunt certæ vini amphoræ, perfectaque venditio est. Cui convenit, quod Paulus ait, aliam causam esse degustandi vini, aliâ metiendi: gustum enim ad id tantum proficere, ut improbare liceat; mensuram vero non ut plus vel minus veneat, sed ut appareat, quantum ematur, *l. si in emptione 34. §. alia causa 5. hoc tit.* Proinde facta etiam degustatione, cum nondum perfecta emptio est periculum qualitatis, puta acoris, aut mucoris, non minus quam substantiæ, spectabit ad venditorem; quippe ad quem omne damnum pertinet, quod ante perfectam venditionem contingit. Planè, si emptor vina degustaverit, & male probaverit, jam tum fortè acida aut mucida, de se queri debebit, nec eo solo prætextu, quod nondum perfecta sit emptio, ea improbari postea potuit, quæ semel probavit, *l. si vina 15. de peric. & commod. vid. Gloss. & DD. in d. l. quod sæpe §. 4. & 5. hoc tit. & ad. l. 1. ff. l. 2. C. de peric. & commod. rei vend. Gomez. 2. var. resolut. cap. 3.*

cap. 3. num. 32. Afflict. decis. 280. num. 4. & decis. 399. Ant. Capic. decis. Ne p. 14. eleganter Anton. Fab. *Cod. suo. de per. & commod. rei vend. defin. 1. Christin. vol. 3. decis. 74.* Atque ita quidem, ut diximus res se habet ex natura contractus. Cæterum sciendum est, naturam contractus posse immutari conventione contrahentium, atque effici, ut & damnum, quod post perfectam emptionem contingit, non ad emptorem, sed ad venditorem pertineat; & quod ante perfectam emptionem contingit, pertineat ad emptorem, *l. 1. l. 10. de per. & comm. rei vend.* quippe contractus ex conventione legem accipiunt, *l. contractus 23. de reg. jur.* Præterea regulam, secundum quam periculi post perfectam venditionem ad emptorem respicit: non sequimur, si res perierit aut deterior facta sit culpa venditoris; sed aliam communem omnium contractuum, in quibus utriusque utilitas versatur, ut dolum & culpam venditor præstet, *l. 5 §. 2. commod. l. 23. de reg. jur.* Pertinet huc species *l. 12. iunct. l. 14 in pr. de peric. & commod.* Postremo & mora venditoris regulam mutat, facitque, ut periculo rei venditæ etiam post perfectum contractum venditor subjiciatur, *l. 4. l. ult. C eod. tit.* Sed hic vires recipit regula, si postea iterum offerente venditore emptor moram fecerit in accipiendo, *l. si ted. 17. d. tit.* estque hoc jus commune omnium debitorum, *l. 5. de reb. cred. l. si ex legati. 23. l. si servum 91. §. 3. de verb. obl.*

7. *Periculum rei venditæ ad emptorem statim pertinet*] Hoc constanter à veteribus traditum est, cum omnibus illis locis, quos superius in hanc sententiam allegavimus, tum etiam plurimis aliis, ut *l. 10. §. 1. l. 11. de per. & commod. l. 2. § 1. l. 4 §. idem. 4. de in diem addict. leg. si ea res 31. de act. empt l. ultim. de cond. ca. dat. l. 15. de jur. dot. l. 11. §. plane. 9. & seq. quod vi aut clam. l. soluturus 39. de solut.* efficiturque etiam his rationibus 1. Quoniam casus fortuiti nullo bonæ fidei judicio præstantur, *l. 6. C. de pign. act.* imo in universum nullo judicio, *l. 23. de reg. jur.* 2. Quia ex natura contractuum, qui utriusque gratia fiunt, venditor non nisi dolum & culpam in re vendita præstat, *l. 5. §. 2. commod.* 3. Quia omnes debitores certæ rei liberantur, si ea res sine culpa eorum perierit, *l. si ex legati. 23. de verb. obl. l. 5. de reb. cred.* 4. Quia ad quem pertinet commodum, is secundum naturæ
8 regulam & incommodum ferre debet. Atqui illud pertinet ad emptorem, &c. Objicitur tamen huic sententiæ, *l. 9. C. de pign. act.* ubi Impp. consulti, si res pignori data casu perierit, utrius id detrimentum sit, debitorisne, an creditoris, respondent, pignus perire debitori, addita hac ratione, quia pignus in bonis debitoris maneat, quæ ratio hanc includit sententiam, ut necesse sit rem perire ei, qui rei dominus est. Hoc autem si verum esse fatemur, eadem ratione dicendum videtur, rem venditam & nondum traditam periculo venditoris interemisse, eamque non emptori perire, sed venditori, ut pote qui rei dominus maneat usque dum tradita sit, *hoc §. in fin.* Respondeo, malè ex *d. leg. 9.* generaliter colligitur, rem semper perire suo domino: sed hoc rectè, perire suo domino, si idem dominus sit & creditor in ea re, id est, cui res ex obligatione restitui debet; uti accidit in re deposita, commodata, locata, item in re pignori data. Nam qui pignus dedit, is quidem habita ratione sortis debitor dicitur, sed in repetenda re pignorata creditor est. In his inquam omnibus rectè dicitur, si res debita casu pereat, eam perire domino; nimirum quia idem est creditor, qui dominus: est autem regula certi & perpetui juris, si res debita sine culpa debitoris perierit, debitorem eo interitu liberari, *l. 5. de reb. cred. l. 23. de verb. obl.* At ex diverso, si idem qui dominus rei est, sit & debitor ejusdem rei, puta ex causa legati, stipulationis aut venditionis, semper adversario res perit, domino nunquam: quod efficitur ex eadem regula, secundum quam creditori res perit, etiamsi dominus non sit; debitori non perit, quamvis idem sit dominus, *dd. loc.* Unus locus Africani in *l. si fundus 33. locat.* turbavit summos viros, Cujacium *tract. 81. ad African.* Borcholt. Vulteium *&c.* ut contra tot expressos textus, & manifestam rationem juris, putarint & docuerint, periculum rei venditæ, usque dum tradita sit, ad venditorem pertinere. Ego vero nihil video apud Africanum, quod hanc sententiam juvet. Ait Africanus, *Si fundus venditus prius, quam vacuus traderetur, publicatus fuerit, tenetur venditor ex empto, ut pretium restituat.* Igitur in specie illic proposita res propriè non periit, sed venditori ablata adhuc extat. Hoc autem cum evenit, tenetur venditor actiones suas emptori præstare, *l. 14 pr. de furt. & in calce hujus §.* Quod si nullas actiones venditor habeat, aut, ut in casu *d. l. si fundus*, culpa sua inanes, ob hoc ipsum damnandus est, *l. quod sæpe § 4 hoc tit.* utique ut pretium restituat, *d. l. si fundus.* Rectè autem DD. statuunt, in specie Africani fundum publicatum debere intelligi ob culpam & delictum venditoris: nam ut fortè injuria judicis id factum sit, tamen contraria præsumptio est, debetque hoc factum potius venditori nocere, adversus quem sententia lata est, quam emptori, *l. si per 51. de evict.* Cæterum quoniam culpa hæc non tendit directo ad impediendam traditionem, placet hactenus, saltem teneri venditorem, ut pretium restituat, non etiam ut id præstet, si quid pluris emptoris interfit, ut fit, cum res judicio evicta est, *l. si in venditione 60. l. evicta 70. de evict.* Sed & si fundus usus publici gratia in specie Africani publicatus dicatur,

nihilominus tamen æquum est, ut venditor pretium reddat, cum eo casu à fisco iterum tantundem accipiat. Hæc autem dispositio juris civilis circa periculum rei venditæ & necdum traditæ etiam apud nos quidem obtinet in venditione rei mobilis: sed an item rei immobilis venditæ ante traditionem coram magistratu loci ritè factam periculum æquè ad emptorem spectet, dubitatur propter constitutionem Caroli Quinti, editam anno 1529. qua constitutione vetatur, & pro nulla atque irrita habetur omnis alienatio rei immobilis, quæ facta non est coram judice loci, ubi res sita aut si sint bona feudalia, coram paribus Curiæ, *Grot. 2. introd. cap. 5.* paucis casibus exceptis, vid. *Groenewv. de ll. abrog. ad tit. 23. lib. 3. instit.* Agitata fuit hæc quæstio incidenter apud Curiam Hollandiæ. Plerique censuere, Carolum Principem hac sua constitutione etiam in hoc à jure communi recessisse, quod rei immobilis venditæ periculum interim ad venditorem, non ad emptorem pertinere voluerit: quanquam Senatus nihil definivit, sed propter opinionum varietatem amplius deliberandum censuit, *decis. Cur. Holland. 32. Groenewv. d. tract. ad hunc §.* memorat, Curiam postea judicasse, nihil juri scripto in eo de quo quæritur, per d. constitutionem Carolinam derogatum videri.

Commodum ejus esse debet, cujus periculum est] Secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda, *l. 10. de reg. jur.* Proinde cum omne incommodum rei venditæ, quod post perfectam venditionem contingit, ad emptorem pertineat, justum & æquum est, ut vicissim ex eo tempore commoda quoque rei omnia emptorem sequantur, *l. 7. de per. & comm. rei vend. l. 1. C. eod.* veluti si quid postea fundo vendito accesserit per alluvionem, *hoc text. & d. l. 7.* item fœtus pecudum, partus ancillarum, *leg. pen. C. de act. empt. l. 8. de evict.* fructus etiam jam maturi, *l. 13. § si fructibus 10. l. qui pendentem 25. de act. empt. fructus C. eod.* mercedes ex operis, aut vecturis: pensiones ex locatione, *d. l. 13. § item 13. de act. empt. add. Don. ad. l. 1. C. de per. & comm. rei vend. Gomez. 2. resol. 2. n. 11. Covar. 1. resol. & Christin. vol. 3. decis. 74.*

Quod si fugerit homo, &c. Non tantum si res vendita perierit aut deterior facta sit damnum emptoris est; verum etiam si ex potestate venditoris exierit, ut tradere eam non possit; veluti si fugerit homo aut aliud animal, quod veniit, aut res quælibet surrepta amissave fuerit. Est vero eadem hic probata distinctio, quæ in casu rei corruptæ aut perĕptæ, videlicet ut si culpa venditoris tale quid evenerit, venditoris detrimentum sit, si culpa venditor careat emptoris, *l. quod sape 35. §. si res 4. h. t. l. si ea res 31. de act. empt. & hoc text.*

An custodiam ejus usque ad traditionem] In contractibus, in quibus utriusque versatur utilitas cujus generis est emptio venditio, præstatur dolus & culpa *l. 5. §. 2. commod.* ac proinde etiam custodia & diligentia à venditore exigitur, non utique summa & exactissima, sed media, id est, talis qualem vulgo bonus & frugi paterfa. rebus suis adhibet: quam si præstiterit, securus esse debet, *d. l. quod sape 35. §. 4. hoc tit.* Non obstat *l. 2. in fin. aut l. 3. de peric. & commod.* quia ibi tractatur de rebus, quæ pondere, numero, mensura, constant venditis; in quibus non semper nudus consensus venditionem perficit, *l. 1. §. 1. d. l. quod sepe §. 5.* Fusius hoc jam ante explicui. At enim vero speciali conventione artius venditor obligari potest, puta ut præstet etiam summam diligentiam ac custodiam majorem, quam natura contractus desiderat, *l. contractus, 23. de reg. jur.* quod tunc etiam agi intelligitur cum venditor custodiam rei in se suscipit, id est, cum convenit, ut venditor custodiam præstet: alioqui nihil operaretur illa conventio, cum, ut jam dictum est, mediocris custodia ex natura contractus etiam citra aliam conventionem præstetur. Itaque custodiam in proposito accipere debemus φυλακὴν ἀκριβεστάτην, custodiam majorem, quam natura contractus desiderat, *fac. leg. qui mercedem. 40. locat.* 10

Si non susceperit, securus est] Suscepta rei venditæ custodia, nihil venditorem excusat, præter casum & vim majorem: non suscepta excusatur, si sine dolo aut culpa ejus servus fugerit, res surrepta aut amissa sit, *d. l. quod sapè. §. 4. h. t. l. si ea res. 31. de act. empt.* intellige hactenus, ut cum eo agi ex empto non possit ut rem tradat, aut solvat interesse: nam ad alia adhuc tenetur, quæ sine incommodo suo præstare potest, ut mox audiemus. 11

Vtique tamen vindicationem, &c.] Quamvis venditor cujus dolo, aut culpa, aut in casu custodiæ susceptæ, levissima negligentia nihil factum est, re amissa aut surrepta hactenus securus sit, ut conveniri actione ex empto non possit, ut rem tradat aut præstet interesse; nihilominus tamen tenetur, ut actiones, quas habet, emptori cedat, atque in eum transferat, *d. l. quod sape. 35. §. 4. hoc. tit. l. si ea res. de act. empt. l. 14. pr. l. si vendidero. 80. de furt. & hoc text.* ubi quatuor hujus generis actiones referuntur, vindicatio rei, condictio, actio furti, & damni injuria.

Vindicationem & condictionem] Condictionem intellige furtivam quæ venditori datur, cum res furto ablata est. Neutra harum actionum alij competit, quàm domino, ut videbimus *inf. §. 1. de act. & §. ult. de obl. quæ ex del.* & hæc causa est, quod emptori in proposito competere non possunt; quippe qui dominus non est, ut mox sequitur.

Adhuc

Adhuc ipse dominus est.] Venditor rei venditæ dominium retinet usque ad traditionem, *d. l.* 14. *pr. de furt. l. si ager.* 90. *de rei vend.* adeoque in universum ita jus est, ut non nudis pactis aut contractibus, sed traditionibus dominia rerum transferantur, *l.* 20. *C. de pact.* Quinimo est si res emptori tradita sit, dominium tamen à venditore non recedit, antequam ei satisfactum sit, *l. quod vendidi.* 19. *hoc tit.* §. *vendita.* 41. *sup. de rer. divis.* ubi hoc à nobis explicatum est.

Idem est de furti & damni injuria actione] Non solum condictio re vendita ante traditionem furto ablata vinditori competit, sed etiam pœnalis actio furti: non quod hæc actio soli domino detur; sed quia rem non emptori, sed venditori furreptam proponimus: alioqui omnibus ea actio datur, quorum interest rem salvam esse, si videlicet his ipsis surrepta sit. Et igitur cum hic solus venditor actionem furti habeat, eam quoque mandare emptori debet, *d. l.* 14. *pr. l. si vend.* 80. *de furt.* Damni in injuria actio lege Aquilia constituta est, qua omne damnum per injuriam datum vindicatur. Hæc actio soli domino regulariter datur, & ideo venditori quoque in proposito competit, & emptori cedenda est. De damno injuria dato agitur *inf. lib.* 4. *tit.* 3.

TEXTUS.

4. *Emptio tam sub conditione, quam purè contrahi potest. Sub conditione, veluti,* Si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot.

NOTÆ.

4. TAM SUB CONDITIONE] *l.* 7. *h. t. l.* 8. *de per. & comm. &c.* Potest & pure sic contrahi ut sub conditione resolvatur, *l.* 4. *eod. l.* 6. *de resc. vend.* quo etiam pertinent duæ conventiones in hoc genere maximè celebratæ, quarum altera addictio in idem, altera lex commissoria dicitur, vid. *tit. de in diem addict.* & *tit. de leg. commiss.*

COMMENTARIVS.

1 *Emptionem contractam sub hac conditione, si res emptori intra certum tempus placuerit, valere, non valere indefinitè ita contractam, si emptori placebit: & cur tam variè.*

2 *De retractu conventionali & legitimo remissivè.*

3 *In diem addictio & lex commissoria quomodo transigantur.*

CONtractuum omnium hoc commune est, ut non purè tantum, sed etiam sub conditione jam possint. At enimvero hujusmodi conditio, *Si res intra certum diem placuerit*, non tenere in ullo contractu, si venditionem ex ceteris, occurrit. In venditione autem frequens est: nemo enim facilè aliquam rem emit, puta servum, equum, vinum, sine probatione & exploratione qualitatis rei. Igitur cum res ita veniit, ut esset empta tot aureis, si intra decem dies emptori placuerit, in mercem quidem & pretium consensum est; sed obligatio conditione suspenditur; quæ conditio in arbitrium emptoris pro certo tempore confertur, ut si intra tempus definitum res ei placuerit, emptio perfecta & obligatio constituta sit: sin minus, nulla videatur obligatio fuisse. Itaque non est contrarium, quod placet hujusmodi emptionem non valere, *Quanti valet*, vel *Si placebit*, habebis emptum, *l. quod sup.* 35. *hoc tit. l.* 13. *C. eod.* ita enim totus contractus confertur in meram & liberam, nulloque tempore circumscriptam voluntatem emptoris: quod fieri non potest, ne semper in potestate sit emptoris, utrum obligetur, necne, *l.* 7. *hoc tit.* At in casu nostro arbitrium emptoris non est perpetuum, sed conclusum intra certum tempus. Adde quod his formulis, *Quanti voles*; *Si placebit*, in arbitrio & voluntate, emptoris ponitur ipsa substantia contractus, vel quod de substantia est, quod inutiliter fieri constat, *d. l. quod sæpe*, 35. §. 1. *& d. l.* 13. In casu autem hic proposito, ubi de re & pretio jam convenit, non de substantia negotij aut parte aliqua substantiali arbitrium emptori datur, sed de rei in conventionem deductæ qualitate duntaxat, puta bonitate, colore, sapore, aut similibus accidentibus, quæ cum rei probatione, improbationeve arbitrio contrahentium permitti possunt, *Gomez.* 2. *var. resol.* 2. *num.* 19. Porro ut sub conditione emptio potest contrahi, ita & purè sic contrahi potest, ut sub conditione resolvatur: cujusmodi conventionum exempla occurrunt sub *tit. C. de pact. int. empt. & vend.* Hujus generis conventio est, cum ea lege res emitur, ut si intra certum tempus displicuerit, liceat reddere, *l.* 3. *hoc tit. l.* 6. *C. de resc. vend. l.* 4. *C. de adil. act.* adeoque valet etiam conventio, ut in perpetuum redhibitio fiat; quippequa conventione non perfectio contractus à voluntate suspenditur emptoris, sed resolutio, *l. quod si nolit* 31. §. *si quid* 22. *de adil. edict. Gomez. d. loc. & num. in fin.* 2 Ejusdem generis est & pactum de retrovendendo, ut venditori hæredive ejus quandocumque, vel intra certum tempus pretium referenti res vendita restituatur, *l.* 2. *C. de pact. int. empt. & vend. & ibi DD.* Estque hoc pactum, seu potius jus eo pacto quæsitum, quod nunc vulgo retractus conventionalis dicitur, nimirum

ad differentiam retractus gentilitij seu legitimi, cujus olim vix usus, nunc frequens. De utroque retractu ex professo scripsit vir Iurisconsultissimus D. Andr. Tiraquellus. Legitimum nostro idiomate *Naesting.* dicitur, quod jus quibus personis, in quas res, quibus in locis apud nos competat, docet *D. Grot. 3. introduct. ad juris. Bat. c. 16.* consule porro *Groeneuv. dell. abrog. ad l. 14. C. de controv. empt. & ibi laudatos.* Duæ conventiones ex hoc genere præcipuè celebrantur, propriisque explicantur *tit. in ff* addictio in diem, & lex commissoria. Addictio in diem his verbis transigitur, *Ille fundus centum esto tibi emptus, nisi quis intra Calendas Ianuarias proximas meliorem conditionem fecerit, quo res à domino abeat. l. 1. & passim de in diem add.* Lex commissoria est, cum quid ita venditur, ut si ad diem pretium solutum non fuerit, res sit inempta, *l. 2. & pass. de leg. comm.* Utroque isto modo purè contrahitur emptio, & resolvitur sub conditione, nisi aliud diserte placuerit, *l. 2. de in diem add. l. 1. & l. 2. de leg. comm.* Sed de his opulentius, favente Numine, tractatu proprio.

TEXTUS.

5. Loca sacra, vel religiosa, item publica, (veluti forum, basilicam) frustra quis sciens emit: quæ tamen si pro profanis vel privatis deceptus à venditore quis emerit: habebit actionem ex empto, quod non habere ei liceat, ut consequatur, quod sua interest eum deceptum non esse. Idem juris est, si hominem liberum pro servo emerit.

NOTÆ.

5. FRUSTRA QUIS SCIENS EMIT.] Earum rerum nulla venditio est, quas natura vel gentium jus aut civile commercio exemit, *l. 34. §. 1. hoc tit.* Cæterum si quis eas ignorans emit, hactenus emptio tenet, ut emptor actione ex empto consequi possit: quanti interest non esse deceptum, *leg. 4. l. 62. §. 1. eod.*

COMMENTARIVS.

1 *Quarum rerum venditio rectè fiat, aut secus.*
2 *Quid juris, si uterque aut alteruter qualitatem rei ignoraverit.*

SIne re, quæ veneat, emptio intelligi non potest, *l. 8. h. t.* Res hæc ut plurimum certa est: nonnunquam tamen & incerta, ut cum fructus futuri aut frumenta in herbis emuntur. *d. l. 8. l. si stipulatus 78. §. ult. eod.* cui non absimilis est quasi aleæ emptio, veluti cum captus piscium, vel avium, vel ferarum in venatione emitur. In quo genere quod capitur, emptoris commodum est, etiamsi decuplo pluris sit quam pretium constitutum: si nihil inciderit, emptor pretium constitutum nihilominus præstare cogitur. quia spei emptio est, *d. l. 8. §. 1. hoc tit. l. si factum 12. de act. empt.* Omnium autem rerum quas quis habere, vel possidere, vel persequi potest, venditio rectè fit: quas vero natum, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exemerunt, earum rerum nulla venditio est, *l. si in emptione 34. §. 1. hoc tit.* Ratio perspicua est. quoniam in venditione hoc agitur, ut dominium transferatur, *l. cum manu. 80. §. ult. eod.* & utique saltem ad hoc obligatur venditor, ut præstet, rem habere licere, atque ut usu capiendi conditionem in emptorem transferat; quorum nihil in res commercio exemptas cadit. Est autem hic quoque locus omnium contractuum communis: nam quæ commercio exempta sunt, in obligationem non magis rectè deducuntur, quam quæ non sunt in rerum natura, nec esse possunt, §. 2. *sup. de inut. stip.* 1

Frustra quis sciens emit.] Si uterque contrahentium qualitatem rei non ignoret, aut si solus emptor sciat rem, quæ venit, non esse in commercio, emptio planè nulla est, *l. 6. l. si in emptione 34. §. 2. l. liberi 70. hoc tit.* Sed & talis emptio liberi homini improbata est, *cum servus erit*: quamvis enim res futuræ emi possunt; tamen fas non est hujusmodi casus expectari, *d. l. 34. §. 2. vid. sup. d. §. 2. de inut. stip.* Illud quæritur, an si emptor sciverit qualitatem rei, venditor ignoraverit, pretium solutum condici possit? Bartolus in *l. cum lex. 46. de fide juss.* putat condici posse, *arg. l. 11. §. ult. de act. empt.* quod etiam placet *Gomez. 2. resol. 2. num. 50.* contra *Angel. & Fabian. de Monte.* Quid juris sit, si res vendita aut pars ejus sit consumpta, puta domus vel tota ex parte combusta, docet Iurisconsultus in *leg. domum. 57. per tot. hoc tit.* 2

Deceptus à venditore, &c.] Si locus sacer, religiosus, publicus, aliave res, cujus commercium non est, pro profana aut privata ignoranti venditur, placet emptionem contrahi, *l. 4. eod.* sive venditor quoque conditionem rei ignoret, sive ille sciat, emptor ignoret solus, *l. liberi 70. eod.* Cæterum explicandum hoc est ex Modestino in *l. qui officij 62. §. 1. eod. & hoc text.* nimirum in proposito non ita tenere emptionem, ut res ipsa debeatur, aut emptor possit agere ex empto, ut eam habere, tenere liceat, cum res, quæ extra commercium est, haberi, possideri nequeat: sed hactenus tantum, ut si venditor sciverit qualitatem rei,

rei, emptor ignorans possit adversus venditorem ex empto experiri, ut consequatur quod sua interest, deceptum non esse: ut perinde hic ex dolo suo venditor obligetur, ac si rem, quæ in commercio sit, vendidisset, doloque fecisset quominus eam tradere posset, neque enim actio de dolo hic desideratur, cum sufficiat ex empto; quippe qua cum res ipsa præstari nequit, emptor in id quod sua interest, experiri potest, *l.* 11 *§. quidem ait* 9. *de act. empt.* Quod si nec venditor qualitatem rei sciverit, æquum est hactenus saltem cum teneri, ut pretium, quod accepit, restituat, *arg. d. l.* 11. *§ ult. de act. empt. l. si fundus* 33. *locat.*

TITULUS XXV.

De locatione & conductione.

Continuatio. Quid sit locatio, & in quibus differat ab emptione. Quotuplex sit, tum quæ res aut facta locationem recipiant.

SECUNDA species contractuum, qui solo consensu perficiuntur, est locatio-conductio. Habet hic contractus magnam affinitatem cum emptione & venditione; ac pene totus hic titulus consumitur in explicandis utriusque contractus similitudinibus & differentiis. Locatio conductio est contractus, quo id agitur, ut pro usu alicujus rei aut opera personæ certa merces præstetur. Itaque inter emptionem & locationem hæc differentia est, & quidem principalis, quod in emptione id agitur, ut dominium transferatur, id est, ut res tota cum omni jure ad emptorem, transeat; in locatione, ut duntaxat usus rei concedatur conductori. Ex quo porro & altera nascitur, quod emptio titulus perpetuus esse solet, locatio temporalis. Quinimo non dominium modo apud locatorem remanet, *l. non solet* 39. *hoc. tit.* verum etiam possessio; & conductor tantum in possessione esse & rem detinere dicitur, §. 5. *inf. de interd. l.* 9. *de rei vend. l.* 3. §. *cæterum* 12. *l.* 9. *de acq. poss.* & passim alibi. Unde constitutum est, ut si conductor finito tempore conductionis pertinaciter recuset rem conductam restituere, moras usque ad definitivam sententiam nectens, tanquam invasor rei alienæ, condemnetur & ad rem ipsam restituendam, & insuper ad præstandam rei æstimationem, *l. pen. C. hoc tit.* quod an praxis horum temporum observet, postea videbimus. Ostendit definitio, duo esse genera locationis, rerum unam, alteram operarum seu factorum. Locari possunt res omnes, quæ in commercio sunt, tam mobiles, quam soli, etiam incorporales, ut ususfructus & habitatio, §. 1. & *pen. sup. de usu & habit.* servitutis tamen prædij nulla locatio est, *l. locare* 44. *hoc. tit.* Alienæ quoque rei locationem valere placet, sed hactenus ut conductori ignoranti locator obligetur in id, quod interest, si dominus conductorem frui non patiatur, *l.* 7. *l. ex conducto* 15. §. *pen. eod.* Facta non omnia locationem recipiunt, sed ea solum, quæ mercede æstimari possunt & solent: qualia sunt, exempli causa, tabulam pingere insulam ædificare, aliquem aliquo vehere, *l.* 2. §. 2 *de præscr. verb.* At verbi causa servum manumittere, tale factum non est quod mercede æstimetur; & ideo si tibi decem dem, ut servum manumittas, non est locatio, *d. l.* 5 §. 2. cui accidit, quod contra finem hujus contractus nulla ex hoc tuo facto utilitas ad me redit: ac proinde aliud est, si rem tuam pignori pro me obligaveris certa mercede accepta aut promissa, *l. rogasti* 19. §. 1. *de præscr. verb.* Opera agrimensoris beneficium reputatur, & quod sependitur, non merces, sed remuneratio & honorarium: & ideo veteres crediderunt, cum tali personæ locationem & conductionem non esse, *l.* 1. *si mens. falsum. mod. dix.* De opera advocati, medici, cæterisque, qui ingenio, eloquio, fide, gratia, operam nobis navant, idem statuendum.

TEXTUS.

Locatio & conductio proxima est emptioni & venditioni, iisdemque juris regulis consistit. Nam ut emptio & venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit: sic & locatio & conductio ita contrahi intelligitur, si merces constituta sit. Et competit locatori quidem locati actio, conductori vero conducti.

NOTÆ.

PROXIMA EST EMPTIONI] Ex Cajo *l.* 1. *hoc tit.*

SI MERCES CONSTITUTA]. Æstimatio totius rei, quæ fit in venditione, pretium dicitur, æstimatio usus rei, quæ fit in locatione, merces. Quæ tamen & ipsa sæpe pretium appellatur, *l.* 18 §. 2. *l.* 51. *eod. ult.* §. *ult. de leg. Rhod.* Sicut autem emptio sine pretio esse non potest, ita nec locatio sine mercede, *l.* 23. *comm. div.*

COMPETIT LOCATORI]. in conductione rerum locator est, qui rem utendam dat; conductor, qui accipit: in operarum locatione idem diverso respectu & locator est & conductor, qui

locator est operæ, idem conductor operis & contra, *l.* 1. *de æstim. act. l.* 19. §. 7. *l.* 25. §. *pen. & p. ff. h. t.* Per opus autem intelligo quemvis fructum operæ, v. c. si quis se erudiendum locet magistro aut artifici, vel vehendum aurigæ.

CONDUCTORI] Conductoris nomen generale est Ædium conductor specialiter inquilinus, agri colonus, operis redemptor, vectigalis publicanus & manceps veteribus dicitur.

COMMENTARIVS.

1 *Communia emptionis & locationis.*
2 *In locatione operarum diverso respectu eundem & locatorem dici & conductorem.*
3 *Circa locationem agrorum quædam singularia apud Hollandos constituta: & an dispositio l. pen. C. hoc tit. in praxi hodierna servetur.*

1 LOcatio & conductio finitima est emptioni & venditioni, iisdemque fere juris regulis continetur, *l.* 2. *hoc tit.* Nam ut sine re, quæ veneat, nulla est emptio, ita sine re aut opera, quæ locetur, nulla intelligitur locatio: ut emptio solo communi consensu de re & pretio interveniente perficitur, ita locatio perfecta habetur, si de usu rei & mercede convenerit. Merces respondet pretio, facultas utendi rei dominio. Quemadmodum pretium rei venditæ certum esse debet, saltem per relationem, ita & merces locationis. Sicut pretium emptionis in pecunia numerata consistit, ita & merces rei aut operæ conductæ. Ut nulla venditio est, quæ donationis causa fit, aut cum dicis gratia res venditur uno nummo: ita nec ulla conductio est, quæ donationis instar inducit, *l. si quis* 46. *hoc tit.* Ut illic, ita etiam hic ex bona fide omnia exquiruntur, nec dubitandum est, quin beneficio *l.* 2. *C. de rescind. vend.* etiam locus si in locatione & conductione. *DD. comm. in d. l.* 2. Denique interdum propter similitudinem vix emptio & locatio internosci possunt. Quæ omnia certius postea intelligentur.

Si merces constituta sit] Duplex hic indicatur convenientia locationis & conductionis cum emptione & venditione. Prima est, quod conveniunt causa efficiente: nam est, quod nuda de consentientium voluntate contrahuntur, nec aut literæ, aut rei alicujus præstatio ad constituendam obligationem desideratur, *l.* 1. *hoc tit.* Altera, quod ex parte conveniunt in materia: nam ut in emptione pretium constitui oportet, ita in locatione mercedem: inter quæ non alia differentia est, quam quod æstimatio totius rei, quæ fit in emptione, pretium dicitur; æstimatio usus rei, quæ in locatione fit, merces: quæ tamen quoniam nihil aliud est, quam pretium usus, & ipsa sæpe pretium appellatur, *l. quod si* 28. §. 2. *l. ea lege* 51. §. 1. *l. insulam* 58. *pr. hoc tit. l. uti. de leg. Rhod. l.* 10. *in fin. de acq. poss.* In locatione rerum immobilium etiam speciale nomen habet; & pensio dicitur, *l. ex conducto* 15. §. 4. *l. sed addes* 19. § 1 § *si quis* 6. *l. quæro.* 54. *hoc tit.* Utrum autem ut pretium rei venditæ, ita & merces locationis in pecunia numerata consistere debeat, an in aliis quoque rebus consistere possit, dicam inferius sub §. 2. *hoc tit.*

Locatori locati actio, conductori conducti] Uti in emptione simul atque de pretio convenit, emptori actio ex empto, venditori ex vendito competit, directa utrinque, ita in locatione simul atque de mercede pro usu & opera convenit, competit locatori actio locati, conductori conducti, ambæ directæ. In contractu emptionis facile discerni potest, uter emptor, uter venditor sit. In contractu autem locationis interdum dubites, uter locator, uter conductor dicendus. In locatione rerum res certa est: nam is semper hic locator est & dicitur, qui rem utendam dat; conductor, qui utendam accipit, & mercedem præstat. At in locatione operarum non tam facile id dignosci potest. Interdum enim qui operas præstat, & mercedem accipit, locator dicitur; is cui præstantur operæ, & qui mercedem dat, conductor, *leg. sed addes* 19. § *pen. l. item si* 22. §. 2. *l. qui operas* 38. *hoc tit. l.* 1. *de æstim. act.* Interdum contra locator is dicitur, cui mercedem danti operæ præstantur; conductor, qui accepta mercede operam præstat, *l.* 11. §. *pen. l.* 13. §. 1. 2. & 3. *d. l. sed addes* 19. §. *si quis* 7. *d. l. item si* 22. §. 2. *l. si merces* 25. § *pen. & ff. hoc tit.* Sed dicendum est, in hac specie locationis diverso respectu eundem & locatorem & conductorem videri. Nam qui operam locare dicitur, ille idem dicitur conducere opus faciendum: & ex contrario, qui operam dicitur conducere, idem dicitur locare aliquid faciendum; ut conductor operis, idem sit operæ locator; & locator operis, idem operæ conductor: quam distinctionem subministrat. *d. l. item si* 22. §. *hoc tit. & d. l.* 1. *de æstim. act.* per opus autem intelligo quemvis fructum operæ, v. c. si quis se erudiendum locet magistro aut artifici, vel vehendum aurigæ. Ædium conductor specialiter inquilinus, agri colonus, operis redemptor, vectigalis publicanus vel manceps veteribus dicitur. Apud nos locatio agrorum non procedit sine interventu instrumenti aut publici aut privati, nec absque instrumento locationis ulli colono jus est agro conducto frui. Extat de ea re constitutio Caroli Principis edita anno 1515. confirmata *artic.* 30. *ordin. polit.* Præterea scribit D. Grotius lib. 3. manuduct. ad Iurisp. Bat. c. 19. instrumento super locatione fundi non confecto, locationem non tantum nullius esse momenti, verum etiam colonum,

num, hæredemve ejus aut conductorem, in jus vocatos & contra domini voluntatem manentes in detentione & fruitione rei, usque dum lis contestetur; præterquam quod tem ipsam domino restituere, impensas refundere, damnum omne sarcire compelluntur, etiam multati in dimidiam partem pretij rei conductæ, quamvis postea parati sint dominium admittere. Quod si in detentione pertinaciter perseverent usque ad sententiam definitivam, tunc suæ quasi invasionis hanc pœnam pati, ut post restitutionem rei, damnique omnis & impensarum refusionem, in totius insuper rei æstimationem damnentur. Quæ quidem omnia etiam *artic. 33. de ordin. polit.* continentur, Sed in desuetudinem jam dudum abiisse, asserit *Groënevv. de ll. abrog. ad l pen. Cod. de locat.* Constitutio quoque Caroli hujus pœnæ non meminit, sed jubet in casu proposito conductores severiter arbitrio judicis puniri aut multari, habita ratione qualitatis personæ & facti. A Zenone sane in genere constitutum est, ut conductores, qui finito tempore conductionis contra domini voluntatem usum rei conductæ retinent, atque in jus vocati rem domino potenti ante sententiam definitivam non restituunt, cogantur præter rem ipsam etiam æstimationem rei victori domino tanquam invasores præstare. Cæterum in praxi Galliæ, & supremæ Curiæ Mechilinienſis hoc non observari, conductoremque hoc casu teneri duntaxat ad damna & interesse notat, *Christin. vol. 3. decis. 109. num. 2. & decis. 118. num. 5. & seqq. & Autumn. ad l. pen. C. de locat.* quamvis insuper etiam judicis arbitrio multari possit.

TEXTUS.

1. *Et quæ supra diximus, si alieno arbitrio pretium permissum fuerit, eadem & de locatione & conductione dicta esse intelligimus, si alieno arbitrio merces permissa fuerit. Qua de causa si fulloni polienda curandave, aut sarcinatori sarcienda vestimenta quis dederit, nulla statim mercede constituta sed postea tantum daturus, quantum inter eos convenerit, non propriè locatio & conductio contrahi intelligitur, sed eo nomine actio præscriptis verbis datur.*

NOTÆ.

1. SI ALIENO ARBITRIO MERCES PERMISSA] Puta L. Titij & hoc scilicet effectu, ut siquidem Titius mercedem definiverit, contractus ratus habeatur: sin minus, nullius momenti sit.

FULLONI POLIENDA] Gloss. vert. Ἀλαυμμία, κναφεία. Officium fullonis est polire, curare, lavare. *l. 31. h. t. §. 4. l. 82. de furt. l. 2. de cond. sin. ea.* Plin. 35. c. 17.

NON PROPRIÈ LOCATIO] Sed novum negotium à locatione separatum proprium nomen non habens: & ideo hic recurrendum ad actionem præscriptis verbis, *l. 1 l. 2. & 3. junct. l. 22. de præscr. verb.*

ACTIO PRÆSCRIPTIS VERBIS] Actio præscriptis verbis est actio civilis ex contractu innominato, *pass. d. tit.* sic dicta ex eo, quod proscriptis verbis rem gestam demonstret? eaque demonstratione vice nominis, quo caret, utatur, *leg. 6. Cod. de transact.* ob quam causam etiam in factum appellatur, *l. 1. & pass. de præscr. verbor.*

COMMENTARIVS.

1 *Actio præscriptis verbis unde dicta.*

Si alieno arbitrio pretium] Emptio & locatio in hoc quoque conveniunt, quod uti in illa pretium, ita in hac merces in arbitrium certæ personæ, puta L. Titij, conferri potest: hoc scilicet effectu, ut si quidem Titius mercedem definiverit contractus ratus habeatur? sin minus nullius momenti sit, *in l. si merces 25. hoc tit. l. ult. C. de contr. empt.* Huc accommodanda sunt, quæ notamus sub § 1. *prac. tit.*

Nulla statim mercede constituta] Quemadmodum ad contrahendam emptionem opus est, ut pretium statim seu initio contractus constituatur, & quidem certum saltem per relationem? ita quoque ad contrahendam locationem necesse est, ut protinus constituatur certa merces: mercede initio non constituta, quasi deficiente parte hujus contractus essentiali, in aliud negotium res incidit. Et si quidem gratis usus rei concedatur, commodatum est: si gratis suscipiatur opera, mandati obligatio: si neutrum gratis fiat, sed ea mercede, quæ postea constituetur, contractus innominatus, *Facio ut des.* Et ideo præscriptis verbis agendum est, *l. si tibi 22. de præscr. verb. §. 2. in fin sup. quib. mod. re contr. obl. §. ult. inf. de mandat.*

Actio præscriptis verbis] Ad quam confugere 1
necesse est, quoties deficiunt vulgaria atque usitata actionum nomina, aut contractus existunt, quorum nulla certa appellatio jure civili prodita, *l. 1. & 3. seqq. de præsc. verb.* Dicta est actio præscriptis,

ut

ut multis doctis viris placere video, ex eo, quod præscriptis verbis rem gestam demonstret, & eadem demonstratione vice nominis, quo caret, utatur. Quod & verissimum esse intelligi potest ex rescripto Alexandi, quod est in *l. 6. C. de transact.* ubi Iurisconsultissimus Imperator hac ipsa circumlocutione actionem hanc describit: *Aut enim*, inquit, *stipulatio conventioni subjecta est, & ex stipulatu actio competit: aut si omissa verborum obligatio est, utilis actio, qua præscriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est.* Ob eandem quoque causam hæc actio dicitur in factum, *l. 1. & pass. de præscr. verbor.* Et interdum plena oratione actio præscriptis verbis in factum, *l. Titius 24. d. tit.* Alia Francisci Hotomanni conjectura est.

TEXTUS.

2. *Præterea sicut vulgo quærebatur, an permutatis rebus emptio & venditio contraheretur, ita quæri solebat de locatione & conductione, si forte rem aliquam utendam sive fruendam tibi aliquis dederit, & invicem à te utendam sive fruendam aliam rem acceperit. Et placuit non esse locationem & conductionem sed proprium genus contractus. Veluti si cum unum bovem quis haberet, & vicinus ejus item unam, placuerit inter eos, ut per denos dies invicem boves commodarent, ut opus facerent, & apud alterum alterius bos perierit; neque locati, neque conducti, neque commodati competit actio: quia non fuit commodatum gratuitum, verum præscriptis verbis agendum est.*

NOTÆ.

2. PLACUIT NON ESSE LOCATIONEM] Quia merces non intervenit, *l. 13. comm. div. l. 17 §. 3. de præscr. verb.* ex quo effici videtur etiam mercedem in locatione nummariam esse debere: alias negotium incidere in aliud genus contractus, fac. *l. 1. §. 9 depos. l. 5. §. 2. de præscr. verb. cum simil.* Quanquam ex communi contrahentium usu receptum, ut si res fructum ferens pro certa quantitate fructuum, quos ea res producit, tanquam mercede, utenda data sit, hujusmodi contractus pro locatione habeatur, *l. 21. C. h. t.*

PLACUERIT INTER EOS] Et unus à sua parte conventionem impleverit, id est, bovem suum per denos dies commodaverit: nam si conventio placiti tantum fuerit, nudum pactum est, ex quo jure nostro actio non datur, *l. 7. §. 2 & 4. de pact. l. 27. C. de locat. l. 3. C. de rer. perm.*

PRÆSCRIPTIS VERBIS AGENDUM] *d. l. 17. §. 3. de præscr. verb.* Ex quatuor autem generibus contractuum innominatorum, quæ recenset Paul. *l. 5. d. t. Do, ut des; Do, ut facias; facio, ut des; facio, ut facias*, ad postremum videtur species proposita pertinere.

COMMENTARIVS.

1 *Non magis pretium seu mercedem locationis, quam pretium emptionis, in alia re consistere, quam in pecunia numerata.*

2. *Ad l. si olei 21. C. hoc tit.*

ETiam hic locus pertinet ad ostendendam affinitatem, quæ locationi cum emptione intercedit. Quærebatur olim, an rerum permutatione emptio & venditio contraheretur; & pari de causa an mutuo rerum usu ad tempus concesso contraheretur locatio & conductio. Placuit autem, nec illic emptionem esse; quia pretium non intervenit: nec hic esse conductionem; quia non intercedit merces, *l. si convenerit 23. comm. divid. l. si gratuitam 17 §. 3. de præscr. verb.* Atque omnimodo credibile est, ob eandem rationem, ob quam illic negatur intervenire pretium, negari hic intercedere mercedem; nimirum quia nec pretium emptionis, nec merces locationis in alia re consistere potest, quam in pecunia numerata. Id quod efficere mihi videtur pretij & mercedis similitudo atque eadem plane utriusque ratio. Vtrumque enim æstimatio est, alterum rei totius, alterum temporanei usus: quæ tamen æstimatio & ipsa revera nihil aliud est, quam pretium, eoque nomine etiam frequenter à nostris appellatur, ut superius demonstravimus. Iam vero constat, res omnes æstimari pecunia; extra pecuniam rem unam æstimationem aut pretium alterius non esse, ac ne fungibilem quidem: ac proinde cum in utroque contractu aliquid æstimandum veniat, in emptione res ipsa, in locatione usus rei, ratio exigere videtur, ut non minus in hac, quam in illa, pretium nummarium intervenire oporteat: quod etiam multis auctoritatibus confirmari potest. Vlpianus in *l. si convenerit 23. comm. div.* scribit, si inter socios convenerit, ut alternis annis fructum perciperent, locationem non esse, propterea quod nulla merces intercesserit. Idem in *l. 1. §. si quis 9. depos.* negat, locationem esse, ubi pecunia non datur. Iol *l. 5 §. 2. de præscript. verb.* emptio & locatio in eo convenire dicuntur, quod in utroque contractu pecunia intervenit.

tervenit. Facit huc *l. si merces* 25 §. *vis maior* 6. *hoc tit. junct. l. si apes* 26. §. 1. *de furt.* Quibus locis colonus partiarius opponitur colono vero, qui ad pecuniam numeratam conduxit. Postremo huc faciunt loci, in quibus simpliciter pecuniæ, nummorum, pretij mentio fit. Ut in *l. quod si* 28. §. 2. *l. si quis* 46. *l. si decem* 52. *l. insulam* 58. *& pass. hoc tit. l.* 1. *in fin. mand.* Neque hoc excipere quis potest, omnibus istis locis appellatione pecuniæ res quasvis, aut certe fungibiles etiam significari: nam pecuniæ verbum in dubio numeratam & signatam pecuniam designat, *leg.* 7. §. 1. *de senat. Maced.* Et cum rebus aliis opponitur, semper pro nummis accipitur, apparetque ex universa disputatione Iurisconsultorum, ideo eos mercedem pecuniariam in locatione exigere, ut habeat hic contractus propriam & distinctam à contractibus innominatis naturam. Unus maxime locus est, qui Corasium *libr.* 2. *misc.* 11. *Pinell. ad l.* 2. *C. de rescind. vend. part.* 2. *rubr. cap.* 3. *num.* 29. aliosque recentiores movit, ut putarent, mercedem locationis in quavis re consumptibili consistere posse, videlicet *l. si olei* 21. *C. hoc tit.* Sed dupliciter responderi potest: primum, cum Saliceto proponi in *d. l.* 21. casum, quo fundus locatus est certa quantitate fructuum in eo fundo nascentium olivetum scilicet certa ponderatione olei. Etsi autem tale negotium à natura locationis, quæ pecuniam numeratam desiderat, nonnihil recedit; tamen ex æquitate & communi contrahentium usu receptum videri, ut si res fructum ferens pro certa quantitate fructuum, quos ea res producit tanquam mercede, utenda data sit hujusmodi contractus pro locatione & conductione habeatur: & sunt hoc genus coloni non absimiles colonis partiariis, excepto eo quod coloni partiarij incertam quantitatem, pura tertiam aut quartam partem fructuum solvunt: & quasi societatis jus cum domino fundi habent, *l. si merces* 25. §. *vis major. hoc tit.* Deinde responderi potest, vice pecuniæ seu mercedis aut pretij in pecunia constituti fructus vel aliam quantitatem ex pacto præstari posse salvo contractu, *l.* 9. *C. de rescind. vend. l. sed addes* 19. §. 3. *l. & hæc* 35. *in fin. hoc tit.* Atque ad ejusmodi casum *d. l. si olei*, pertinere. Etsi enim fundus id proponitur locatus certa ponderatione olei, ex eo tamen non efficitur, necessario mercedem initio non fuisse constitutam in pecunia numerata. Quippe non est novum, ut, quod postremum placuit, solum exprimatur quasi quod maxime spectatum fuit. idem respondum esto *ad l.* 8 *& ad l. excepto* 18. *C. eod.* Ita sentiunt *Gloss., Bart. & comm. DD. in d. l.* 5. §. 2. *de præscr. verb. & d. l. si olei, C. hoc tit. Gomez.* 2. *resol.* 3. *n.* 3. *Fachin.* 1. *controv.* 82. *Christin. vol.* 3. *decis.* 109. *p.* 12. ubi etiam arresto supremæ Curiæ Mechlin. hanc sententiam confirmatam refert D. Tuldenus *comm. hic c.* 4. cum D. Busio *ad l.* 2. *hoc tit.* distinguit inter locationem operarum & rerum, quasi illic merces in pecunia tantum, hic etiam in alia re constitui possit; quod etiam ante eos tentavit *Greg. Lopez.* 1. *animadvers.* 15. distinguens inter locationem fruendi & faciendi. Sed hæc distinctio duplici vitio laborat. 1. quod juxta eam etiam pro mercede domus locatæ res fungibilis solvi possit. 2. quod pro mercede fundi locati, etiam alterius generis fructus. Et cur igitur non item pro locatis operis aliud, quam pecunia?

Sed proprium genus contractus] Si convenerit tantum, ut res ultro citroque utendæ darentur, nudum hoc pactum est simile placito permutationis: ex cujusmodi, pactis nemini jure civili actio datur. Sed ubi causa subesse cœpit, id est, ubi unus à sua parte conventionem implevit, συναλλαγμα esse incipit seu contractus, & alter efficaciter obligatur, *l. juris gentium* 7. §. 2. & §. 3. *de pact. l.* 3. *C. de rer. permut.* quemadmodum in proposito si unus bovem suum per denos dies secundum conventionem ad opus faciendum concesserit. Accedit hic contractus prope ad locationem & commodatum propter usum rei, qui in his omnibus conceditur: sed tamen neque locatio est, quia merces non intervenit; neque commodatum, quia placuit mutuum usum præstari: commodatum autem debet esse gratuitum, §. 2. *in fin. sup. quib. mod. re contr. oblig.* verum est species contractus innominati, ex quo civilis incerti actio, id est præscriptis verbis competit, *l. si gratuitam* 19. §. 3. *de præscr. verb.* Ex quatuor autem generibus contractuum innominatorum quæ recensel Paulus *l.* 5. *de rit. Do, ut des; Do, ut facias; Facio, ut des; Facio, ut facias*, ad postremum videtur species proposita pertinere.

TEXTUS.

3. *Adeo autem aliquam familiaritatem inter se videntur habere emptio & venditio, item locatio & conductio, ut in quibusdam causis quæri soleat, utrum emptio & venditio contrahatur, an locatio & conductio: ut ecce de prædiis, quæ perpetuo quibusdam fruenda traduntur, id est, ut quamdiu pensio sive reditus pro his domino præstetur, neque ipsi conductori, neque hæredi ejus, cuive conductor hæresve ejus id prædium vendiderit, aut donaverit, aut*

datis nomine dederit, aliove quocumque modo alienaverit, auferre liceat. Sed talis contractus quia inter veteres dubitabatur, & à quibusdam locatio, à quibusdam venditio existimabatur, lex Zenoniana lata est, quæ emphyteuseos contractus propriam statuit naturam, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam: & si quidem aliquid pactum fuerit, hoc ita obtinere, ac si naturalis esset contractus: sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum, tunc siquidem totius rei interitus accesserit, ad dominum super hoc redundare periculum: sin autem particularis, ad emphyteuticarium hujusmodi damnum venire; quo jure utimur.

NOTÆ.

3. VTRUM EMPTIO, &c. AN LOCATIO.] Dixeris hic esse venditionem, quia veluti dominium quoddam in perpetuum transfertur, *l. 1. si ag. vect.* Rursus dixeris esse locationem, si spectes pensionem, quæ quasi pro usu rei, ut in locatione, annuatim solvitur.

PERPETUO FRUENDA] Ius emphyteuticum natura sua perpetuarium est, *l. 1. C. de off. com. sac. pul. l. 1. & 3. C. de loc. prad. civ. lib.* 11. ex conventione tamen temporarium esse potest. *l. ult. si ag. vect.* modo ne ad modicum tempus constituatur, arg. *l. 1. §. de superfic.*

IN PRÆDIUM VENDIDERIT.] Cæterum cum vendere cupit, domino prius offerre debet emendi prærogativam juxta dispositionem *l. 3. Cod. de jure emph.* alioqui jure suo cadit. In donatione autem idem postulari non nisi inique potest. Planè inductio & honorarium (quod barbare laudemium) in omni alienatione necessaria, *d. l. 3 circa fin.*

LEX ZENONIANA] *l. 1. C. eod.* qua lege effectum est, ut hic contractus, cum antea dubitaretur, utrum emptioni an locationi aggregandus esset, separatam ab utraque illa conventione haberet naturam. Originem autem à Zenone non trahit vid. Hotom.

SIQUIDEM ALIQUID PACTUM] Factiones in emphyteusi servandæ tam quæ fiunt circa ipsam emphyteusim, quam quæ circa personam emphyteutæ, ejusque rejectionem, *leg. 2. Cod. eod.* Si nihil aliud nominatim cautum; tum si emphyteuta triennium integrum pensionem solvere cessarit, jus suum ei adimi potest, *d. leg. 2.* In emphyteusi Ecclesiastica cessatione biennij jus amittitur, *auth. qui rem C. de SS. Eccles.*

AC SI NATURALIS ESSET CONTRACTUS.) Æmil. Ferret. Cujac. Hot. *ac si natura talis esset contractus.* Et recte, ut ex Th. constat τὰ γὰρ ἐν χρῷ συμφωνήματα φύσιν ἀποδόσοι τοῖς συναλλάγμασι. Theod. Hermopol. in *l. 23. de reg. jur.*

SIN AUTEM PARTICULARIS] Totius rei interitus ad dominum, partis ad emphyteutam pertinet, nisi aliud convenerit *leg. 1. Cod. de jur. emph.* Itaque non poterit emphyteuta, ob sterilitatem petere remissionem pensionis; quamvis hoc colono concessum, *leg. 15. §. 2. & seq. h. t.*

COMMENTARIVS.

1 *Contractus emphyteuticus quid, & cur dubitatum olim, pro emptione venditione, an pro locatione conductione habendus esset.*

2 *Origo hujus contractus & progressus, unde nomen emphyteusios: & utrum etiam in ædibus consistat.*

3 *Ius emphyteuticum non ex tempore æstimari, sed ex eo, quod actum est.*

4 *Falli, qui in contractu emphyteutico solo consensu jus prædi transferri putant.*

5 *Præstationem canonis partem esse hujus contractus essentialem: & quanto tempore emphyteuta, non soluto canone, jure suo cadat: aliaque in foro agitata.*

6 *Qua conditione emphyteuta jus suum vendere, aut aliter alienare possit. Et quid hic juris apud Batavos.*

7 *Contractum emphyteuticum esse vestutissimum, & quid à Zenone acceperit.*

8 *An ad substantiam hujus contractus scriptura necessaria.*

9 *Contractus sensualis & emphyteuticus quomodo differant.*

10 *An emphyteuta similiter remissio canonis, ut conductori mercedis, in casu insolita, sterilitatis præstanda.*

SUnt quædam negotia, de quibus dubitatum fuit utrum pro emptione venditione, an pro locatione conductione habenda sint. Cujus generis duo Iustinianus profert. Unum hoc §. alterum §. seq. Quod hoc §. proponitur, est contractus emphyteuticus, & tale: Dominus prædium suum alicui habendum & fruendum in perpetuum tradidit, certa pensione in singulos annos constituta, ea lege, ut quamdiu pensio domino solvetur, tamdiu neque ipsi colono, neque iis, qui 1

qui in locum ejus succesſerunt, prædium auferri poſſit. Dixeris, hic eſſe venditionem, ſi ſpectes id quod agitur de re transferenda: hoc enim agitur, ut pleniſſimum jus utendi, & veluti dominium quoddam, in perpetuum tranſeat, quod & in hæredem, & in alium quemvis liceat transferre: unde etiam ei cui hoc jus conſtitutum eſt, utilis in rem actio contra quemcunque poſſeſſorem competit, *l.* 1. §. 1. *ſi ag. vect.* Rurſum dixeris, eſſe locationem, quia verum & directum dominium penes concedentem manet: item ſi ſpectes penſionem annuam: talis enim conſtituitur pro uſu rei in locatione, cum in venditione unum pretium ſtatuatur ſemel ſolvendum. Sed Zeno hanc diſputationem ſuſtulit, voluitque, hujuſmodi conventionem propriam eſſe ſpeciem contractus ab emptione & locatione diſtinctam.

2 *De prædiis, quæ traduntur perpetuo fruenda*] Contractus emphyteuticus originem traxiſſe videtur ab incultis & ſterilibus agris, qui quod colonum non reperirent, propter ſumptus, quos in illorum cultura atque inſitione, ſeu, ut nunc loquuntur, melioratione fieri neceſſe erat, in perpetuum, aut certe ad longiſſimum tempus locari cœperunt, ut agri illi colerentur, & conſererentur, idque modica penſione, quæ veri domini memoriam conſervaret: quanquam poſtea etiam agri cultiſſimi & fertiliſſimi eadem conditione locari cœperint. Hi agri emphyteutici appellati ſunt, & jus, quod coloni habent, jus emphyteuticum, atque uno nomine emphyteuſis, à verbo Græco ἐμφυτεύω, quod Latinis eſt, *inſero*, *implanto*. Dicuntur & agri & vectigales, à vectigali, id eſt, penſione ſeu canone, qui à poſſeſſoribus ſoluitur. Nam vectigal quemliber reditum ſignificat. Cicero in *paradox. Ex tenui meo vectigali aliquid etiam redundat.* Cæterum uſu veterum fere ſoli agri publici iſta conditione locati, vectigale appellantur, *leg.* 1. *ſi ager. vectig.* Quæſitum eſt, an in ædibus quoque emphyteuſis conſiſtere poſſit. Nonnulli negant, quoniam lex inſitionis, quæ eſt de originaria eſſentia hujus contractus, in ædibus locum non habet. Sed verius eſt, etiam in ædibus tale jus conſtitui poſſe, *auth. ſi quas ruinas, Cod. de SS. Eccleſ. leg.* 15. §. *ſi de vectigalibus* 26. *de damnat. infect.* Ait; *perpetuo fruenda.* Hinc jus emphyteuticum jus perpetuarium appellatur, *leg.* 1. *C de offic. com. fac. palat.* & emphyteutæ perpetuarij conductores, *leg.* 1. & 3. *Cod. de locat. prad. civil. lib.* 11. quanquam hoc jus etiam ad tempus conſtitui poteſt, dum ne id modicum ſit, *leg. ult.*

3 *ſi ag. vect. leg.* 1. §. 3. *de ſuperfic.* Cæterum ut emphyteuſis conſtituta cenſeatur, id non æſtimandum eſt ex tempore, ſed ex ipſa conventione, & ex eo, quod actum eſt. *Vveſemb. par. hic, num.* 8. *D. Bronch.* 2. *aſſert* 67. Nam locatio quantivis temporis non eſt modus transferendi dominij, *l. non ſolet* 39. *hoc tit. D. Ioan. à Sande lib.* 3. *tit.* 6. *defin.* 10. *circa fin.* Sane non eſt aſſentiendum Cujacio, qui putat, locationes omnes, quæ luſtrum egrediuntur, conſtituere jus emphyteuticarium. Abſurdum enim eſt, ei, qui ad ſex ſeptem annos conduxit, tribuere jus agendi in rem, & interdicto uti poſſidetis jus alienandi, ſervitutem imponendi, novum opus nuntiandi: quæ omnia emphyteutis conceſſa eſſe conſtat. Ait, *quæ traduntur.* Recte interpretes ſtatuunt, 4
ante traditionem prædij jus reale ſeu utile dominium in emphyteutam non tranſire, proinde nec actionem in rem ei antea competere, ſed in perſonam tantum. Etenim conventionum & contractuum non hæc natura & vis eſt ut rem aliquam aut jus aliquod immediate noſtrum faciant, ſed ut alium nobis ad aliquid dandum aut præſtandum obſtringant duntaxat, *leg.* 3. *de obl. & act. junct. leg. traditionibus* 20. *Cod. de pact.* adeoque perſpicue falluntur, qui exiſtimant, peculiare eſſe in hoc contractu, ut ſolo conſenſu jus prædij transferatur, & in rem actionem colonus acquirat. Zeno quidem contractum emphyteuticum ſeparavit ab emptione & locatione, & per ſe firmum eſſe voluit, ſed non conſtituit, ut contra communem contractum & obligationum naturam ex eo dominium citra traditionem tranſiret.

Quamdiu penſio præſtetur] Præſtatio penſionis 5
ſeu canonis pars eſt eſſentialis contractus emphyteutici, & argumentum reſervati dominij, *leg.* 1. *dict. tit.* in cujus rei fidem etiam ſolvitur. Quamdiu autem canon ſuo tempore ſolvitur, non licet domino expulſo emphyteuta agrum auferre. Quod ſi emphyteuta per triennium canonem ſolvere ceſſaverit, tum is jure ſuo volente domino cadit, niſi quid ſecus privata pactio ſuadeat, *leg.* 2. *Cod. de jur. emphyt.* In emphyteuſi Eccleſiaſtica ceſſatione biennij jus amittitur, *auth. qui rem, Cod. de SS. Eccleſ.* Enimvero ſi dominus poſt ceſſationem tanti temporis canonem elapſum ſine proteſtatione receperit, tecum nuntiaſſe caducitati viderur, per *leg. pen. de leg. commiſſ Guid. Pap. quæſt.* 171. *Clar. §. emphyteuſis, quæſt.* 10. *Ant. Fab. Cod. ſuo hoc tit. defin.* 16. *Perez. in Cod hoc tit. in fin. D. Grat.* 2. *introduct.* 40. Quinetiam etſi cum proteſtatione acceperit canonem futuri temporis, aut elapſum poſt tempus, quo res in commiſſum cecidit, nihil tamen hoc dominum juvat. *Clar. d. quæſt.* 10. *Fachin.* 1. *contr.* 99. *Chriſtin. vol.* 3. *deciſ.* 112. *num.* 9. Sed & celeri ſatisfactione ex æquitate juris Canonici etiam in emphyteuſi civili moram purgari

posse, arg. *cap. ult. ne de loc.* censet idem *Clar. d.§.* eoque jure nos quoque uti scribit *Grot. de loc.* & ita judicatum refert *Coren. obs.* 22. quamvis communis sententia sit emphyteutam privati moram purgare non posse. *Clar. d. loc. Sichard. ad l. 2. n. 20 C. hoc tit. Fachin* 1. *contr.* 98. secundum quam judicatum refert *Afflict. decis.* 174. *ad Christin. vol.* 1. *decis.* 157. Quæritur autem an dominus emphyteutam propter Canonem triennio non solutum propria auctoritate expellere possit. Quod omnino negandum est, per *l. non est singulis* 376. *de reg. jur. l.* 7. *C. unde vi. vid. Clar. d. §.* 9. 11. *Sichard. d. loc. n.* 16. *Fachin. d. lib.* 1. *contr.* 95. loci, qui expulsione loquuntur, intelligendi de expulsione legitima, quæ fit auctoritate judicis. *Grot. lib.* 2. *intr. c.* 40. *Coren. obs.* 5. *Mornac. ad l.* 2. *C. de jur. emphyteut.*

6 *Vendiderit, aut donaverit*] Emphyteuta non solum possidendi & fruendi jus habet, sed etiam alienandi potestatem. Et vendendi quidem etiam cui velit: cæterum oblata prius domino emendi prærogativa; alioqui jure suo cadit. Placet autem dominum extraneo emptori præferri, dum, intra duos menses à facta denuntiatione tantundem offerat, *l.* 3. *vers. sed ne hac, C. hoc tit. de jur. emphyt.* Donandi vero vel cum alio permutandi etiam domino irrequisito. Utique tamen tenetur domino significare, donare se aut permutare velle, quo dominus novum emphyteutam accepto laudimio, quæ pars est quinquagesima pretij fundi, in possessionem admittat, Juxta *d. l.* 3. *in fin. & ibi Jas. col.* 14 *& seq. Sichard. num.* 19. *& seq.* Prolixius hæc executio *lib.* 2. *select. quæst. cap.* 2. Apud nos extra specialem conventionem, aut contrariam consuetudinem, passim usu servatur, ut emphyteuta jus suum etiam vendere irrequisito domino possit, *decis. Curt. Holland.* 59. sed habet dominus jus ἀναδόσεως seu retractus, eoque uti potest intra annum, ex quo scire cœperit, prædium esse alienatum *Grot.* 2. *introduct.* 40. ubi etiam refert, quibusdam in locis observari, ut alienato jure aut per successionem transeunte, canon pro eo tempore duplicatus vice laudimij solvatur.

Lex Zenoniana lata est] Zeno *l.* 1. *C. hoc tit.* constituit, ut jus emphyteuticarium neque conductionis, neque alienationis titulis adjiceretur, sed tertium hoc jus esset, ab utriusque memoratorum contractuum societate separatum; utque conceptionem ac definitionem haberet propriam, justusque esset ac validus contractus, ex quo in posterum actione propria emphyteuticaria, non exempto aut conducto, amplius ageretur. Unde interpretes nostri inferunt, contractum emphyteuticum esse creaturam Zenonis, ac proinde non iuri gentium, sed civili Romanorum attribuendum esse. Quod probare non possum. Etenim non ordine temporum, sed ratione hæc distingui oportet. Quicquid enim ejusmodi est, ut ab aliquo excogitatum & institutum moveat omnium opinionem de se, quasi ad usum vitæ communis conducens, id juri gentium adscribi debet, vid. *sup. de iur. nat. gent.* ubi demonstramus, non omnia eodem modo & gradu ad ius gentium referri. In hoc autem genere sunt etiam locationes perpetuæ; quippe quas non minus, quam temporales, omnes gentes sibi communes fecerunt. Emphyteusis vero nihil aliud est, quam in perpetuum vel bene longum tempus facta locatio. Sed nec illud verum est, contractum emphyteuticum esse creaturam Zenonis, ac ne illud quidem omnino, à Romanis originem habere. Sibylla Cumana antiquior est, per ea, quæ legimus apud Mosen *Genes.* 47. *vers.* 24. *& seqq. Joseph.* 2. *antiq. Judaic.* 4. *Aristot.* 2. *Oeconom.* Zenonis autem lege nihil aliud effectum est, quam ut hic contractus, cum antea dubitaretur, emptioni ac locationi aggregandus esset, separatum ab utraque illa conventione haberet naturam. Itaque non novam contractus speciem Zeno fecit; sed eam, quæ sub emptione & locatione continebatur, quasi grana ex spicis excutiens, detexit, ut disputat *Cora.* 1. *misc.* 21. *num.* 4. Planè, si vera est 8
communis DD. opinio, ex lege Zenonis ad constitutionem & substantiam contractus emphyteutici necessariam esse scripturam, (quæ opinio probari videtur verbis legis, *scriptura interveniente*) iure civili hic contractus adscribi potest; non utique mero, sed mixto, *arg. leg.* 6. *de test. & iur.* Sed multi tamen censent cum Gloss. non prohiberi fieri sine scriptis, licet dicatur fieri in scriptis. Et nimirum, Zenonem non ideo scripturæ mentionem facere, eamve requirere, quod sine ea nolit contractum subsistere: sed quia ad probationem rei gestæ in hoc contractu necessaria est; cuius alioqui fides decursu temporis, ad quod extenditur, vacillare potest, mortuis iis, qui testes adfuerant, *Connan.* 7. *comm.* 12. *Perez. C. hoc tit. num.* 2. Addunt alii, perpetuum non esse, quod duo ablativi absolutè positi conditionem contineant, seu, ut vulgo loquuntur, causam importent finalem, §. 1. *sup. de testam. mil. l.* 24. *eod.* Denique esse hunc contractum bonæ fidei, ad cuiusmodi contractum substantiam scripturam desiderari non sit credibile. Sed & usus communem opinionem reprobat, testibus *Bart. & Angel. in d. l.* 1. *hoc tit. Paris. lib.* 3. *cons.* 177. *num.* 16. *& seqq. Socin. cons* 169. *num.* 12. *Roland. à Val. cons.* 87. *num.* 11. & nominatim de moribus nostris testatur *Grot.* 2. *introduct.* 40. Clarus tamen *d. § emphyteusis, quæst.* 4. negat, consuetudinem istam esse generalem, ac proinde melius ac tutius

7 fore,

fore, ut in praxi adhæreamus opinioni communi; utique iis in locis, ubi contrarium consuetudine receptum non est: quod & supremam Curiam Mechlinienſem aliquandò censuisse refert *D. Christin 3. vol. decis. 19. n. 5.*

Neque ad locationem neque ad venditionem inclinantem] Horum verborum non hic sensus est, post constitutionem Zenonis contractum emphyteuticum cum emptione & locatione nihil commune habere cœpisse: sed cœpisse esse specialem contractum, peculiarem & distinctam habentem naturam ab emptione & locatione, cum quibus antea confusus erat: atque ex hoc contractu nunc propriam competere actionem, non ut antea ex empto aut locato. Neque enim efficere Zenonem voluisse credendum est, quod efficere non potuit, ne scilicet contractus hic similitudinem quandam cum illis duobus retineret, & hactenus ad utrumque inclinaret. Simillimus, ut obiter hoc dicam,
9 contractui emphyteutico est contractus censualis. Sed hoc interest, quod etiam verum & directum dominium in censuarium transfertur, cum illud in constitutione emphyteusios apud constituentem maneat. Itaque censum solvimus non ut emphyteutæ, in recognitionem dominij de re aliena, sed de re nostra: & ideo qui censum recipit, jus caducitatis ob cessationem non habet. *Io. Fab. ad hunc §. circa fin. Iaſ. in l. 1. C. de ur. emph. n. 39. D. præſ. in lec. ab emphyteuſi ad cenſ. Clar. §. emphyteuſis, q. 1. n. 2. Grot. 1. introduct. 46. Baro comm. hic. part. ult.*

Ac si naturalis esset contractus] Id est, haud secus, ac quilibet alius contractus propriam ac distinctam naturam habens: ut enim cæteri contractus ex conventione legem accipiunt: *l. 23. de reg. jur.* ita & contractus emphyteuticus suis pactionibus fulciri potest, ut hic loquitur Iustinianus; non tantum circa præstationem periculi, sed etiam circa durationem & caducitatem, id est, intra quod tempus emphyteuta canonem non solvens jus suum amittere debeat, *l. 2. C. de jur. emphyt.* Cujacius, Ferretus & Hotom. legunt, *ac si natura talis esset contractus*: quomodo & Theophilum legisse ex paraphrasi apparet: & rectè sane, τὸ γὰρ ὃν δίκῃ συμφωνήσαν φύσιν ἀδίκως τοῖς συναλλάγμασι. *Theod. Hermop. in l. 23. de reg. jur.*

Siquidem totius rei interitus] Nisi quid aliud nominatim cautum sit, rei totius interitus ad dominum pertinet, partis vero rei ad emphyteutam, qui hoc casu nihilominus integram pensionem præstare tenetur, *l. 1. C. eod.* Quapropter nec ob sterilitatem remissionem pensionis petere poterit. Neque est contrarium, quod eo casu locatione pensio remittenda est, *l. ex conducto. 15. §. 2. & seq. locat.* Nam in locatione merces pro modo & quantitate fructuum, qui ex fundo percipi solent, constituitur: in emphyteusi autem canon non pro fructibus, sed in recognitionem dominij præstatur. Planè si etiam pensio emphyteutæ imposita tanta sit, ut proportione fructibus respondeat, puto, ei succurrendum esse, & tam ob sterilitatem pensionem remittendam, quam ob interitum partis rei minuendam arbitrio boni viri, quasi quædam potius locatio, justa mercede facta sit, quam initus contractus emphyteuticus. Nec movere nos debet, quod verba contractus non sonent locationem. Semper enim in omnibus contractibus sequimur id, quod actum est: nec tam nomen conventionis inspiciendum, quam natura & conditio negotij, quod igitur. *Clar. §. emphyteuſis, q. 8. n. 7. & ſeq. Gail. 2. obſ. 23. Ant. Fab. C. ſuo de jur. emphyt. defin. 36. Diff. Fachin. 1. contr. 89. D. Tulden. in Cod. de jur. emphyt. n. 4.*

TEXTUS.

4. Item quæritur, si cum aurifice Titius convenerit, ut is ex auro ſuo certi ponderis certaque formæ annulos ei faceret, & acciperet, verbi gratia, decem aureos, utrum emptio & venditio, an locatio & conductio contrahi videatur. Caſſius ait, materia quidem emptionem & venditionem contrahi, operæ autem locationem & conductionem. Sed placuit, tantum emptionem & venditionem contrahi. Quod si ſuum aurum Titius dederit, mercede pro opera conſtituta, dubium non eſt, quin locatio & conductio ſit.

NOTÆ.

4. ITEM QUÆRITUR] Ex Cajo *l. 2. §. 1. eod.* Dixeris hîc emptionem contrahi, quia materia in perpetuum abalienatur. Rursus tamen videri potest contrahi locatio propter operam artificis, quæ & ipsa æstimatur: operæ autem emptio esse non potest.

PLACUIT TANTUM EMPTIONEM ESSE] *d. l. 2.* Nemo dubitaret emptionem contrahi, si cum aurifice convenissem, ut is mihi certo pretio traderet annulos, quos jam factos habebat. Quid autem refert res jam facta sit ab artifice, an adhuc facienda, cum utroque in pretio constituendo non materiæ solum, sed etiam artificij ratio habeatur? vid. *l. 20. l. 65. de contr. empt.*

COMMENTARIVS.

1 *Cur dubitatum in hypotheſi propoſita, utrum emptio contraheretur, an locatio.*

2 *Regula generalis, unde in hujusmodi casibus emptio & locatio dignoscantur.*

1 AFfert hic Iustinianus aliud exemplum negotij, quo dubitatum, emptio venditio contraheretur, an locatio conductio: nimirum, si mihi cum artifice convenerit, ut certo pretio rem aliquam mihi efficeret ex sua materia, puta ut aurifex certi ponderis certæque formæ annulos faceret ex suo auro. Dixeris enim, hic emptionem contrahi, quia materia in perpetuum abalienatur. Rursus dixeris esse locationem propter operam artificis, quæ & ipsa æstimatur: operæ autem emptio esse non potest. Qua ratione Cassius non simplicem hunc contractum esse dicebat, sed duplicem, venditionemque & locationem in hoc negotio concurrere; & scilicet materiæ atque in hypothesi proposita auri infecti venditionem contrahi, operæ & artificij locationem. Sed concinnius visum est, simplex hoc & unum negotium censeri, tantumque emptionem & venditionem esse, *l. 2. hoc tit.*

Placuit, tantum emptionem & venditionem] *d. l. 2.* Si cum aurifex jam haberet annulos ex suo auro factos, mihi cum eo convenisset, ut eos certo pretio mihi daret, nemo dubitaret, emptionem & venditionem tantum contrahi. Quid autem in proposito refert, res jam facta sit ab artifice, an adhuc facienda, cum utrobique in pretio constituendo non materiæ solum, sed etiam artificij ratio
2 habeatur? Sic vero in universum habendum est; Si quam rem nobis fieri velimus, veluti statuam, vel vas aliquod, aut annulos, vestem, tegulas, &c. ut nihil aliud quam pecuniam demus, emptionem esse, atque emptionem solum; quoniam nulla potest esse locatio, ubi corpus ipsum non datur ab eo, cui id fit: quemadmodum Sabinum respondisse Pomponius refert *l. Sabinus 20. de contrav empt.* Cui sententiæ convenit, quod Iavolenus scribit, *l. si convenit 65. d. tit* totiens emptionem contractam intelligi, quotiens materia, in qua aliquid fit, immutatur & alienatur. Id autem in casu proposito contingit auro. Non adversatur huic sententiæ Paulus in *l. item si. 22. §. 1. hoc tit.* ubi ait; Cum insulam ædificandam loco, in sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad me transferri, & tamen locationem esse: locare enim artificem operam suam, id est, faciendi necessitatem: quoniam cum aream meam do, ut in ea ipsula fiat, substantia & materia, in quam agit artifex, à me proficiscitur; *d. l. Sabinus in fin.* neque materiam, tigna, cæmenta hic emo, sed conduco operas artificis ad insulæ constructionem, ut eam mihi omni re atque opere perfectam in meo reddat.

Quod si suum aurum dederit] *d. l. 2. l. in navem 31. hoc tit.* facit *l. scribit. 34. in pr. vers. in aurifice de aur. arg. mund. leg.* Nam totiens conductio alicujus rei intelligitur, quotiens materia, in qua aliquid præstatur, in eodem statu ejusdem manet, *d. l. si convenit. 65. de contr. empt.*

TEXTUS.

5. Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet: & si quid in lege prætermissum fuerit, id ex bono & æquo præstare. Qui pro usu aut vestimentorum, aut argenti, aut jumenti, mercedem aut dedit aut promisit, ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet; quam si præstiterit, & aliquo casu fortuito eam rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur.

NOTÆ.

5. SECUNDUM LEGEM CONDUCTIONIS] Id est, secundum pacta conventa conductioni adjecta, quæ legem contractui dant, *l. 23. de reg. jur.* exempla habes in *l. 9. §. 2. l. 11. §. 1. & ult. h. t.* estque hoc commune omnium judiciorum bonæ fidei, *l. 7. § 5. de pact. l. 11. §. 1. de act. empt.* Vide infr. in comm.

EX BONO ET ÆQUO PRÆSTARE] Est enim hic contractus bonæ fidei, in quo multa; quæ nec dicta nec cogitata fortè sunt, præstari æquum est, § 30. *inf. de act. & sup. de obl. ex cons.* add. *l. 25. §. 3. l. 24. pr. h. t. l. 2. l. 17. C. eod.*

QUALEM DILIGENTISSIMUS] Superlativus pro positivo, ut & in *leg. 25. § pen. eod.* Est enim locatio ex eorum contractuum numero, qui utriusque contrahentis utilitatem continent, in quibus dolus duntaxat & culpa levis præstatur, non etiam levissima, *l. 5. §. 2. commod.* ubi etiam nominatim locationis fit mentio: *leg 9. §. 3. l. 11. §. 3. l. 13. §. 1. l. 31. in fin. hoc tit. l. 3. §. 1. naut. caup. stab.*

ALIQUO CASU FORTUITO] *l. 18. C. h. t.* Neque hoc proprium hujus judicij, sed commune omnium contractuum, *l. 23. de reg. jur. l. 6. C. de pign. act.*

COMMENTARIVS.

1 *Qua à conductore ex natura hujus contractus præstanda:*

2 *Conductorem regulariter levem duntaxat culpam, non etiam levissimam præstare.*

3 *Accurata*

3 *Accurrit ad ea, quæ in contrarium disputantur, responsio.*

4 *Exclusione casus fortuiti non protinus inducitur præstationem culpæ levissimæ.*

AGitur hoc §. de præstationibus, quæ conductori incumbunt, docenturque, in hac re primum inspici debere id, quod ut præstaret conductor, nominatim convenit; veluti si convenerit, ut etiam si quid vi majore accidisset, præstaretur: hic enim pacto standum esse Iulianus respondit, 1 *l. 9. Iulianus 2. hoc tit.* Similia exempla occurrunt in *l. 11. §. 1. & ult. eod.* estque hoc commune omnium judiciorum bonæ fidei, *l. 11. de act. empt. l. contractus 23. de reg. jur.* Quod si nihil convenit, tunc ea præstanda esse, quæ naturaliter insunt hujus judicij potestate, in quod, cum sit bonæ fidei, id omne venit, quod ex æquo & bono præstari oportet, etiamsi de eo nihil dictum, aut fortè nihil cogitatum sit, *l. si in lege 24. & l. seqq. §. 3. hoc tit. §. in bonæ 30. inf. de act.* unde post moram etiam usuræ tardius illatarum pensionum à conductore præstandæ, *l. quæro 54. eod. l. præses 17. C. eod.*

Secundum legem conductionis] Id est, secundum pacta conventa conductioni adjecta, quæ legem & formam contractui dant, *l. 7. §. quinimo 5. de pact. d. l. 23. de reg. jur.* Nihil est apud juris auctores frequentius, quam ut legem contractus appellent formam, quam ex pactione adjecta contractus accipit, ipsamve pactionem, *l. qui fundum 40. l. comprehensum 60. l. si cum fundum 68. de contr. empt. l. si in lege 24. h. tit. l. venditor 13. comm. præd. um similib.*

Ex bono & æquo præstare] Ante omnia autem colonus curare debet, ut opera rustica suo quæque tempore fiant, ne intempestiva cultura fundum faciat deteriorem. Præterea villarum curam agere debet, ut eas incorruptas habeat, *d. l. 25. §. 3. h. t.* Inquilinus, ut in domo locata rectè versetur, ex honesta non faciat cauponam, *l. 3. C. eod.* Uterque, ut pensiones suo quasque tempore solvat, *d. l. quæro §. 1. hoc tit.* Ne ita se gerat conductor, & pensionem præstet, impunè expelli potest, *d. leg. quæro, §. 1. l. 3. C. eod.* Plures alias causas, ob quas conductorem expellere jus est, refert Christin. *vol. 3. decis. 115.* quamquam non omnes hodie obtinent, ut idem ibidem annotat. Illud hic tenendum est, quibus casibus conductorem expelli possе dicitur, non nisi ex auctoritate magistratus eum expelli debere. *Ant. Fab. C. suo h. t. defin. 11.*

Qualem diligentissimus paterfamilias] Simile est, quod traditur in *l. si merces 25. §. pen. hoc tit.* At enim locatio & conductio est contractus ex eorum numero, qui utriusque contrahentis utilitatem continent: in cujusmodi contractibus dolus duntaxat & culpa præstatur, juxta regulam traditam in *l. 5. §. 2. commod.* ubi nominatim etiam locationis fit mentio. Cum autem culpa præstari dicitur, eo verbo in usu juris non alia, quam levis culpa designatur, id est, ea, quæ mediæ diligentiæ opponitur. Quod multis auctoritatibus probavimus sub *§. 1. sup. quib. mod. re contr. oblig.* & de hac tantum culpa d. regulam intelligi debere ex eo patet, quod in contractibus, in quibus solius accipientis utilitas versatur, quale plerumque est commodatum, Iurisconsultus d. loco scribit, plus ab accipiente exigi, quam cum utriusque commodum vertitur; nimirum in hujusmodi contractibus præter culpam præstari & diligentiam; quo significat, in eo contractus, qui utriusque gratia fiunt, & commodatum, discrepare, quod in illis duntaxat levis culpa præstetur, in hoc etiam levissima, quam more veteribus usitato contrariæ rei præstatione indicat, diligentiæ scilicet, intelligens eo verbo diligentiam specialem seu exactissimam. Ipsa quoque ratio hoc suggerit, levius agendum esse cum eo, qui mercedem pro rei usu præstat, quam qui gratuitum ejus usum habet. Quin ipsum etiam commodatarium placet culpam levem tantum præstare, secundum superiorem regulam, si quando commodantis quoque contemplatione res commodata sit, *l. in rebus 18. in fin. pr. commod.* Ex quibus perspicuè evincitur, conductorem regulariter levissimæ culpæ nomine non teneri, neque ab eo exigi, extra specialem conventionem, ut in *leg. qui mercedem. 40. hoc tit.* ut in re conducta summam & exactissimam diligentiam præstet, sed securum eum esse oportere, si adhibuerit mediam, id est, eam, quam communiter frugi patresfam. suis rebus adhibere solent. Idem ex eo quoque confirmatur, quod passim nihil amplius quam culpam à conductore præstari legimus, *leg. 9. §. 3. l. 11. §. 3. l. item quæritur. 13. §. 1. leg. in navem. 31. in fin. hoc titul.* quo postremo loco Alfenus etiam pro ratione affert regulam probatam in contractibus, qui utriusque causa ineuntur: at culpæ nomine absolutè posito in usu juris culpa levis perpetuo significatur. Denique ut nullus dubitationi locus relinquatur, evidentissimè hoc ipsum ostendit, *leg. 3. §. 1. naut. caup. stab.* quo loco Iurisconsultus conferens actiones locati & depositi cum honoraria, quæ ex edicto isto competit, utilitatem ejus, quæ ex edicto est, hoc nomine maximè commendat: quod in locato conducto culpa, in depositо dolus duntaxat præstetur: edicto vero omnimodo, qui recepit, teneatur, etiamsi sine culpa ejus res periit aut damnum datum est, ita tamen, ut nec ille præstet casus fortuitos, seu quod damno fatali aut vi majore contingit. Igitur ex

2

sententia

sententia Iurisconsulti is, qui recepit, præstat medium aliquid inter culpam & casum fortuitum, quod non præstat conductor: atqui hoc medium nihil aliud esse fateri omnes debent, quam culpam leviſſimam. Quid ergo respondemus ad hunc textum? Nimirum idem, quod interpretes vulgo, superlativum hoc loco positum esse pro positivo verbum *diligentiſſimus* pro *diligens*; ut hoc verbum secundum subjectam materiam & naturam contractus explicandum sit, eoque hic significari intelligatur, non summa illa & penè modum excedens, sed media diligentia, quam communiter homines diligentes suis rebus adhibere consueverunt. Si ex contrario positivus pro superlativo ponitur in *l.* 5. §. *custodiam* 5. *commod. l. hæredes* 25. §. *non tantum* 16. *fam. erciſc.* §. 2. *ſup. quib. mod. re contr. obl. &c.* quod apparet ex collatione *l. in rebus* 18. *l.* 1. §. *& ille* 4. *de obl. & act.* §. 1. *inſ. de obl. quæ quaſi ex contr.* Idem responderi potest ad *l. ſi merces* 25. §. *pen. hoc tit. arg. d. l.* 3. §. 1. *naut. caup. ſtab.* Nam quod alij respondent, casus esse speciales, qui hic & in *d.* §. *pen.* proponuntur, atque utroque loco agi de rebus, quæ natura sua, quasi damno maximè obnoxia, accuratiſſimam custodiam desiderant, altero etiam de conductoribus, qui operam quasi ultro offerunt, & ideo quoque leviſſimam culpam præstare tenentur, *arg. l.* 1. §. *ſæpe* 35. *depoſ.* admitti non potest. Nam jumenta, columnæ, dolia, tigna, scrupulosam præ cæteris rebus curam, aut curiosam custodiam minimè requirunt: nec quilibet qui quodammodo operam suam offerre videtur, ad majorem diligentiam quam natura contractus desiderat, obligatur, *d. l.* 3. §. 1. *naut. caup. ſtab.* sed locum hoc habet in artificibus, seu iis: qui alicujus rei peritiam profitentur; quorum idcirco imperitia culpæ levi annumeratur, cum in aliis sit leviſſima, *l.* 9. §. *pen. l. item* 13. §. *ſi gemma* 5. *hoc tit. l.* 12. *de furt. l.* 8. §. 1. *ad leg. Aquil.* nisi putamus, etiam eos, qui columnas aut tigna deportanda conducere solent, eodem numero haberi, quasi industriam certæ rei profiterentur, ut *D. Vveſemb.*

Et aliquo fortuito] *L. in judicio* 18. *C. eod.* Neque hoc proprium hujus judicij est, sed commune omnium contractuum, *l. contractus* 13. *de reg. jur. l.* 6. *C. de pign. act.* Non obstat, quod alibi dicitur, rem locatam esse periculo conductoris, *l.* 13. §. 1. *d. lib. cauſ. l.* 14. §. *qualis* 16. *de furt.* Nam illud intelligendum est de periculo & damno, cui culpa causam præbet: neque novum est, ut illæ etiam res periculo nostro esse dicantur, in quibus culpam præstamus; de quo uberius disserui sub §. 3. *tit. præc.* Quod autem hic excluditur casus fortuitus, id non satis argumenti est, culpam leviſſimam à conductore præstari: nihil enim frequentius est jure nostro, quam ut posita præstatione doli & culpæ, quo verbo levis intelligitur removeatur casus fortuitus; insuper habito, utrum eo amplius etiam leviſſima culpa præstetur, nec ne; utpote quæ & raro præstetur, & vix culpa sit. Hinc jam judicari potest, an incendium & quando à conductore præstandum sit: in quo tamen mirificè variant & interpretes, & judicum sententiæ: *vid. Gail. 2. obſ. 21. Menoch. de arb. jud. quæſt. 2. caſ. 390. Maſcard lib. 2. de prob. in verb. Incendium Fachin. 1. cont. 87. Moller. 4. ſemeſtr. 31. D. Tulden. com. in tit. de leg. Aquil. n. 8. Chriſtin. vol. 3. de ſ. 112. n. 5. ubi plures citat.* Assentior autem iis, qui statuunt, inquilinum de incendio locatori teneri, nisi doceat de diligentia sua in muniendo & custodiendo igne adhibita. *Fach. & Moller. de loc. p. l.* 3. § 1. *de iſſ. præſ. vig. l.* 11. *de pec. & comm. rei vend.* de quo nos opulentius *l.* 1. *ſel. quæſt. cap.* 33.

TEXTUS.

6. Mortuo conductore intra tempora conductionis, hæres ejus eodem jure in conductione ſuccedit.

NOTÆ.

6. MORTUO CONDUCTORE, &c. HÆRES EJUS] *l.* 10. *C. h. t.* sicut nec ex contrario morte locatoris expirat locatio, *l.* 18. §. *eod.* Hæres enim universi juris & onerum defuncti successor est, *l.* 37. *de acq. hær.* Emptor autem vel legatarius stare locationi non tenentur, *l.* 25 §. 1. *l.* 32. *h. t. l.* 120. §. *ult. de leg.* 2. *l.* 9. *C. h. t.*

COMMENTARIVS.

1 *Emptor non tenetur ſtare locationi facta à venditore, & quid hodie.*

MOrte conductoris conductionem non expirare, sed hæredi quoque ejus intra tempora conductionis onus contractus incumbere, certi juris est, *l.* 10. *C. hoc. tit.* & contra nec morte locatoris expirat: quippe hæres universi juris & onerum defuncti successor est, *l. hæres* 37. *de acq. hær.* Ait autem Iustinianus, hæredem eodem jure in conductione succedere: & Gordianus in *d. l.* 10. hæredi quoque onus contractus incumbere: quibus verbis non hoc significant, hæredes, pro eo tempore, quo contractus inter defunctum & superstitem steterit, actione locati aut conducti teneri: quanquam etiam ita tenentur, *l. ſed addes* 19. §. *pen. hoc. tit. l. cum conductorem* 29. *C. eod.* quippe 1

quippe omnes actiones ex contractibus venientes, etiam mandati & pro socio *l. inter causas 26. pr. mand. l. nemo 35. & l. seq. pro soc.* in hæredes transeunt : sed hæredem succedere in ipsum jus conductionis, quæ mortuo conductore aut locatore non finiatur: quod quidem regulariter etiam in aliis contractibus obtinet : sed secus est in iis negotiis, in quibus industria certæ personæ eligitur, ut in societate & mandato, quæ morte contrahentium finiuntur, ut docetur duobus tit. proximè seqq. particularis autem successor, emptor aut legatarius non tenetur stare locationi factæ ab auctore suo, *l. si merces 25. §. 1 l. qui fundum 32. h. t l. 9. C. eod. l. nihil. 12. §. ult. de legat. 1.* Cæterum ab hoc jure moribus nostris & pleræque Belgicæ recessum est, juxta tritum illud, *huer gaet voor koop. Grot. 3 introd. 19. Neostad. dec sup. Cur. 30. Gudelin. 3. de jur. nov. 7. add. vàl, vàl, Groenew. de legib. abrog. ad l. 9. C. h. t.* In hac urbe sequuntur jus commune : *statut. Leid. 74.*

TITULUS XXVI.

De Societate.

Continuatio. Quid sit societas, & quarum rerum, quando & quomodo contrahatur.

Tertia species contractuum qui sola contrahentium voluntate obligationem inducunt, est societas. Societas est contractus, quo inter aliquos res aut operæ communicantur, lucri in commune faciendi gratia. Primum ut sit societas necesse est aliquid mutuo conferri & communicari: nisi quid utrinque in commune conferatur, societas non intelligitur. Inde dictum, donationis causa societatem non contrahi ; veluti si alicui placuerit lucrum ex re sua factum alteri commune esse, qui de suo nihil conferat *l. 5. §. 1. h. t* Enim vero quæ res invicem conferantur, corporalesne utrinque, an illinc res, hinc opera an etiam opera utrinque, ad societatem communicatione rerum contrahendam, nihil interest : nam & inter duos artifices societas coiri potest, ut quod ex suo artificio quæstus fecerint, inter eos commune sit, *l. si non fuerint 29. l. duo 71. eod.* Illud quoque nihil refert ad societatem ineundam quantarum rerum societas instituatur : nam & universorum bonorum societas contrahi potest, & partis bonorum : potest & negotionis alicujus, quæ multas res partesque contineat : potest denique & unius rei, veluti si prædium communi consensu conducatur, ut fructus inde quæsiti sint communes, *pr. hoc tit. l. 5. l. veram 63. eod.* Porro quod ex definitione satis intelligitur, societas est consortium voluntarium, ut à Papiniano vocatur, *l. cum duobus 52. § Idem Papinian. 8. eod.* nisi enim consensu & tractatu de ea re habito communio suscepta sit, non est societas. Itaque socij non sunt si qui aut casu in communionem inciderint, puta si legatum, donatio, aut hæreditas duobus communiter obvenerit, aut si res à duobus simul simpliciter empta sit *l. ut sit 31. cum 3. ll seq. eod.* Ex quibus locis cum Glossa & citatis in *add. ad Bart.* temperandum est, quod in *l. 2. commod.* Iurisconsultus ait, rem quæ à duobus pariter empta est, cum societate communem esse; nempe si empta sit cum affectione & animo societatis : idemque præsupponendum in specie *l. 2. C. h. tit* quanquam Bartolus ad *dd. ll.* quem sequitur Salicetus in *d. l. 2.* contrarium axioma proponit, videlicet eo ipso, quod res à duobus pariter emitur, societatem contrahi. Denique quod postrema verba definitionis indicant, non est satis ad contrahendam societatem, communionem consensu iniri inter aliquos, nisi in hunc finem communio instituatur, ut lucrum inde in commune fiat. Quæ communio hunc finem non habet, societas dici non potest, ut maximè voluntate suscepta sit. Ut ecce, materiæ duorum voluntate dominorum confusæ sunt : massa quidem hæc communis est, *§. si duorum 27. sup. de rerum divis.* at non jure societatis. Res eadem simul à duobus simpliciter empta est, fit illa quidem amborum voluntate communis, sed ut modo dixi, circa societatem, *d. l. ut sit 31. h. t.* Convenit inter aliquos, ut lucrum non sit commune, sed unius tantum socij: placet, ita societatem contrahi non posse, quasi quæ contra finem societatis constituatur, *d. l. si non fuerint 29. §. 2. eod.* De damno nihil adjeci, quia lucrum tantum sperant spectantque socij, damnum præter votum eorum accidit. Sed nec damni communio ad substantiam societatis pertinet : quippe quæ etiam ita constitui potest, ut unus è sociis damni sit expers, ut postea intelligetur. Cum autem de communione eo, quo dixi animo inter aliquos convenit, tum societas consensu contracta intelligitur, etsi nullius rei aut operæ collatio in præsentia fiat, *l. 2. de obl. & act.* Nec adversatur, quod scribit Modestinus *l. 4. hoc t.* posse societatem coiri re & verbis &c. significat enim, societatem ita contrahi consensu, ut nihil intersit, verbis seu aperta conventione, an tacitè re seu facto aliquo consensus declaretur : add. quæ ex Cujacio notat D. Gothofr. *ad. d. l. 4.* Species societatis sumuntur à diversitate materiæ : ac de eo hic primum agitur : deinde disputatur de pactionibus circa partes lucri & damni : postremo de vi & obligatione hujus contractus, deque modis, quibus dissociamur.

TEXTUS.

Societatem coire ſolemus aut totorum bonorum, quam Græci ſpecialiter κοινωνίαν appellant; aut unius alicuius negotiationis, veluti mancipiorum vendendorum emendorumque, aut olei, aut vini, aut frumenti emendi vendendique.

NOTÆ.

SOCIETATEM COIRE] Societas eſt communio conſenſu ſuſcepta. Eſtque duplex, vel vitæ, quam uno verbo nuptias ſive matrimonium appellamus; vel bonorum, quæ verbo generis in uſu juris ſocietas vocatur: de qua ſola hic agitur.

AUT TOTORUM BONORUM] In qua bona omnia præſentia continuo communicantur, actiones invicem cedendæ, quæ poſtea obveniunt, in commune redigenda, *l. 1. §. 1. l. 2. l. 3. l. 73. & ſeq. h. t.* Cum autem aliqui ſimpliciter ſocietatem contrahunt, eorum duntaxat, quæ ex quæſtu veniunt, coita eſſe videtur, non etiam, quæ beneficio alieno aut dono fortunæ, *l. 7. cum ſeqq. eod.*

UNIUS NEGOTIATIONIS] Vel artificij, vel fundi in commune empti: in qua id ſolum, quod ex quæſtu rei venit, cujus ſocietas contracta eſt, lucrum commune eſt, *l. 52. §. 5. eod.*

COMMENTARIVS.

1 *Species ſocietatis ſubjectis diſtinctæ.*
2 *Quando univerſorum bonorum ſocietas contracta intelligatur, ejuſque effecta.*
3 *Moribus Belgij talem ſocietatem inter conjuges conſtitui, & quidem ipſo jure: unde & quid amplius in hac, quam in alia univerſali.*
4 *Qua bona communicentur, ſi ſocietas ſimpliciter coita ſit.*
5 *Peculiaria quædam in ſocietate omnium bonorum*

1 SOcietatis diverſæ ſunt ſpecies & effectibus & ſubjectis diſtinctæ, ut *l. 1. §. 1. l. 3. §. 1. l. 5. l. 7. cum aliquot ſeqq. l. ſi non fuerint 29. & paſſ. hoc tit.* Imperator autem hoc loco id tantum videtur oſtendere voluiſſe, aliam eſſe ſocietatem univerſalem, aliam particularem, ut vulgo diſtingui ſolet: quanquam minus accurata ea oppoſitio eſt. Pinguius à diverſitate ſubjecti ſocietas ita diſtribui poteſt, ut dicamus, aliam eſſe rerum & bonorum omnium, aliam univerſorum, quæ ex quæſtu veniunt, aliam partis bonorum tantum, aliam denique unius rei, puta certæ alicujus negotiationis vel artificij, aut fundi in commune empti. In bonorum omnium ſocietate bona omnia præſentia, id eſt, quæ coëuntium ſunt tempore contractæ ſocietatis, continuo communicantur, *l. 1. §. 1. l. 2. hoc tit.* actiones invicem ſunt cedendæ, *l. 3. eod.* quæ poſtea obveniunt, judicio ſocietatis communicanda, *l. ſi ſocietatem 73. & l. ſeq. eod.* & quidem etiam omnia, id eſt, tam ea, quæ beneficio alieno & dono fortunæ obveniunt, quam quæ ex opera ſociorum queruntur, *d. l. 3. §. 1. d. l. 73. eod.* Hujuſmodi autem ſocietas tunc tantum contracta intelligitur, cum nominatim & ſpecialiter omnium bonorum coita eſt, *dd. ll.* Interdum tamen evenit, ut tacitè quoque id actum videatur; veluti ſi fratres conſortes poſt mortem patris, bonis indiviſis, non paternis tantum, ſed etiam cæteris, in quorum communionem inciderunt, lucris omnibus communicatis, vixerint, nec à ſe invicem rationes unquam exegerint. Hæc autem omnia conjunctim requiruntur: nam ſi tantum paternæ hæreditatis fructus communicaverint, aut unus proprio nomine quid geſſerit, ſibive habuerit, univerſalis ſocietas minimè contracta videbitur, nec quod aliunde quæſitum eſt; veniet in communionem, *l. cum duobus §. 2. §. Papianus 6. hoc tit. l. 4. C. comm. utriuſque iud. Ant. Fab. Cod. ſuo, hoc tit. defin. 3. D. Tulden. comm. hic cap. 1.* Moribus ferè totius Belgicæ (Friſiam excipe, *vid. D. Ioan. à Sande rer. iud. l. 2. tit. 5. defin. 3.*) bonorum omnium communio & univerſalis ſocietas inter conjuges ipſo jure conſtituitur, niſi quid contra pactis antenuptialibus cautum ſit: in qua ſocietate etiam hoc amplius eſt, quam in alia univerſali, quod etiam ea, quæ poſt contractum matrimonium alterutri conjugum quæſita ſunt, continuo inter eos communia fiunt, non expectata nova eorum communicatione: ſcilicet quia lex hanc communionem inducit: *vid. D. Neoſtad. in not. ad obſerv. 9.* cum alij ſocij, quamvis univerſorum bonorum, quæ poſt contractam ſocietatem acquirunt, ſibi acquirant; ut tamen judicio ſocietatis ea cogantur communicare, & quæſita in commune redigere, *l. ſi ſocietatem 73. & l. ſeq. hoc cit.* Unde Paulus in *l. 1. §. 1. eod.* non ait, ſimpliciter inter ſocios omnium bonorum continuo communicari res omnes, ſed res omnes quæ coëuntium ſunt, id eſt, quæ tunc ſunt, cum ſocietatem coëunt. In ſocietate univerſorum, quæ ex quæſtu veniunt, res coëuntium ſeu bona præſentia non communicantur, ſed futura tantum, ſeu lucra poſtea obvenientia; neque tamen hæc omnia, ſed ea ſolummodo, quæ ex quæſtu quotidiano, id eſt, ex opera & negotiatione cujuſque ſocij acquiruntur, puta lucrum, quod ex emptione, venditione, locatione, conductione, & ſimilibus commerciis, aut ex cauſa artificij deſcendit. Quæ vero alieno beneficio obveniunt, qualia ſunt hæreditas, legatum, donatio

donationes, ea extra hanc causam habentur, *l. 7. & aliquot seqq hoc tit.* Talis societas contrahi intelligitur, cum aliqui simpliciter societatē coëunt, hoc est, saltem dicunt, sibi placere, ut inter ipsos societas sit sine designatione rerum, quarum societatem contrahi velint, *d. l. 7* Fallitur autem D. Bachovius, dum putat, etiam in societate simpliciter hoc modo contracta bona ipsa coëuntium statim communicari: hoc enim non obscurè pugnat cum *d. l. 7.* Et *l. 1. §. 1. eod.* disertè loquitur de societate omnium bonorum. Veteres autem non aliam bonorum aut fortunarum omnium societatem agnoscunt, quam quæ nominatim ita contracta est: ut bene Baro hic. In societate omnium bonorum etiam illud peculiare est, ut si quid socius necesse habuit præstare ex obligatione honesta, atque adeo etiam aliena injuria coactus, id omne in societatis rationem veniat, tametsi extra causam societatis id præstetur, *l. cum duobus 52. §. ult. hoc tit. l. 39. §. 3. fam. ercisc.* nec mirum, cum rursus omnia etiam quæ ex lucrativa causa obveniunt, in commune sint redigenda. Quapropter si unus è sociis universorum bonorum quid erogáverit in honorem liberorum, honestè tamen & decenter, non profusè, inve fraudem sociorum, id in societatem imputabitur; veluti si pater filium in studiis aluit, atque eo nomine quid honestè & bona fide erogavit, *fac. l. si pater. 50 fam. ercisc.* Quid si filiam elocavit, & pro ea dotem dedit? Adhuc dixerim, societatis id commune onus esse, non solius patris, *arg. l. 29. de rit. nupt. Rol. à Vall. conf. 91. Menoch. 2. de arb. jud. cap. 127. Esch. 8. contr. 4. Christin. vol. 3. decis. 51. num. 9. Gothofr. ad l. 81. hoc tit. Bachov. ad Treut. vol. 1. disput. 27. th. 8.* Prius illud etiam admittit D. Tulden. *comm. hic cap 24.* sed de dote dissentit; propterea quod dos imputatur legitimæ, & conferenda est, ea autem, quæ studiorum causa filio subministrantur, non item, *d. l. 50. fam. erc.* Sed quid hoc ad rem? Imo, cum filiam dotare pater teneatur, vel magis in dote id obtinere debet. Sic ea, quæ pater liberis emancipatis concedit, ut se exhibeant, familiam, quam instituunt, sustentent, conferuntur, *l. 1. in fin. C. de collat.* quæ tamen imputabit societati: & potest pater impendiis studiorum causa factis hanc legem dicere, ut post mortem conferantur. Hoc autem nihil ad socios. Planè feuda in hanc societatem non veniunt *Bald. & Præpos. in c. Imperialem de prob. feud. al. per Fred. & in cap. 1. de investit. de re al. fact. Præs. Everh. conf. 53.* In reliquis societatibus id solum, quod ex quæstu negotiationis venit, aut rei, cujus societas contracta est, lucrum commune est: ex alia causa quæsitum ad communionem non pertiner, *l. cum duobus 52. §. cum duo. 5. eod.*

TEXTUS.

1. *Et quidem si nihil de partibus lucri & damni nominatim convenerit, æquales scilicet partes & in lucro & in damno spectantur. Quod si expressæ fuerint partes, hæ servari debent. Nec enim unquam dubium fuit, quin valeat conventio, si duo inter se pacti sint, ut ad unum quidem duæ partes & lucri & damni pertineant, ad alterum tertia.*

NOTÆ.

1. ÆQUALES PARTES] *l. 29. pr. eod.* Quod sic accipe, si æqualis quoque sit collatio: nam in collatione inæquali pro rata ejus, quod quisque contulit, partes fieri debent, arg. *l. 6. l. 80. eod.* Bene Aristot. *Eth. in fin.* Ἐν χρημάτων κοινωνίᾳ πλείω λαμβάνουσιν οἱ συμβαλόμενοι πλείω. Idem 3. Pol. 6.

HÆ SERVARI DEBENT] Ac proinde etiamsi inæquales servari placuerit in collatione æquali, aut æquales in collatione inæquali. Idem est, si partium definitio arbitrio tertij alicujus permissa sit: cujus tamen arbitrium in manifesta iniquitate per judicium bon. fid. corrigi potest, *l. 76.* cum *4. seqq. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Summa disputationis hic proposita.*
2 *In impari rerum collatione, si de partibus nihil dictum sit, impares quoque constitutas intelligi; & reprehensi, qui secus sentiunt.*
3 *Ubi partes expressæ, qualiscumque collatio sit, conventionem servandam.*

OMnis societas lucri in commune faciendi gratia coitur. Sed non semper lucrum fit, & sæpè etiam damnum. Hinc de partibus lucri & damni quærendum est, ut sciatur, quantum quisque & in lucro & in damno ferat. Summa hujus disputationis tribus hisce propositionibus continetur. 1. Si nihil nominatim convenerit, partes & in lucro & in damno æquales sunt 2. Si partes expressæ fuerint, has servari oportet. 3. Si una tantum in causa pars expressa sit, in altera, quæ omissa est, eadem pars servari debet. 1

Æquales sc. partes] Si partes expressæ non sint, id tacitè actū intelligitur, ut æquales sint. *l. si non fuerint 29. pr. h. t.* quod sic vulgo & rectè acceptum est, ut pro vero habendum sit, cum ea quoque, quæ conferuntur, sunt æqualia: cæterum si inæqualis sit collatio, pro rata ejus, quod quisque contulit partes fieri: æquitatem enim hic intel-

ligi debere non arithmeticam, sed geometricam, id est, analogam rebus collatis. Non placet hoc D. Connano, *lib. 7. comm.* 13 neque D. Tuldeno *comm. hic cap.* 5. qui ita disputat, ut existiment, etiam in impari rerum collatione, si de partibus societatis nihil dictum sit, æquales partes pro numero sociorum tacitè factas intelligi, non considerato eo, quod quisque contulit, quasi ubi nihil speciatim dictum est, communem duntaxat negotiationis fortunam spectasse, atque in eo acquievisse, videatur, ut quisque damni & lucri tantundem haberet; scilicet jubente id etiam lege societatis atque amicitiæ, quæ ab æqualitate primum nata sit, & pares faciat etiam quos impares suscepit. Sed ut concedamus, hoc tacitè actum videri in societate omnium fortunarum, aut simpliciter & sine designatione rerum contracta: tamen in societate unius alicujus negotiationis idem probandum non est. Nam cum nihil æquius sit, quam ut quisque pro ratione sortis, quam in eam negotiationem contulit, lucrum sentiat, *l. 6. l. quid enim* 80. *hoc tit.* hoc ipsum tacitè quoque actum intelligi convenit, si nihil aliud dictum est. Bene Aristot. 8. *Ethic. ad Nicomach. in fin.* & 3. *Polit. 6.* τὸ χρημάτων κοινωνίας πλείω λαμβάνειν οἱ συμβαλλόμενοι πλείω.

3 *Si expressè fuerint partes, hæ servari debent*] Ac proinde etiam si inæquales servari placuerit in collatione æquali, pactio servanda erit: & contra si æquales servari placuerit in collatione inæquali. Itaque cum sæpe non constet, an æqualis utriusque aut rerum aut operæ collatio facta sit, ut omnis de hac re controversia inter socios tollatur, rectè fecerint, si ipsi expressè partes societatis constituant. Videtur tamen quod hic simpliciter dicitur, aliqua indigere cautione, de quo sub §. *seq.* Quod si societas ea conditione contracta sit, ut partes postea constituerentur, ad boni viri arbitrium res redigenda est, *l. 6. hoc tit.* Sed & si arbitrio tertij alicuius partium definitio permissa sit, arbitrium boni viri electum videtur, poteritque in manifesta iniquitate arbitrium personæ electæ per iudicium bonæ fidei corrigi, *l. societatem* 76. *cum* 4. *ll. seqq.*

Ut ad unum duæ partes, &c.] Hæc conventio ut ad unum duæ partes tam damni, quam lucri pertineant, ad alterum tertia, propter analogiam inæqualitatis partium in damno & lucro facile recepta est. Imo vix inæqualitatem habere videtur; quoniam incertum est, lucrum an damnum ex communi negotiatione proventurum sit: neque enim semper fayente Mercurio negotia procedunt.

TEXTUS.

2. *De illa sanè conventione quæsitum est, si Titius & Seius inter se pacti sint, ut ad Titium lucri duæ partes pertineant, damni tertia; ad Seium duæ partes damni, lucri tertia, an rata debeat haberi conventio. Quintus Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit, & ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpitius (cuius sententia prævaluit) contra sensit; quia sæpè quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos iustum sit conditione meliore in societatem admitti. Nam & ita posse coiri societatem, non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, & tamen lucrum inter eos commune sit: quia sæpe opera alicuius pro pecunia valet. Et adeo contra Quinti Mucij sententiam obtinuit, ut illud quoque constiterit posse convenire, ut quis lucri partem ferat, de damno non teneatur: quod & ipsum Servius convenienter sibi fieri existimavit. Quod tamen ita intelligi oportet, ut si in alia re lucrum, in alia damnum illatum sit, compensatione facta, solum quod supereſt, intelligatur lucro esse.*

NOTÆ.

2. CONTRA NATURAM SOCIETATIS] Utpote quæ æqualitatem tanquam jure quodam fraternitatis desiderat, *l. 67. pr. eod.*

SERVIUS SULPITIUS] *l. 30. in fin. h. t.*

ITA PRETIOSA EST OPERA] Itaque non tam improbari videtur sententia Mucij, quam temperari, *fac. l. 29. pr. eod.*

OPERA ALICUIUS PRO PECUNIA] Idem intelligi debet de labore, de periculo navigationis & similibus, *l. 29. §. 1. eod.*

LUCRI PARTEM, &c. DE DAMNO NON TENEATUR] Nam nec hæc conventio iniqua est, si tanti est illud, quod impeditur & perditur operæ, quanti est damnum acceptum, *d. l. 29. §. 1.* Tadis autem societas coiri non potest, ut unus lucrum tantum, alter damnum sentiat: quia sine ullius lucri communione societas consistere nequit: & ista societas leonina veteribus dicitur, *d. l. 29. §. 2.* Appellatio tracta ex fabula Æsopi, *v.* Erasm. *in Chiliad.*

IN

IN ALIA RE LUCRUM, IN ALIA DAMNUM] v.c. Inita est negotiatio mancipiorum & equorum: in illa damnum acceptum 100. aureorum, in hac lucrum factum 300. compensatione lucri & damni facta, reperietur superesse lucrum 200. qui ex lege societatis dividi debent, *l.* 30. *hoc tit.*

COMMENTARIVS.

1 *Sulpitium in casu hic proposito non tam improbasse videri sententiam Mucij quam temperasse.*
2 *Improbatur eadem Mucij sententia simpliciter.*
3 *Notabilia quædam circa casum, quo ab uno pecunia, ab altero opera confertur.*
4 *Si convenerit, ut unus lucri sit particeps, damni immunis: & de leonina societate.*

Lucri duæ partes, damni tertia] Difficulter in societate coëunda admissum est, ut partes lucri & damni difformiter constituerentur; veluti si convenerit, ut unus lucri partes duas, damni unam tantum; alter duas damni, tertiam lucri ferat. Nam Quinto Mucio hæc conventio displicuit, ut naturæ societatis, quæ æqualitatem desiderat, contraria: sed à Servio Sulpitio admissa est, cujus sententiam prævaluisse testatur Iustinianus.

1 *Quia sæpe quorundam ita pretiosa est opera*] Hæc ratio arguere videtur, Sulpitium non tam improbasse sententiam Mucij, quam temperasse. nimirum quod Mucius simpliciter dixit, iniquam esse hanc pactionem, naturæque societatis contrariam, ut alter plus lucri, alter plus damni sentiat, id Servium existimasse verum non esse in omni societate: iniquam quidem eam conventionem videri in simplici & æquali collatione rerum seu pecuniæ; quod etiam forte solum Mucius consideravit: at iniquam non esse, ubi unus pecuniam tantum, alter operam simul cum pecunia confert: imo justum esse hunc meliore conditione in societatem admitti. Igitur ne quidem ex sententia Servij pactum de inæqualibus lucri partibus valebit, ubi æqualis est operarum & sortis collatio; sed tunc demum ratum est, cum inæqualis est collatio, & is; quem plus lucri ferre placet, etiam plus societati confert, sive pecuniæ, sive operæ aut industriæ: quod etiam evidenter probare videtur responsum Ulpiani, in *l. si non fuerint. 29. pr. hoc tit.* Atque ita olim Azo contra Ioannem disputavit; ejusque sententiam interpretes *comm. ad hunc §. & in d. l. 29.* sequuntur. *Gomez 2. var. resol. 5. num. 5. Vvesemb. parat. hic, num. 7. Christin. vol. 3. decis. 51.* Sed ut verum fatear, non possum huic sententiæ acquiescere. Nam primum rationis esse videtur, ut expressa conventio operetur ultra naturam ordinariam contractus, *arg. l. contractus 23. de reg. iur.* modo ne nimia inducatur inæqualitas, & quæ sapiat communionem leoninam. Deinde quia aperte huic sententiæ refragatur, quod simpliciter scriptum est §. *prec.* si partes expressæ fuerint, has servari debere: quod & de partibus æqualibus in collatione inæquali, & de partibus inæqualibus etiam ubi æqualis est collatio, omnino accipiendum est: quoniam in collatione inæquali, etiamsi de partibus nihil convenerit, partes inæquales juxta ea, quæ dicta sunt, constitutæ intelliguntur. Atque hoc etiam probat textus §. *seq. & l. Mucius 30. in fin. eod.* Etsi vero hac ratione inducitur aliqua inæqualitas, non video tamen, cur non possit expressa conventione id effici, cum non plane tollatur lucri communio, in qua consistit societatis substantia. Nec dubium est, quin societas æque ex parte donationis causa recte contrahatur, atque emptio venditio, *l. si quis 38. de contr. empt.* Quare existimandum potius est, Servium in reddenda ratione suæ sententiæ respexisse ad id, quod plerumque evenit, ut scilicet unius opera sit pretiosior, & plus societati prosit, quam alterius; de quo tamen in singulis personis inquirendum non sit, cum ad æquitatem pacti, quod contra Mucium probat, defendendam sufficiat, id evenire posse, & frequenter etiam evenire: neque aliud sensisse Ulpianum, aut nimiam solum improbasse inæqualitatem *d. l. 29. hoc tit.* Utut vero sit, usus hujusmodi conventiones sustinet, ut post Angel. Porc. & alios testatur *Vvesemb. hic, & inpar. d. loc. add. Menoch. 2. de arb. iud. cas. 125.*

Vt alter pecuniam] Etiam uno pecuniam, altero operam conferente societatem contrahi posse obtinuit, *l. 1. C. hoc tit.* & quidem ita, uti dicitur, ut lucrum inter eos commune sit. Quippe cum sæpe opera alicujus tanti sit, quanti pecunia est. Tritum est illud Plauti, *Asin. act. 1. sc. 3.*

Parpari datum hostimentum est, operæ pro pecuniæ, cui simile illud in *l. 52. §. 1. eod. pretium operæ & artis est levamentum, id est, ὄνημα.* Varro apud Non. *amussis est, æquamen, levamentum.* In codice Hetrusco præposterо literarum ordine scriptum est *velamentum.* Nimirum qui artem operamve præstat, non minus præstare creditur, quam is qui pecuniam confert. Quod de opera dicitur, idem & de labore ac periculo navigationis, & similibus intelligi debet, *d. l. si non fuerint 29. § 1. hoc tit.* Possunt igitur duo societatem sic coire, ut unus pecuniam conferat, unde merces emantur & negotiatio exerceatur; alter operam duntaxat, qui proficiscatur ad merces emendas, emat & vendat; ut sic deinde lucrum commune sit. Cæte-

rum hæc collatio non uno modo fit: nam aut opera confertur cum solo pecuniæ usu, quo casu sors domino perit, & si salva est, domino salva est: aut opera confertur cum ipso dominio pecuniæ, quo casu qui operam impendit, particeps fit sortis. In prima specie comparatur cum opera non sors, sed periculum amittendæ sortis & lucrum, quod ex ea probabiliter sperari poterat. In altera operæ pretium habetur quasi sorti adjectum, & pro eo, quod valet, in ipsa sorte partem habet, qui operam præstat, ut eleganter *Grot. 2. de jur. bell. ac pac. 12. n. 14. Covar. 3. var. resol. 2.* Atque hinc sumenda decisio quæstionis agitatæ apud interpretes in *l. 1. C. hoc tit.* utrum in hoc genere societatis pecunia collata communicetur, nec ne; & consequenter, utrum finita societate ea etiam inter socios dividenda sit, an is, qui contulit, eam præcipere debeat. Cui similis est altera, utrum in hujusmodi specie damnum pecuniæ amissæ commune sit, an ad eum solum hoc damnum pertineat, qui contulit pecuniam. De quo laborant *Gail. 2. obs. 24. n. 6. Fachin. 2. contr. 94. & 95. Christin. vol. 3. decis. 51. n. 4. & vol. 1. decis. 207. n. 8. & seqq.*

Lucri partem ferat, de damno non teneatur] Ut sociorum aliquis lucri sit particeps, immunis
4 damni, præter naturam est societatis. Potest tamen ita conveniri sine injuria: nam secundum Cassium & Sabinum talis conventio iniqua non est, si tanti sit opera, quanti damnum est; id est, si tanti est illud, quod impenditur & perditur operæ, quanti est damnum acceptum, *d. l. si non fuerint 29. §. 1. hoc tit.* D. Grotius loco præcitato scribit, mixtum esse hujusmodi contractum ex societate & contractu avertendi periculi, quem assecurationem vocant; atque in eo ita servari æqualitatem, si tanto plus lucri ferat, quam alioqui laturus fuerat, qui in se damnum recepit. Ait Iustinianus *lucri partem* differre *partem*. Nam talis societas coiri non potest, ut unus lucrum tantum, alter damnum aut damni partem sine lucro sentiat, *d. l. 29. §. 2.* quippe ita naturalis societati est lucri communio, ut sine ea nequeat societas consistere. Veteribus talis societas, ex qua quis damnum tantum, non etiam lucrum expectat, leonina dicitur *d. l. 29. §. 2.* appellatione proverbiali ducta ex Apologo Æsopi de leone, asino & vulpe. vid. Desiderium nostrum *in Chiliad.*

In alia relucrum, in alia damnum] Lucrum non particulatim æstimatur, sed in summa summarum hoc est, id damnum pro lucro reputatur quod deducto omni damno atque impensis supersit. Quemadmodum ex contrario damnum non intelligitur, nisi deducto omni lucro, *l. 30. hoc tit.* Itaque si inter duos inita sit negotiatio mancipiorum & bonum atque in illa damnum acceptum 100. aureorum, in hac lucrum factum 300. facta lucri & damni compensatione, reperietur superesse lucrum ducentorum, qui secundum legem societatis dividi debent.

TEXTUS.

3. *Illud expeditum est, si in una causa pars fuerit expressa, (veluti in solo lucro, vel in solo damno) in altera vero omissa, in eo quoque, quod prætermissum est, eandem partem servari.*

NOTÆ.

3. EANDEM PARTEM SERVARI] Quod totum pendet à paritate rationis, non à natura relatorum, ut plerique existimant.

COMMENTARIUS.

QUæ partes in causa lucri aut damni tantum definitæ sunt, eædem etiam in causa omissa tacite definire intelliguntur: verbi causa, si ea lege societas coita sit, ut ad unum duæ partes lucri, ad alterum una pertineret, tacite actum intelligitur, ut easdem partes & in damno agnoscant: & si convenerit, ut partes lucri æquales sint, tacite conventum intelligitur, ut damnum quoque pro æquis partibus commune sit. Idque locum etiam habet in societate conjugali, puta si pacto antenuptiali placuerit lucra ex quæstu obvenientia æqualiter communicari: nam tunc damna quoque uterque conjugum ex æquo ferre debet. *Everhard. consil. 197. Christin. vol. 3. decis. 51. num. 2.* Ratio hujus juris afferri hæc solet, quod id, quod generaliter dispositum est in uno correlativorum, etiam dispositum censeatur in altero: sed parum, ut mihi videtur, subtiliter. Neque enim à natura relatorum, sed à paritate rationis totum hoc pendet: quod etiam agnoscere videntur illi, qui non simpliciter, quod in uno correlatorum dispositum est, in altero quoque dispositum censeri tradunt, sed addito hoc temperamento, quando utriusque par ratio est. *Bald. in leg. fin. Cod. de ind. vid. toll. l. 1. Cod. de in jus voc. Christin. d. loc.*

TEXTUS.

4. *Manet autem societas eo usque, donec in eodem consensu perseveraverint. At cum aliquis*

aliquis renuntiaverit societati, solvitur societas. Sed plane, si quis callide in hoc renuntiaverit societati, ut obveniens aliquod lucrum solus habeat; veluti si totorum bonorum socius, cum ab aliquo hæres esset relictus, in hoc renunciaverit societati, in hæreditatem solus lucri faceret, cogitur hoc lucrum communicare. Si quid vero aliud lucrifaciat, quod non captaverit, ad ipsum solum pertinet. Et vero, cui recunciatum est, quicquid omnino post renuntiatam societatem acquiritur, soli conceditur.

NOTÆ.

4. IN EODEM CONSENSU PERSEVERAVERINT] *leg. 5. Cod. eod.* At invicem liberantur, si rebus adhuc integris omnium consensu à conjunctione discedatur, juxta communem legem de tollendis obligationibus, §. *ult. sup. quib. mod toll. obl.*

CUM ALIQUIS RENUNTIAVERIT] *l. 63. in fin. l. 65. §. 3. hoc tit.* Hoc autem in contractu societatis jure singulari receptum, quia non bene convenit cum natura & conditione societatis, quæ veluti jus quoddam fraternitatis in se habet, *d. l. 63. eod.* aliquem invitum retinere in communione, quippe cujus materia discordias inter non consentientes excitare solet *leg. 77. §. 2. de leg. 2.* Atque hoc idem obtinet etiamsi ab initio convenerit, ut societas perpetuo duraret *l. 14. l. 70. eod.*

SI QUIS CALLIDE] Qui dolo malo renuntiat, socios quidem à se liberat, se autem ab illis non liberat, damnique particeps, lucri expers manet, *d. l. 65. §. 3. & seqq.*

QUOD NON CAPTAVERIT] Quod in renuntiatione non spectaverit: quia dolum in eo non admisit, *d. l. 65. §. 3. eod.*

COMMENTARIVS.

1 *Quam rationem habeat, quod placet vel unius è sociis renuntiationem societatem solvi, adeoque tunc etiam, cum in perpetuum coita est.*

2 *Quibus ex factis renuntiatio tacite facta intelligatur.*

3 *Malitiosa renunciatio quatenus cui noceat.*

SOcietas & mandatum in eo conveniunt, quod proprio quodam jure, & suis quibusdam modis solvantur, quos Iustinianus, quoniam ab iis modis, quibus jure communi obligatio tollitur, remoti sunt, explicare voluit. In societate id facit hoc loco mandato tit. seqq. Societas proprio jure solvitur quatuor fere modis; renuntiatione, morte, capitis minutione, egestate unius, *l. 4. §. 1. l. verum 63. § ult. hoc. tit.* quæ singula ordine latius declarabantur.

Donec in eodem consensu] Tamdiu societas durat, quamdiu consensus partium perseverat, *l. 5. C. eodem.* Et siquidem rebus adhuc integris voluntate omnium ab instituta conjunctione discedatur, secundum communem legem de tollendis obligationibus, quæ consensu contrahuntur, invicem liberatur, §. *ultim. inf. quibus mod. toll. obl.* Sed illum proprium hujus contractus est, quod etiam postquam res integra esse desiit, id est postquam jam collatio & communicatio facta est, abeo recedi & vel unius voluntate potest: quo modo in specie dicitur societas dissolvi renuntiatione.

Cum aliquis renuntiaverit societati] Hoc in 1
contractu societatis jure singulari receptum est contra regulas communes de dissolvendis obligationibus, *l. 5. C. de obl. & act. l. 3. C. de rese. vend.* Idque duplici de causa: primum quia socij officium invicem præstant, & accipiunt: deinde quia non bene convenit cum natura & conditione societatis, quæ rationem quandam & jus fraternitatis habere creditur, *l. verum 63. pr. hoc tit.* aliquem invitum retinere in communione; quippe cujus materia discordias inter non consentientes excitare solet, *leg. cumpater. 77. § dulcissimis 20. de legat. 2.* Adeo autem visum est ex natura esse societatis, unius dissensu totam dissolvi, ut, quamvis ab initio convenerit, ut societas perpetuo duraret, aut ne liceret ab ea resilire invitis cæteris; tamen tale pactum, tanquam factum contra naturam societatis, cujus in æternum nulla coitio est, *l. nulla 70. hoc tit.* contemnere liceat, *l. 14. eod.* Nam quod Paulus scribit *l. 1. eod.* societatem etiam in perpetuum coiri posse, nihil aliud significat, quam sine ulla temporis præfinitione, aut donec socij vivant: quæ conventio non hoc operatur, ut non liceat abire, sed ut solo lapsu temporis non finiatur societas. Porro autem renuntiatione dissociamur aut voluntate aperta aut tacita. Aperta, cum cæteris nuntiatur, ut res suas sibi habeant atque agant, *d. l. 63. in fin. eod.* Tacita voluntas renuntiandi tribus his factis evidenter arguitur. 1. novatione actionis pro socio ab uno ex sociis facta, *l. actione. 65. prac. eod.* quod etiam significat Ulpianus, cum dicit, societatem etiam ab actione seu ab interitu actionis distrahi, *d. leg. 63. §. ult. 2.* actione pro socio ab uno adversus alios instituta distrahendæ societatis causa, *d. l. actione, in pr. junct. § pen. add. vai vai Salicet. in leg. 5. Cod. eod.* 3. cum separatim agere

agere cœperint, & sibi quisque negotiari, *l. itaque 64. eod.* veluti si Typographi aliquod, qui antea communibus sumptibus libros imprimendos curabant, postea singuli domi suæ sibi imprimere cœperint, & commune impendium facere desierint, tacite renuntiasse societati intelliguntur.

3 *Si quis callide renuntiaverit*] Quævis renuntiatio quantumvis insidiosa, hactenus valet, ut renuntianti noceat, & liberet ab eo socios: at ex contrario non quælibet renuntiantem liberat à sociis, sed ea solum quæ injuria caret. Injuriam autem renuntiatio habet, non tantum si callide & malitiose facta sit, cujus exemplum hic proferunt: verum etiam, quæ facta sit absenti, quoad is scierit, *leg.* 17. §. 1. *eod.* item si facta intempestive, id est, ante tempus conventum (nisi ex nova causa, *l.* 14. & 2. *seqq. eod.*) aut eo tempore, quo res in communem negotiationem coëmptas vendi non expedit, ita ut non privatim unius è sociis, sed societatis interfit eam non dirimi. Qui sic renuntiat damni particeps, lucri expers manet, *d. l.* 7. §. 1. *l. actione* 65. §. 3. 5. & 6. *eodem.*

Veluti si totorum bonorum socius] Expresse mentionem tantum facit socij omnium bonorum quippropter hæreditatem obvenientem renuntiat, ut & Iurisconsultus in *d. l. actione*, §. 3. quoniam ut commodum hæreditatis uni acquisitæ communicetur, extra causam societatis omnium bonorum aut specialem conventionem locum non habet, *l.* 3. §. 1. *l.* 7. *eod.*

Quod non captaverit] Si renuntianti lucrum aliquod post renuntiationem obvenerit, quod in renuntiatione non spectavit captavitque, id communicare non cogitur: quia nec dolum in eo admisit, *d. l. actione*, §. 3.

Cui renuntiatum est] Cui doloso renuntiatum est, is nihil ejus lucri, quod post renuntiationem aliunde quæsivit, renuntianti communicare tenetur, quoniam avara & fraudulenta renuntiatio renuntiantem quidem à sociis non liberat, socios tamen liberat à renuntiante, *d. l. actione*, §. 3.

TEXTUS.

5. Solvitur adhuc societas etiam morte socij: quia qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit. Sed & si consensu plurium societas contracta sit, morte unius socij solvitur, etsi plures supersint: nisi in coëunda societate aliter convenerit.

NOTÆ.

5. MORTE SOCII] *l.* 4. §. 1. *l.* 52. §. 9. *l.* 63. §. *ult. l.* 65. §. 9. *eod.* adeo ut nec ab initio recte paciscamur, ut hæres in societatem succedat, *l.* 34. *l.* 59. *eod.* quia & tale pactum naturæ societatis repugnat, *d. l.* 65. §. 11. exceptæ societates vectigalium, *d. l.* 59.

NISI, &c. ALITER CONVENERIT] Id est, ut uno mortuo nihilominus inter superstites societas continuaretur, *d. l.* 65. §. 7. Quamvis autem hæres in societatem non succedit, tenetur tamen actione pro socio ex obligatione antea nata, item ut bonam fidem præstet & acti etiam culpam in eo, quod ex antegesto pendet *d. l.* 65. §. 9. *l.* 35. & *seq. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur visum, ut morte & vel unius è pluribus tota solvatur societas: & quod id pertineat. n.* 3.
2 *Ratam esse conventionem, ut mortuo uno inter superstites societas perseveret.*

ETiam morte unius socij societas solvitur, 1
l. 4. §. 1. *l. nemo* 35. §. *l. cum duobus*, §. 2. §. *idem* 9. *l. adeo* 59. *l. verum* 63. §. *ult. l. actione* 65. §. *morte* 9. *hoc. tit.* Et hoc genus distrahendæ obligationis societatis proprium est, recedens ab illo communi quo placet hæredem in eandem obligationem & idem jus, quod defuncti fuit, succedere, §. *ult. præ tit l. hares in omne* 37. *de acq. hær. l. hæreditas* 62. *de reg. jur.* sed admissum in societate ex natura hujus contractus; atque eadem ratione qua in mandato quoque placet morte mandatarij solvi mandatum; nimirum quia in societate non tantum rei familiaris, ut fere in aliis contractibus, verum insuper etiam fidei & industriæ, quæ ad hæredes non transeunt, contemplatio versatur. Nam, ut in textu dicitur, *qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit*, cujus scilicet fidem, industriam, res & facultates sequatur. Usque adeo autem morte socij dirimi societatem placet, ut nec ab initio paciscipossimus, ut hæres in societatem succedat, *d. l. nemo* 35. *d. l. adeo* 59. *hoc tit.* quasi & tale pactum naturæ societatis repugnet, ut quis invitus socius efficiatur, cum non vult, *d. l. actione*, §. *societas* 11. *eod.* Exceptæ tamen sunt societates vectigalium, in quibus hujusmodi conventiones ob publicam utilitatem admissæ: manetque hoc casu societas etiam post mortem, nisi forte is mortuus sit, cujus contemplatione potissimum societas coita, aut sine quo ea administrari non possit, *d. l. ad* 59. *l. verum* 63. §. *in hær.* 8. *eod.*

Sed

Sed & si consensu plurium] Etsi plures, quam duo societatem coierint, & unus tantum ex his mortuus sit totam tamen societatem dissolvi placet id est, non tantum dissolvi quoad personam hæredis defuncti, sed ita ut nec qui supersunt, societati obligentur, *d.l. actione 65. §. morte 9. hoc tit.* Ratio est, quoniam cum plures societatem coëunt, alij aliorum contemplatione ad eam accedunt: ut proinde vel uno sublato amplius in societate manere nolle videantur.

2 *Nisi in secunda societate aliter convenerit*] Si in contrahenda societate inter plures nominatim convenerit, ut uno mortuo nihilominus inter eos, qui superstites futuri sint, societas maneat rata est inter vivos & consentientes conventio, *d.l. actione, §. morte.* Neque, quod putat D. Hotomannus, hanc conventionem Ulpianus improbat *l. 35. cum duobus 52. §. idem 9. l. adeo 59 eod.* Confundit Hotomannus duo dissimillima pacta; pactum quo placet hæredem in societatem succedere, quod ab Ulpiano improbatur; & pactum, quo inter plures societatem contrahentes cavetur ut uno mortuo inter superstites societas continuetur. Quod valere post Paulum in *d. l. actione, §. morte*, tradit Iustinianus hic. Illud obiter monendi sumus, eum morte socij solvi dicitur societas, id non eo pertinere, ut hæres socij non teneatur actione pro socio ex ea obligatione, quæ stante societate nata est, aut ut non proponatur in eum actio, ut bonam fidem præstet, & acti etiam culpam in eo, quod ex antegesto pendet; *d.l. nemo 35. & l. seq. d.l. verum 63. §. in hæredem 8. d.l. actione, § morte, hoc tit.* sed ut intelligamus, hæredem neque socium esse neque in ullam partem commodi aut incommodi, quod ex ea societate esse possit, in relinquum tempus vocari.

TEXTUS.

6. Item si alicujus rei contracta societas sit, & finis negotio impositus est, finitur societas.

NOTÆ.

6 FINIS NEGOTIO IMPOSITUS] *d.l. 65. §. 10.* Si ad certum tempus contracta sit, solvitur exacto tempore, *d.l. 65. §. 6.*

COMMENTARIVS.

SI societas certæ alicujus negotiationis causa inita sit, puta vini aut frumenti ad certam quantitatem emendi vendendique, sine negotio impositio id est, empto distractoque vino aut frumento, societas extinguitur, *d.l. actione 65. §. item si 10. d.l. verum 63. §. ult. eod.* Sed in eo nihil proprium videtur societatis; utpote cui ea lex ab initio dicta sit. Idem est, si ad certum tempus contracta sit societas: nam exacto tempore ea expirat, *fac. d.l. actione, §. item qui 6.*

TEXTUS.

7. Publicatione quoque distrahi societatem manifestum est, scilicet si universa bona socij publicentur: nam cum in ejus locum alius succedat, pro mortuo habetur.

NOTÆ.

7. PUBLICATIONE] *d.l. 65. §. 12.* quod alias dicitur capitis deminutione, *l. 4. §. 1. l. 63. §. ult. eod.* maxima nimirum & media, quæ similes morti, *d.l. 63. §. ult.*

COMMENTARIVS.

QUod Paulus *dicta leg. actione, §. publicatione 12. hoc tit.* unde hic locus desumptus est, dicit publicatione bonorum socij distrahi societatem hoc Modestinus & Ulpianus dixerunt, societatem solvi capitis deminutione, *l. 4. §. 1. d.l. verum 63. §. ult. eod.* Intelligunt enim capitis deminutionem maximam & mediam, cum socius severitate sententiæ aut in servitutem redigitur, aut in insulam deportatur, quo casu bona damnati publicari solent, *l. 1. de bon. damn. l. 8. §. 1. & 2. qui testam. fac.* Poterat hæc species dissociationis etiam ad præcedens genus referri, ad eam videlicet, quæ morte socij contingit. Quibus enim libertas aut civitas adempta est, hi jure civili pro mortuis habentur: eoque pertinet, quod dicitur in *d. l. verum, §. ult.* homines interire aut morte, aut maxima & media capitis deminutione. Sed & alia ratione ad sequens genus referri potest.

Alius succedat] Intellige fiscum, qui bona damnatis ablata occupat & sibi vendicat, *leg. ultim. de bon. eor. qui ante sent. vel mort. sibi conscis. &c.*

TEXTUS.

8. Item si quis ex sociis mole debiti pragravatus bonis suis cesserit, & ideo propter publica & privata debita substantia ejus

veneat, solvitur societas. Sed hoc casu si adhuc consentiant in societatem, nova videtur incipere societas.

NOTÆ.

8 BONIS SUIS CESSERIT.] *dict. leg. 65. §. 1.* Hoc Modestinus dixit; egestate dissociari, *l. 4. §. 1. eod.*

SI ADHUC CONSENTIANT.] Potest enim renovari societas cum eo, qui civis manet, bonaque iterum acquirere potest vel operis suis vel alieno beneficio, *l. 6. de cess. bon.*

COMMENTARIUS.

POstremo etiam egestate unius socij societas solvitur, *l. 4. §. 1. hoc tit.* egestate scilicet extrema, id est, bonorum omnium, aut tantum non omnium amissione. Nam cum societas contrahatur bonorum in commune quærendorum causa, non magis bonis sublatis societati locus esse potest, quam sublata persona socij. Amittuntur bona aut civitate salva, veluti cessione, id est, si socius ære alieno oppressus bonis suis creditoribus cesserit, eaque à creditoribus distracta fuerint: *l. 3. de cess. bonor.* ac tum etiam societatem dirimi placet, *hoc text. & d. l. actione 65. §. 1. eod.* aut civitate una cum bonis amissa, ut in specie præcedente: nam publicatione bona amitti, ipsum verbum publicationis satis indicat: eaque consideratione illa quoque ad hanc rationem dissolvendæ societatis referri potest. Sed & decoctione bona amittuntur & pereunt. Cæterum decoctione sola societatem solvi negat Stracha *de decoctor. part. 2. n. 47.* nisi ea ad manifestam egestatem socium redegerit, *arg. d. l. 4. §. 1.* Quod & D. Tuld. probat *comm. hic. cap. 8.* Non puto autem, quod hic traditur de dissolutione societatis ob amissionem bonorum, locum habere eo casu, quo nihil pecuniæ in societatem collatum est; aut quo ille, qui operam tantam contulit, bona salva civitate amisit, nisi forte ob bona amissa speratam operam præstare nequeat.

Si adhuc consentiant] Nihil prohibet cum socio, qui bonis cessit, renovare societatem: quippe qui cum civis maneat, alia bona acquirere potest, vel operis suis vel alieno beneficio, *l. 6. de cess. bon.*

TEXTUS.

9. Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, sicut is, qui deponi apud se passus est; an etiam culpæ, id est, desidiæ atque negligentiæ nomine, quæsitum est. Prævaluit tamen, etiam culpæ nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est. Sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet. Nam qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se quæri, sibique hoc imputare debet.

NOTÆ.

9. SOCIUS SOCIO] Ex Cajo *l. 72. h. t.* Actio pro socio ex utroque latere directa est: nam utriusque socij par est conditio.

ETIAM CULPÆ NOMINE TENERI] Ratio est, quia commodum societatis ad omnes socios pertinet, quæ res eos aperte separat à depositario, qui onus tantum sustinet, commodi nihil expectat, *l. 5. §. 2. commod.*

QUALEM SUIS REBUS ADHIBERE] Id est, mediam, qualem plerique patresfam. suis rebus adhibent, *leg. 11. de per. & comm. rei vend. l. 35. §. 4. de contr. empt. leg. 14. de pign. act.* Levem itaque culpam, non etiam levissimam socius præstat. Quod & ipsum convenit regulæ de contractibus, qui utriusque gratia fiunt, *d. l. 5. §. 2. commod.*

DE SE QUERI] Eadem ratione utitur *sup. §. ult. quibus mod. re cont. obl.* ad excludendam culpam levem. Certior est illa, quam modo attulimus, quod in hoc contractu omnium versatur utilitas.

COMMENTARIUS.

1 *Nullam videri probabilem rationem dubitandi, utrum socius socio doli duntaxat, an etiam culpæ suæ negligentiæ nomine obligetur.*

2 *Ad quem diligentiæ gradum culpa in judicio societatis exigenda.*

3 *Nodus Gordius, quem nectit* leg. 32. depos. *solutus.*

4 *Fortior ratio, ob quam socius mediæ præstationi diligentiæ obstringitur, quam quæ hic in calce, affertur.*

HÆc etiam sunt apud Cajum *l. socius 72. hoc tit.* cujus verba huc transtulerunt Compositores. Habet autem hic locus majorem difficultatem, quam vulgo interpretes opinantur. Illud constat, societatem esse ex numero eorum contractuum, qui utriusque contrahentis gratia fiunt, in

in quibus juxta regulam traditam in *l. 5. §. 2. commod.* (ubi nominatim quoque societatis mentio fit) & dolus & culpa præstatur. Sed & illud certum est, appellatione culpæ, quoties ea absolute ponitur, aut dolo opponitur, levem perpetuo significari, latam culpam comprehendi nomine doli, *vid sup §. 2. quibus mod re contr. obl.* Qua propter 1 nulla videtur esse probabilis dubitandi causa; utrum socius doli domine duntaxat, sicut depositarius; an vero etiam ob culpam seu desidiam ac negligentiam teneatur: quod tamen quæsitum esse ait hic Iustinianus, & ex veteribus Ulpianus in *l. cum tutor 52. §. 2. eod.* Illa sane dubitandi ratio satis justa non est, quod socius propter suam partem causam habet gerendi: siquidem hoc à culpa neminem excusare potest; sed tantum facit, ut culpa non æstimetur oppositu diligentiæ summi gradus, id est, ne præstetur culpa levissima, *leg. hæredes 25. §. non tantum 16. fam. ercisc.* Fortassis ideo de eo dubitatum putaveris, quia ut in calce hujus §. & *d. l. socius 72.* dicitur, is qui parum intelligentem socium sibi adscivit, de se queri, suæque id facilitati atque incuriæ imputare debet. Et sane hanc rationem Iustinianus & Gajus alibi afferunt, tanquam ob quam placeat depositarium dolum tantum, non etiam culpam aut negligentiam præstare, *§. pen. sup. quibus mod. re contr. obl. l. 1. §. is quoque 5. de obl. & act.* Verum iidem hoc loco, & *d. l. socius*, eo argumento utuntur, non ut probent, socium de dolo tantum teneri; sed ut probent, eum compellendum non esse ad præstandam exactissimam diligentiam, sive, quod idem valet, sufficere, si mediam diligentiam adhibuerit, & culpa, exigenda ad communem hominum modum, careat. Sed non est, quod in eo nos torqueamus, cum alia & certa ratio sit, quæ manifeste efficiat, ut in societate non modo dolus, sed etiam culpa præstetur; nimirum quia, ut jam diximus, commodum societatis ad omnes socios pertinet: quæ res etiam aperte socios separat à depositario, qui onus tantum sustinet, commodi nihil expectat. Cæterum in hoc posita non est tota hujus loci difficultas.

Qualem suis rebus adhibere solet] Didicimus, socium socio non modo eo nomine teneri, si quid dolo commiserit; verum etiam nomine culpæ ac desidiæ; atque in hoc distare socium ab eo, cui res custodienda data est, seu depositario, qui dolum præstet duntaxat. Porro nunc docemur, 2 ad quem gradum diligentiæ culpa in judicio societatis examinanda sit; quod & ipsum dubio carere videtur, si in societate quoque regulam de contractibus, quæ utriusque utilitatem tanguor, servari placet, & culpæ nomine ex usu juris auctorem levem tantum accipimus, non etiam levissimam. Ait Iustinianus, culpam in societate non ad exactissimam diligentiam dirigendam esse, sed sufficere talem diligentiam communibus rebus socium adhibere, qualem suis rebus adhibere solet. Quæ sunt ipsissima verba Gaij in 3 *d. l. socius 72. hoc tit.* Hic vero nobis pene indissolubilem nodum nectit responsum Celsi in *l. quod Nerva 32. depos.* ubi Iurisconsultus refert & probat, quod Nerva dixit, latiorem culpam eorum esse, scilicet vi & effectu, ut non minus, quam dolus in deposito præstetur. Huius autem culpæ reum esse ait, qui minus diligens est in rebus alienis, quam in suis, sive ut loquitur Iurisconsultus, qui non ad suum modum curam in deposito præstat. At nihil amplius Iustinianus à socio exigere videtur: inter quem tamen & depositarium, hanc ipse differentiam antea constituit, quod socius præter dolum etiam culpam & negligentiam præstet, depositarius non item. Et cujus igitur rei præstatio socium à depositario segregat? Non aliter videtur hic nodus expediri posse, quam si dicamus, Iurisconsultos aliquando eum, qui rem alienam aut communem negligentius habet, quam suam, ponere in lata culpa & proxima dolo, quam etiam præstet depositarius: aliquando vero id factum adscribere culpæ levi & negligentiæ, quam præstet socius, depositarius non præstet. Illud Celsus facit in *d. l. quod Nerva, depos.* hoc alij passim, ut Iustianus hic. Gajus in *dict. leg. socius 72.* item Paulus *leg. hæredes 25. §. non tantum 16. famil. ercisc. leg. in rebus 17. de jur. dot.* & Ulpianus *l. 1. de tutel. & ration. distr.* Sed animadvertendum est, Celsum expresse proponere ignavum aliquem & dissolute negligentem, id est, talem, qui nec, ut ait ipse, ad eum modum diligens sit, quem hominum natura desiderat. Hunc ait, si ne ad suum quidem modum curam rei alienæ præstet, reum esse culpæ latioris, doloque proximum. Et merito; quoniam nullum hic aliud extremum dari potest. At extra hunc casum, in nomine videlicet diligenti ad communem modum, seu bono alioqui & frugi patrefam. si quando is consueram in suis rebus diligentiam in re aliena aut communi omiserit, levem culpam id reputabimus; atque omnino existimandum est, curam diligentis hominis considerari, quoties simpliciter ea diligentia in re aliqua ab aliquo exigitur, quam præstare solet in rebus propriis *argum. d. l. quod Nerva, depos.*

De se queri sibique hoc imputare] Hæc ratio efficere videtur, ut ne media quidem diligentia à socio exigenda sit, per *l. 1. §. is quoque 5. de oblig. & action. & §. pen. sup. quib. mod. re contr. obligat.* sed in societate ea ratio ideo id non evincit, quia ex adverso alia est & fortior, ob quam justum

sit socium præstatione mediæ diligentiæ adstringi ; nimirum quia in hoc contractu omnium versatur utilitas : tantum hoc efficit, ut à socio non sit exigenda diligentia summa atque exactissima, quam forte aliquis putet à socio præstandam esse, propterea quod ea societatis natura est, ut diligentiam quandam atque industriam socioru n desideret, quam ipsam etiam singuli in se suscipere & tacite promittere videantur.

TITULUS XXVII.

De Mandato.

Continuatio. Definitio mandati, eiusque per partes explicatio : & alia scitu in primis necessaria.

SUPEREST contractuum qui consensu obligationem pariunt, species quarta & postrema, mandatum videlicet. Mandatum (quod à manu, quæ fidei symbolum est, dictum putatur) est contractus, quo aliquid gratuito gerendum committitur & suscipitur. Aio *gerendum* ; quoniam mandare non est quovis modo committere, sed committere aliquid gerendum : quo admonemur, commendare aliquem non esse mandare, eumque, qui simpliciter amicum commendat, non obligari, etiamsi quid in eum propter commendationem istam collatum fuerit, *fac. leg. si vero* 12. §. *cum quidam* 12 *hoc tit.* unde vulgo dicitur, verba aut scripta commendatitia non inducere obligationem mandati, *l. fideicommissa* 11. §. 2. *de legat.* 3. An & quatenus quis obligetur ex literis credentiæ vel commendatitiis, in favorem alterius scriptis, si earum contemplatione quid creditum sit, *vid. Gomez. 2. var. resol. 13. num. 5. Christin. vol. 3. decis. 34. num. 6. Gloss. & DD. in l. si literas, Cod. hoc tit. leg. Lucius* 24. *de fideiuss. leg. si vero* 12. §. *cum quidam* 12. *hoc tit.* Aio *committitur & suscipitur*. Nam mandatum uno rogante, altero recipiente perficitur. Etsi enim mandatum verbi proprietate tantum designet factum mandantis ; tamen pro toto contractu passim accipitur, & facto utriusque ; veluti cum dicimus mandatum contrahi, mandatum gratuitum esse oportere, obligationes, actiones mandati, &c. quod & in aliis appellationibus observatur, ut in stipulatione, acceptilatione, fideiussione. Cur dixerim *gratuito*, exponam *inf. sub* §. *ultim.* Suscepto mandato statim ex consensu nascitur obligatio. & qui suscepit, susceptum consummare, & vicissim, qui mandavit, eum indemnem præstare debet ; eoque nomine mandanti competit actio mandati directa. Mandatario contraria, *pass. ff. & Cod. hoc tit.* Cum autem mandati obligatio consensu consistat, consequens est, posse & per nuntium & per epistolam mandatum contrahi ; nec referre, quibus verbis interponatur, *rogo* an *volo*, an *mando*, an quo alio, ex quo mandatum intelligatur, *l.* 1. *pr.* §. 1. *& 2. eodem.* Quin interdum etiam tacite mandatum contrahi intelligitur, veluti si patiar aliquem pro me fidejubere, aut ab alio mandari ut mihi credatur, *l.* 6. §. 2. *leg. qui patitur* 18. *eod.* Præmittuntur hoc titulo varij fines & formæ mandandi : materia, effectus, contraria, accidentia, & affinia, dein sequuntur.

TEXTUS.

Mandatum contrahitur quinque modis, sive sua tantum gratia aliquis tibi mandet, sive sua & tua, sive aliena tantum, sive sua & aliena, sive tua & aliena. At si tua tantum gratia tibi mandatum sit, supervacuum est mandatum; & ob id nulla ex eo obligatio, nec mandati inter vos actio nascitur.

NOTÆ.

MANDATUM CONTRAHITUR] Ex Caio *l.* 2. *h. t.* Mandare est gratuito aliquid gerendum committere, *vide inf. in comm.*

COMMENTARIVS.

MAndatum varias recipit divisiones. Nam aliud est expressum, aliud tacitum, *l.* 6. §. 2. *l. qui patitur* 18. *hoc tit.* Ab objecto dividitur in generale, quod universa alicuius negotia continet, & speciale, quod quædam, aut unum tantum. Illud vulgo subdividi solet in generale simplex, & cum libera. De quo nonnihil diximus sub §. *nihil autem* 42. *sup. de ver. divis.* Hoc etiam pro conditione negotiorum, prout illa aut iudicialia, aut extraiudicialia sunt, distingui potest. Hic alia proponitur divisio, sumpta à fine, eaque quinquepartita, quod scilicet mandatum contrahatur vel mandantis tantum gratia, vel mandantis & mandatarij, vel aliena tantum, vel mandantis & aliena, vel mandatarii & aliena. Quæ eadem extat apud Caium *l.* 2. *hoc tit.* unde etiam sequentes §§. descripti sunt. In quibus singulæ istæ formæ exemplis illustrantur. Poterat hic addi & sexta species, quando trium personarum gratia mandatum intervenit, mandantis, mandatarij, & alienæ: cuius exempla in *l.* 8. §. 3. *& 4. eod.*

At

At si tua tantum gratia] Quod mandatum solius mandatarij gratia interponitur, forma tantum externa mandatum est, revera consilium potius, quam mandatum; & ideo vim obligandi non habet, vid. *inf. §. tua tantum. 6.*

TEXTUS.

1. *Mandantis tantum gratia intervenit mandatum, veluti si quis tibi mandet, ut negotia ejus gereres, vel ut fundum ei emeres, vel ut pro eo sponderes.*

COMMENTARIUS.

1 *An & quando valeat mandatum incertæ rei.*

EXempla primæ speciei, seu ejus mandati, quod solius mandantis gratia intervenit, ex Gajo *d. l. 2. §.* 1 *hoc tit.* Apud Gajum pro eo, quod hic legitur *sponderes*, est *fidejubere*: quod à Triboniano repositum existimat Hotomannus, cum veteres *spondere* dixerint, pro *fidejubere*; quasi apud Gajum alios ejusdem ætatis, ut Iavolenum, Iulianum, non sæpius *fidejubere*, quam *spondere*, in
1 venias. Locus hic alioqui planus est. Enimvero occasione exempli mandati de fundo emendo, quæritur an mandatum rei incertæ valeat, puta si quis generaliter mandaverit, sibi emi servum aut equum; vel si quis mandaverit sibi emi fundum aut domum sine demonstratione possessoris loci modi, aut magnitudinis. Et probandum, in prioris generis mandato non esse eam incertitudinem, quæ mandatum vitiet; in posteriore esse infinitam, quæ non patitur mandatum valere, *arg. l. cum post. 69 §. 4. de iur. dot. l. ita stipulatus 115. pr. de verb. obl. l. si domus 71. pr. de legat. 1.* add. quæ disputamus sub *§. si generaliter 22 sup. de leg.* Planè si per relationem aut analogiam de modo prædii constare potest, puto mandatum consistere; veluti si mandavi domum emendam habitationi meæ; vel agrum, unde frumentum annuum victui meo suppetat. Illud constat, non obesse mandato, quod pretium rei emendæ statutum non est: intelligitur enim judicio mandatarij id relictum esse secundum æstimationem communem, *l. 3. §. 1. hoc tit. D. Tulden. comm. hic. cap. 2.*

TEXTUS.

2. *Tua gratia & mandantis; veluti si mandet tibi, ut pecuniam sub usuris credares ei; qui in rem ipsius mutuaretur; aut si volente te agere cum eo ex fidejussoria causa mandet tibi, ut cum reo agas periculo mandantis; vel ut ipsius periculo stipuleris ab eo, quem tibi deleget in id, quod tibi debuerat.*

NOTÆ.

2 UT PECUNIAM SUB USURIS,] Hic manifestè versatur & mandantis commodum, & propter lucrum usurarum etiam mandatarij, *d. l. 2. §. 4.*

EX FIDEJUSSORIA CAUSA] Nam jure veteri fidejussor ante reum principalem conveniri potuit, *l. 5. C. de fidejuss.* quod mutatum *Nov. 4.* Commodum hîc creditoris mandatarij in eo, quod judicium cum reo instituitur periculo mandantis, cum absque mandato foret, ut electione rei fidejussor liberetur, *l. ult. C de fidejuss.* ubi demum id jus abrogatur. Exemplum hoc est in *l. 22. §. 2. l. 45 §. ult. h. t.*

QUEM TIBI DELEGET] Hoc mandatum in rem mandantis interponitur, quia bonum nomen facit creditor, qui delegatum admittit, propter novationem, *l. 26. §. 2. eod.* & in rem mandatarij, quia novus debitor ita substituitur, ut nihilominus ex mandato agi possit in id, quod minus ab illo servari potuit, *d. l. 22 §. 2. d. l. 45. § pen.*

COMMENTARIUS.

SEcundæ speciei, seu mandati, quod in rem mandantis fit & simul mandatarij, tria exempla hic proferuntur. Primum est, si mandem alicui, ut sub usuris pecuniam credat ei, qui eam in rem & utilitatem meam mutuaturus sit. Hic manifestum est versari mandantis commodum, & propter lucrum usuratum etiam mandatarij: habet hoc exemplum & Gajus in *l. 2 §. tua & mea. 4. hoc tit.* Alterum exemplum est, si fidejussor, metuens ne ex causa fidejussoria conveniatur, mandet creditori, ut cum reo potius agat suo mandantis periculo. Commodum hic fidejussoris mandantis in eo, quod judicio liberatur, cum alioqui agi cum eo ex causa fidejussionis potuisset, reo principali neglecto: siquidem jure veteri fidejussor ante reum principalem conveniri potuit, *l. 5. C. de fidejuss.* de quo alio loco dictum est. Commodum creditoris mandatarij in hoc, quod judicium instituitur periculo mandantis, cum quo postea mandati agi potest in id, quod à reo servatum non erit: cum absque mandato foret, ut electione rei fidejussor liberetur secundum tenorem juris antiqui, *l. ult. C. de fidejuss.* ubi demum

id jus ab Imperatore abrogatur : quod vix unus & alter animadvertit. Tertium exemplum est, si is, qui centum debebat, cupiens ea obligatione liberari, rogavit creditorem, ut ea centum suo mandantis periculo stipularetur à Titio, quem in hoc creditori deleget. Hoc etiam mandatum in rem utriusque interponi intelligitur : in rem debitoris mandantis ; quia ea delegatione fit novatio, atque ex priore causa debitor liberatur : in rem creditoris mandatatarij ; quoniam novus debitor ita substituitur, ut nihilominus ex sequenti mandato cum priore agi possit in id, quod minus ab illo servari potuit. Duo posteriora exempla sunt etiam apud Paulum *l. si mandavero* 22. §. 2. *l. si mandatu.* 45. §. *pen. & ult. hoc tit.*

TEXTUS.

3. *Aliena tantum causa intervenit mandatum ; veluti si tibi aliquis mandet, ut Titij negotia gereres, vel ut Titio fundum emeres, vel ut pro Titio sponderes.*

Notæ.

3. ALIENA TANTUM CAUSA] Particula taxativa *tantum* & apud Cajum bis expressa est *d. l.* 2. *pr. & §. 2. eamque* & Th. agnoscit, ut mirum sit Hotomannum & Pac. censere delendam, vel ideo, quod eam Cajus non habet.

UT TITII NEGOTIA GERERES, &c.] In his exemplis etsi ab initio nihil interest mandatoris, tamen ex post facto ut interfit fieri potest ; nempe cum ex gestu tuo mandator Titio obligari cœpit nomine negotiorum gestorum *l.* 28. *de neg. gest.* Non obstat igitur. *l.* 8. §. 6. *h. t.*

COMMENTARIVS.

1 *Adversus speciem hic propositam quæ difficultates moveantur.*
2 *Earum difficultatum remotio.*

AFferuntur hic ex Gajo *l.* 2 §. 2. *hoc tit.* exempla tertiæ speciei, seu mandati aliena tantum gratia interpositi : quæ species difficultate non caret Etenim explorati juris est, nemini
1 actionem competere, nisi ei, cujus interfit, *l. qui fundum* 32. *locat* §. *alteri* 18 *ff. p. de inut. stip.* quod & nominatim in causa mandati cautum, *leg.* 8 §. *mandati* 6. *hoc. tit.* ubi Ulpian. sic scribit; *Mandati actio tunc competit, cum cœpit interesse ejus, qui mandavit: cæterum si nihil interesse, cessat mandati actio : & eatenus competit quatenus interest.* Atqui ut Titij negotia gerantur, ut Titio fundus ematur, ut quis pro Titio fidejubeat, quæ sunt exempla hujus §. nihil interest mandantis : utique si Titius, qua Titius, & negotium, qua alienum, duntaxat consideretur : quo sensu alibi dicitur nil interesse mea, Titio dari, *d. §. alteri, l. stipulatio ista* 38. §. *alteri* 17. *de verb. obl.* Et omnino fatendum est, eum qui mandavit, actionem mandati non habere, nisi ipsius interfit. Sed respondemus, illud mandatum dici aliena tantum gratia intervenire, quod ut fiat, statim & ab initio nihil interest mandatoris, neque enim ut mandati actio aliquando competat, exigitur, ut mandatoris interfit, quo tempore mandatum interponitur, sed sufficit quandocumque ex postfacto incipere interesse. Ut ecce, possum tibi mandare, quod fieri mea initio nihil interest, ut Titij negotia gerasi & competet mihi tecum actio mandati, ubi mea interesse cœperit, id est, cum ex gestu tuo Titio obligari cœpero nomine negotiorem, *l. si quis* 28. *de neg. gest.* Mandavit tibi ut Titio pecuniam crederes, cum mea pecuniariter non interesset Titio credi ; si non credideris, concedo nullam mihi tecum esse actionem mandati. Ac si tu mandatum meum secutus (neque enim necesse est te explorare, utrum mea interfit, necne) pecuniam credideris quoniam jam ego tibi teneri incipio actione mandati contraria, tu quoque vicissim mihi teneberis directa, si non ex bona fide omnia gessisti, *l.* 6. §. *si tibi* 4. *hoc tit.* Quod vero apud Ulpian. *d. l.* 6. §. *plane* 5. traditur, etsi mea non interfuit, quod tibi mandavi, tua tantum interfuit, mandati tamen actionem esse, si non esses facturus nisi ego mandassem, de contraria mandati actione intelligendum est, quæ quibusdam casibus competit, etiam ubi nulla directa est, ut in specie *l. si hæreditatem* 32. *in pr. eod.* Hæc mihi expeditoria videntur, quam illa aliorum quod ab initio etiam huic formæ mandati implicatum est commodum & interesse mandantis ; dici autem, aliena tantum gratia id interponi, non quia in proposito non simul interveniat causa mandantis, sed quia causa aliena hic principalis ; vel ut alij quia persona aliena duntaxat mandato comprehensa est : quam interpretationem vix admittit *d. l.* 6. §. 4. & respuere videtur particula taxativa tantum, quæ bis etiam apud Cajum expressa est *d. l.* 2. *pr. & §.* 2. ut mirer ; Hottomannum & Pacium censuisse delendam vel ideo, quod eam Cajus non habet.

TEXTUS.

4. *Sua & aliena veluti si de communibus suis & Titij negotiis gerendis ti mandet,*

mandet, vel ut sibi & Titio fundum emeres, vel ut pro eo & Titio sponderes.

COMMENTARIVS.

EXempla speciei quartæ item ex Gajo *d. l.* 2. §. 3. *hoc tit.* Locus hic interpretatione non eget.

TEXTUS.

5. Tua & aliena, veluti si tibi mandet, ut Titio sub usuris crederes; quia si sine usuris pecuniam crederes, aliena tantum gratia intercedit mandatum.

COMMENTARIVS.

EXemplum speciei quintæ, sive mandati interpositi in rem mandatarij & alienam, quod ipsum apud Gajum est *d. l.* 2. §. 5 *hoc tit.* Mandatarij hic interest propter quæstum usurarum: alieni, propter usum pecuniæ. Incidit autem hæc species in eandem dubitationem, quam habet tertia superius proposita §. *aliena* 3. ubi dubitationem sustuli: & illinc igitur petere licebit, quod etiam hic respondeatur.

TEXTUS.

6. Tua tantum gratia intervenit mandatum, veluti si tibi mandet, ut pecunias tuas in emptiones potius prædiorum colloces, quam fœneres: vel ex diverso, ut pecunias tuas fœneres potius, quam in emptiones prædiorum colloces. Cujus generis mandatum magis consilium, quam mandatum est, & ob id non est obligatorium; quia nemo ex consilio mandati obligatur, etiamsi non expediat ei, cui mandabatur, cum liberum cuique sit, apud se explorare, an sibi expediat consilium. Itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerit aliquis, ut rem aliquam emeres, vel eam crederes, quamvis non expediat eam tibi emisse, vel credidisse, non tamen tibi mandati tenetur. Et adeo hæc ita sunt, ut quæsitum sit, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut pecuniam Titio fœnerares. Sed obtinuit Sabini sententia, obligatorium esse in hoc casu mandatum: quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.

NOTÆ.

6. NEMO EX CONSILIO MANDATI OBLIGATUR] *d. l.* 2. §. *ult.* nisi fraus consilio subsit. Nam qui consilium dat, fidem præstare tenetur. Cic. 16. *ad Attic.* 8. Consilij autem non fraudulenti nulla est obligatio, *l.* 47. *de reg. jur.*

SI OTIOSAM PECUNIAM] Id est, sterilem; *l.* 7. *de usur.* seu vacuam *l.* 28 *depos. l.* 24. *de præsc. verb.* quæ domino nullum fructum affert, *l.* 13. §. 1. *de usur.*

UT PECUNIAM TITIO FŒNERARES] Cum demonstratur persona, mandatum est, cum indefinitè mandatur, consilium, ut & Placentino videtur.

OBLIGATORIUM ESSE] Propterea quod hic auctor tuus fidem suam pro persona designata interponere videtur, tu qui credis, fidem illius sequi, aliter non crediturus. Si quis autem non simpliciter affirmavit idoneum esse eum, cui pecunia mutua dabatur, non intervenientе mandato aut consilio de credendo, mandati non tenetur, *l.* 2. *de proxenet. l.* 7. §. *ult. de dol.*

COMMENTARIVS.

1 *Mandatum quid differat à consilio.*
2 *Interdum mandatum solius mandatarij gratia interpositum consilii fines excedere.*
3 *Nisi nemo ex consilio si fraus absit, teneri.*
4 *Applicatio l.* 6. §. 5. hoc tit.
5 *Si quis alicui suaserit, ut pecuniam certæ personæ credat, tale consilium instar mandati haberi.*
6 *Tollitur difficultas, quæ ex verbis Justiniani oritur.*

QUod mandatum solius mandatarij gratia fit, magis consilium, quam mandatum est. Differt enim mandatum à consilio. Mandatum pars quædam voluntatis est, ut quid fiat: consilium non est. Qui mandat, vult & urget, ut fiat, quod mandatum est. Qui dat consilium, consultoris arbitrio rem permittit, neque utrum fiat, necne, laborat. *Chrysostom. de virgin. ὁ μὲν συμβουλεύων ἀφίησι τὸ ἀκούσιον τοῦ πράγματος, οὐκ αὐτὸς τὸ προαίρετον εἰς ἑαυτὸν ἀναλαμβάνων τῆς συμβουλῆς.* Proinde cum in specie proposita mandatoris nihil intersit, aut interesse possit, utrum alter mandatum ejus sequatur, necne consuli potius, quam mandari videtur negotium, quod eum tantum, cui mandatur, tangit. Et licet hoc quoque nomen mandati habeat,

habeat, vim tamen & effectum non habet, & revera species mandati non est, sed consilij, cujus nulla est obligatio, *hoc text. l. 2. pr. & §. ult. eod. l. 6 §. plane 5. l. Quintus 48. §. ult. eod.* Plane potest mandatum solius mandatarij causa interpositum tale esse, ut excedat terminos simplicis consilij; & tunc etiam obligatorium est. Exemplum habemus apud Iulianum *l. si hæreditatem 32. pr. eod.* Mandavit mihi aliquis, ut hæreditatem adirem, caviteque insuper damnum præstari, cum aliter aditurus non essem: si adierim, & damnum sensero, erit eo nomine mihi cum eo actio mandati. Plura ejusdem generis exempla fingi possunt.

Quia nemo ex consilio mandati obligatur] Ex consilio dato neminem obligari placet, etiamsi id consilium non expediat ei, cui datum est; cum liberum sit unicuique, apud se explorare, an expediat, nec ne, sibi, consilium sequi, *d. l. 2. §. ult.* 3 Cæterum hoc ita, si à consilio absit dolus: nam si dolus & calliditas intervenerit, utique de dolo actio in eum competit, qui consilium fraudulentum, quo alteri nocitum est, dedit, *l. consilij 47. de reg. jur. fac. l. 8. l. flegetarius 23. l. cum quis 31. de dol. l. 2. de proxen.* Ut enim ex consilio nemo obligetur ad hoc, ut præstet eventum; fidem tamen præstare debet, & si fraudem adhibuerit, minimè excusandus est. Bene Cicero *lib. 16. ad Atticum epist. 8. Qui consilium dat.* inquit, *fidem præstare tenetur*: sed fidem tantum. Nam ut idem alibi, *Si fraus absit, ex consilio nemo tenetur, & qui consulit, præter fidem nihil præstat.* Cui simile est illud Vlpiani, *consilij non fraudulenti nulla est obligatio, l. 47. de reg. jur.* Itaque summa ratione apud Dionem *lib. 52.* Agrippa monet Augustum, ne iis, à quibus consilium petiisset, crimini duceret, si fortè res secius quam illi existimassent, caderet, his verè verbis: Τὰς δ' ἀκεραιοτέρας μὴ ἀπαιτεῖν παρ' ἐμοῦ παντ' αὐτάρκη· τῷ γὰρ ἀληθεῖ τὰ ἄριστα αὐτὸν διδόναι, ἀλλ' οὐκ ἐπιτυχίαν μέμφεσθαι.

Otiosam pecuniam] Otiosa pecunia à prudentibus dicitur pecunia sterilis, *l. 7 l. 13. §. 1. de usur.* quæ in arca jacet, nullumque domino suo fructum affert: cui opponitur occupata, id est, pecunia fœnebris, quæ usuras parit, ἐργαζομένη *Demosth. adverf. Aphob.*

Hortatus fuerit, ut rem aliquam emeres, &c.] Quid ergo, si emturus aut pecuniam fœneraturus non fuisses, nisi ego mandassem? Ne sic quidem puto esse tibi mecum in proposito actionem mandati; quamvis refragari videatur, quod Vlpian. *l. 6. §. plane 5. hoc tit.* scribit, mandati actionem esse, si quid feceris mandatu meo, quod alias facturus non eras, etsi mea non interfuit. Nam si istud tam latè interpretamur, quam verba patiuntur, nemo fere erit, qui non obligetur ex consilio; cum semper is, cui consilium datum est, dicturus sit, se, quod fecit, factu um alias non fuisse. Itaque Vlpiani responso accommodanda sunt exempla non simplicis consilij, sed mandati, quale est in *l. si hæreditatem 32. hoc tit. & simil.*

Ut pecuniam Titio fœneraret] Aliud est, verbis generalibus quid consulere aut suadere alicui, extra verbi causa, ut pecuniam fœneret simpliciter: aliud cum designatione certæ personæ, veluti ut pecuniam credat aut fœneret Titio. Prius meri consilij est, quoniam hic res tota arbitrio consultoris relinquitur, id est, illud etiam, cui pecuniam credat; & ob id, si minus idoneo credidérit, de se queri, sibique hoc imputare debet; consiliarius autem, si fraus non intercessit, excusandus. posterius vim habere mandati placet, eo 4 quod hic auctor tuus fidem suam pro persona designata interponere videtur, tu qui credis, fidem illius sequi, aliter non crediturus. Itaque si cum Titius verbi gratia, pecuniam mutuam à me peteret, aut pro alio petente fidem suam offerret, nollem autem aut debitorem eum habere aut fidejussorem quod suspectæ mihi essent facultates ejus, tu consuluisti & hortatus es, ut facerem, idoneum eum esse affirmans; hoc consilium tuum instar mandati est, atque ex eo, si quid secus mihi evenerit, teneri te est æquissimum, propterea quod tuam hortantis & suadentis fidem secutus sum omnino, teque suasore & impulsore feci, quod alias nunquam feciſſem: quamvis ut facerem tua non interfuit. Ait Iustinianus, quæsitum 5 esse, *an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut pecuniam Titio fœneraret.* At hoc veri mandati exemplum est, ejus scilicet, quod mandatarij & simul aliena gratia interponitur: idem enim valet, si mandem tibi, ut pecuniam sub usuris Titio credas, sive ut fœneres: quod mandatum certo jure obligatorium est: neque de eo unquam dubitatum videtur, non magis quam de eo, quod aliena tantum causa intercedit, veluti si tibi mandem, ut pecuniam Titio credas sine usuris, *§. prac. iunct. §. 3 sup. eod. l. 2. §. 2. & pen. eod.* Quamobrem suspicor, Iustinianum abusum verbo mandandi pro consulendi aut hortandi, quo paulo ante usus est, dubitatumque an mandati teneatur, non qui ultro & sponte sua alteri forte nihil tale cogitanti mandat, ut pecuniam certæ personæ credat, sed qui aditus & rogatus tale consilium dedit, hortatusque consultorem est, ut faceret, citra animum se obligandi; ut ratio juris videatur denegare actionem; quam tamen ex bono & æquo dandam secundum Sabini sententiam placuerit. Plane, qui simpliciter affirmavit, idoneum esse eum, cui pecunia mutua dabatur, non interveniente mandato aut consilio de credendo, mandati non tenetur, *l. 2. de proxenet. l. 7. §. ult. de dol. & ibi Cofal. Gom. 2. refol. 13. n. 5.*

TEXTUS.

TEXTUS.

7. Illud quoque mandatum non est obligatorium, quod contra bonos mores est, veluti si Titius de furto, aut de damno faciendo, aut de iniuria faciendæ mandet tibi: licet enim pœnam istius facti nomine præstiteris, non tamen ullam habes adversus Titium actionem.

NOTÆ.

7. QUOD CONTRA BONOS MORES] *l. 6. § 3. l. 12. §. 11. l. 28. §. 6. h. t.* nullaque in universum rei turpis aut flagitiosæ ex ullo contractu obligatio est, *l. generaliter 26. & seq. de verb. obl.*

NON TAMEN ULLAM ADVERSUS TITIUM, &c.] Uterque tamen obligamini ex delicto: Neque te excusat quod Titius facilius perpetravit; neque Titium, quod tu mandaveris, *§. pen. inf. de injur. l. 11. §. eod. l. 5. C. de accus.*

COMMENTARIVS.

1 *Mandati rei inhonestæ nullam esse actionem, quamvis nihil flagitiosi habeat.*

2 *Ex delicto tam mandantem, imo & consilium dantem obligari, quam mandatarium.*

3 *An qui mandavit hominem vulnerari, si occisus sit, teneatur pœna homicidij: remissivè.*

MAteria seu objectum mandati sunt res licitæ & honestæ: turpium rerum & illicitarum nullum mandatum, nullaque in universum ex ullo contractu obligatio est, *l. 6. §. 3. hoc tit. l. nec prætermittendum 57. pro soc. l. generaliter 26. cum seq. l. si filiæ 123. de verb. obl.* Itaque si quis ædem sacram spoliandam, hominem vulnerandum, occidendum, furtum faciendum, &c. suscepit, neque pœnam, in quam propter flagitium, neque impensas, in quas propter vulnus condemnatus est, in summa nihil mandati judicio consequi potest, propter turpitudinem mandati, & quia proprij delicti pœnam præstat, *l. si mandavero 22.* 1 *§. qui adem. 6. hoc tit.* Sed & si nihil flagitiosi mandetur, si tamen alias quod mandatur, inhonestum sit, nulla ex eo mandati actio est; veluti si adolescens luxuriosus mandet tibi, ut pro meretrice fidejubeas, & tu sciens mandatum susceperis, non habebis mandati actionem. Idemque obtinet, si mandaverit tibi, ut meretrici pecuniam credas; quia simile est ac si perdituro credideris, & adversus bonam fidem, *l. 12. si adolescens 11. eod. l. 8. pro empt.* Plane, si Titius tuo mandatu aliquem occi- 2 dit, aut vulneravit, aut contumelia affecit, etsi hic nulla ex contractu inter vos obligatio oritur, uterque tamen obligamini ex delicto: neque te, qui mandasti, excusat, quod Titius facinus perpetravit; neque Titium, quod tu mandaveris. Quin nec ipsis servis, qui mandatu dominorum deliquerunt, in atrocioribus ignoscitur, *l. 11 §. an ignoscitur. 7. quod vi aut clam. l. servus 20. de obl. & act. l. ad ea, 157. de reg. jur.* atque hoc in tantum procedit, ut tu parem cum Titio pœnam sustineas, *arg. l. nihil interest §. 1. ad leg. Corn. de sicar. l. 11. §. 3. de injur. l. 5. C. de accus. l. pen. C. si reus vel accus. mort. add. Clar. lib. 5. §. fin. q. 89. & ibi cit. cum citatis apud Baptist. Baiard. in annot.* Sed & consilium quoque in delictis eadem pœna punitur, qua mandatum, communis sententia est; utique si datum sit ei, qui alioqui nihil commisisset, *Clar. d. §. fin q. 89. Covar. in Clem. si furiosus p. 2 §. 2. de homicid. Menoch. arb. iud. cas. 351.* Quæritur, an is qui mandavit hominem vulnerari tantum, si mandatarius eum occiderit, pœna homicidij teneatur, vid. *Clar. d. q 89. n. 5. Menoch. arb. iud cas 352. n. 2. Covar. in d. Clement p. 2 §. 1. n. 3. Fach. 1. cont. 36. Christ. vol. 3. dec. 29.* ubi refert, negantium sententiam in judicio contradictorio probatam Senatui Mechlinien- 3 sium, qui mandatum tale pœna extraordinaria puniverit. Illud convenit, in atrocioribus delictis etiam solum & simplex mandatum, hoc est, etsi non sequatur effectus, aut ad aliquem actum deventum sit, pœna arbitraria coërcendum esse. *Covar d. Clement. princ. p. 2. n. 9. versi. sexto, Menoch. arb. iud. cas. 352. n. 6.* Hæc obiter indicavi: neque enim hujus loci est, ea tractare latius.

TEXTUS.

8. Is, qui exequitur mandatum, non debet excedere fines mandati: ut ecce, si quis usque ad centum aureos mandaverit tibi, ut fundum emeres, vel ut pro Titio sponderes: neque pluris emere debes, neque in ampliorem pecuniam fideiubere, alioqui non habebis cum eo mandati actionem: adeo quidem, ut Sabino & Cassio placuerit, etiamsi usque ad centum aureos cum eo agere volueris, inutiliter te acturum. Sed diversa schola auctores rectè usque ad centum aureos te acturum existimant: qua sententia sanè benignior est. Quod si minoris emeris, habebis scilicet cum eo mandati actionem: quoniam qui mandat, ut sibi centum aureorum fundus emeretur, is utique mandasse intelligitur, ut minoris, si posset, emeretur.

NOTÆ.

§. NON DEBET EXCEDERE FINES MANDATI] Nam qui excedit, aliud quid facere videtur, *l. pr. h. t.* exempl. in *d. l.* 5. §. 2. & 3. *l.* 22. *eod.* Gell. 1. *c.* 13. Non excedit fines, qui facit τὸ ἰσοδύναμον, *l. ult.* §. *ult. eod.*

INUTILITER TE ACTURUM] Ita Sabinus & Cassius, tum quia hîc aliud factum putabant, quam quod mandatum est; tum quod iniquum, uni dati actionem, alteri denegari: quod in proposito contingeret, si mandatum egresso actionem daremus adversus mandantem: Mandati enim cum illo actionem non esse, *l.* 3. *in fin. h. t.*

DIVERSÆ SCHOLÆ AUCTORES RECTE] Nerva scil. & Proculus, quibus visum est saltem ad summam mandato expressam mandatarium rectè agere: quasi hactenus non aliud, sed quod rogatus est, fecerit, mandatumque impleverit, *d. l.* 3. §. *ult. l.* 4. *l.* 33.

COMMENTARIVS.

1 *Fines mandati qui excessit, actionem mandati non habere: quod exemplis illustratur.*
2 *An legati, aliive, qui mandatum à populo, &c. acceperunt, præcisè quod mandatum est, semper sequi teneantur.*
3 *Qui color Sabini & Cassi sententiæ hic relatæ præexatur.*
4 *Contrarium Nervæ & Proculi meritò prælatam, cum confutatione argumentorum Sabini.*
5 *Licet res tanti valeat, quanti empta est, tamen mandatarium, quod ultra mandatum impendit, contrario judicio consequi non posse.*
6 *Occurritur argumentis auctorum contrariæ sententiæ.*

1 LOcus insignis de executione mandati. Mandatarius ad præscriptum agere, atque in exequendo mandato cavere debet, ne fines mandati egrediatur, aliudve faciat, quam quod ei mandatum est: alioqui tanquam non impleto mandato repetitionem impensarum contrario judicio non habebit, quamvis ipse directo teneatur, *l. potest* 41. *h. t.* Ut ecce, mandavi tibi, ut domum Seianam centum aureis emeres: si tu Titianam emeris, quamvis fortè majoris pretij, & tamen centum, vel etiam minoris, non videris implesse mandatum, *l.* 5. §. 2. *eod.* Item si mandavero tibi, ut fundum meum centum venderes, tuque eum nonaginta vendideris, egressus es mandatum: & ideo si fundum petam, non obstabit mihi exceptio, nisi & reliquum mihi, quod deest, mandato meo præstes, & indemnem me per omnia conserves, *d. l.* 5. §. 5. Similiter si tibi mandavero, ut pro me in diem fidejuberes, tuque purè fidejusseris & solveris, interim non erit tibi mecum actio mandati, quia mandatum excessisti, *si mandavero* 22. *eod.* Inque est quod generaliter Paulus definit, diligenter fines mandati custodiendos esse: eum enim, qui excessit, aliud quid fecisse videri, *d. l.* 5. *in pr.* Planè in finibus mandati constitisse videtur, qui fecit æquipollens, τὸ ἰσοδύναμον, veluti si rogatus fidejubere pro Titio apud Mævium mandavit creditori Mævio, ut Titio crederet, *§. ult. §. ult. eod.* Hic introduci potest quæstio agitata in philosophia, an legatus aliusve, qui mandatum à populo, principe, aut duce exercitus accepit, præcisè id omne & solum, quod mandatum est, facere teneatur; an nonunquam quædam etiam præter & contra mandatum, si videlicet ea aut videat, aut speret ei, qui mandavit, utiliora fore: quam quæstionem problematicè tractat Agellius 1. *noct. Attic.* 13. Nobis in ista excurrere non licet. Equidem arbitror, regulam Pauli de custodiendis mandati finibus, vel maxime locum habere in negotiis publicis & bello, corrumpique atque dissolvi officium imperantis, si quis ad id quod facere jussus est, non obsequio debito, sed consilio non desiderato respondeat, ut ait *Agell. d. loc.* Cæterum æquum nihilominus videtur, ut ratio aliqua habeatur circumstantiarum, puta vel temporis, ne, dum nova & longinqua mandat expectantur, occasio rei ex utilitate mandantis gerendæ elabatur; vel certitudinis successus: quo, utroque nomine excusari potest factum Phœbidæ Lacedæmonij, qui missus in Olynthios injussu reipub. arcem Cadmeam occupavit consilio & ope Leontiadis Thebani: quod factum Agesilaum defensorem habuit. *Xenoph. lib.* 5. *hist. Græc.* fortè & ingenium ejus, qui imperavit, considerandum facilisne sit & placidus, an Manlius aliquis, aut Posthumus: nam si tali præceptori ratio reddenda sit, nihil faciendum monerem aliter, quam præceptum est. Illud Cæsaris est; *Aliæ sunt legati partes, aliæ Imperatoris. Alter agere ad præscriptum, alter libere ad summam rerum consulere debet. Cæs. comment.* 3. Sed de hoc fusius scriptores politici *vid. Besold. de legat. c. ult. & ibi citat. & vai vai Gisan. in præfat. comm. de Imp. Iust.*

Adeo quidem ut Sabino & Cassio, &c.] Posito generariter recepto hoc jure, eum, qui aliud facit, quam quod mandatū est, non videri implere mandatum, quæri cœpit, quando idem aut aliud factū esse videretur, ut hinc judicari possit de actione mandati. Constitit autē dubitatio ferè in hac specie, si quis, cum ei mandatum esset, ut ad certum usque pretium fundum emeret, vel ad certā summam pro Titio fidejuberet, fundum quidem emerit, cæterum pluris vel pro Titio spoponderit. sed in majorem summam. Et Sabino & Cassio placebat nullam hoc casu mandatario actionem mandati

dati esse, etiamsi ad summam mandato comprehensam tantum agere velit, paratus id, quod excedit remittere: nec dubium, quin ideo, quod hic aliud factum putaverint, quam quod mandatum erat: quanquam & alio argumento utebantur, quod iniquum esse dicebant, uni dari actionem, alteri denegari: id autem in casu proposito contingere, si mandatum egresso actionem damus adversus mandantem: mandanti enim cum illo actionem non esse, *l. 3. in fin. hoc tit.* Sed Nervæ & Proculo contra visum est in hujusmodi specie saltem ad summam mandato expressam mandatarium recte agere, quasi hactenus non aliud, sed quod rogatus est, fecerit, mandatumque impleverit. Ut ecce, rogatus fundum emere centum aureis, cum emit centum & viginti: qui autem centum & viginti emit, eum verum quoque est centum emisse; cum utique majori summæ semper insit & minor, §. *si stipulanti* 4. *de verb. obl.* Itaque censuerunt, in hypothesi proposita centum juxta mandatum impensa, atque hactenus actionem mandatario rectè dari: quod amplius est, quia extra mandatum, pro inutiliter adjecto habendum: quæ sententia merito recepta est, *d. l. 3. §. ult. junct. l. 4. l. rogatus* 33. *h. t.* Nec video, quid in contrarium valeat alterum Sabini & Cassii argumentum obscuriusculè à Paulo propositum *d. l. 3. in fin.* Nam si hæc eorum mens fuit, non esse mandanti actionem cum eo, qui mandatum excessit; & ideo nec esse debere cum illo, aperte falsum assumunt. Nam pro certo jure traditum est, ei, qui mandavit, competere judicium mandati adversus eum, qui mandatum egressus est, licet huic non competat adversus illum, *l. potest.* 41. *eod.* Sed opinor, hoc eos sensisse, cum tu pluris fundum emisti quam ego mandaveram puta centum & viginti aureis, cum de centum tantum mandassem, si ego in hujusmodi specie non rectè mandati tecum agam, ut mihi fundum tradas, quantumvis parato mihi refundere pretium mandato comprehensum, id est centum aureos; viciissim æquum non esse, ut tibi contrario judicio mecum experiri liceat, ut fundum statuto pretio recipiam quamvis tu paratus sis reliquum remittere. Cæterum in hac argumentatione manifestè vitiosa est illatio. Etenim nihil iniqui habet, ut ego tenear fundum recipere eo pretio, quo emptum eum mihi volui, licet procurator meus eum pluris emerit; qui etiam reliquo remisso mihi gratificatur. At iniquum est, teneri procuratorem, fundum, quem emit centum & viginti, mihi tradere centum duntaxat restituto, ad quam usque summam ut emerer, tantum mandaveram. In hac eadē specie de mandatario quæsitum est, non ab auctoribus juris sed ab interpretibus; an si fundus tanti valeat, quanti emptus est, non possit mandatarius etiam id, quod amplius impendit, & nimirum etiam viginti illa contrario judicio repetere, non quidem mandati, sed negotiorum gestorum, tanquam extra mandatum utiliter impensa in rem & contemplatione mandantis. Visum id olim Martino fuit & Ioan. Fabr. ex recentioribus Baroni, Mynf. & Bronch. r. *miscell. 66. nrg. l. 2. l. qua utiliter* 45. *deneg gest.* Sed rectius id mihi negare videntur Ioan. Bolg. & Accursius; quoniam actio negotiorum gestorum competere non potest ei, qui gessit invito domino, *l. ult. C. de neg. gest.* Id autem sit in specie proposita, nam qui fines mandati excedit, is, quatenus excedit, facit contra id quod præscriptum est, & tantum non contra expressam prohibitionem mandantis: quippe eo ipso quod quis mandat rem sibi emi centum, prohibere intelligitur pluris sibi emi; quæ etiam voluntas modum & finem erogationi imponit, *l. liberto* 47. §. *libertos* 4. *de neg. gest.* Et vero si mandatorem ultra id, quod impendi voluit, obligari dicimus, manifesta ei fiet injuria, aperieturque fenestra improbis hominibus callidè excedendi fines mandati. Utique mea nihil refert, utrum quis actione mandati, an negotiorum gestorum experiri queat. An ergo credimus, Iurisconsultum, *in d. l. 4.* aut Iustinianum hoc loco actionem mandati usque ad statutum pretium duntaxat, idque ex humanitate secundum Proculi sententiam concedentes in verbis ludere, atque in reliquum adhuc concedi voluisse actionem negotiorum gestorum? Aut Sabinum & Cassium, in totum denegantes actionem mandati, admisisse tamen actionem negotiorum gestorum? Argumentis auctorum contrariæ sententiæ facilè occurri potest. Prætexitur æquitas, sed nullo colore. Nam mandatarius aut suo nomine pluris emit; & certum est eum, quatenus definitum pretium excessit, nullam omnino actionem habere: aut nomine mandatoris, & hic non potest quidem mandator ultro conveniri, ut restituat totum, quod impensum est: cæterum si ipse cum mandatario agat, ut res tradatur, defendetur mandatarius exceptione, nisi totum, quod erogavit restituatur. Quid si facta sit traditio? Et siquidem mandatarius rem tradens pretium pro ea datum indicavit, mandator hoc ipso, quod rem recipit, ratam habere emptionem videtur; quod perinde est ac si ut tanti emeretur, ab initio mandasset, per *l. 12. in fin. de solut. l. semper* 60. *de reg. jur. in cap. ratihabitionem. x. eod. in 6.* Si vero pretium non indicavit, tenetur mandator, ubi resciverit, emptionem probare aut improbare, ea probata totum pretium restituere, improbata rem ipsam. Ita fere *Angel. & Syvest. hic*, citato Saliceto, ad eundem modum distinguente in *l. 3. hoc tit.*

4 5 6

Quod si minoris emeris, &c.] Qui rem aliquam

minoris emit, quam ex mandato pluris emere poterat, non aliud facit, sed illud ipsum, quod ei mandatum est: nec ideo mandati fines excessisse videri potest, ὅτι ἀδύνατον πεποίηκε. Nam qui certa summa rem sibi emi mandat, etiam minoris, si possit, eam sibi emi mandasse intelligitur. Itaque dubium nunquam fuit, quin hic ad eam summam, quæ impensa est, mandatarius actionem habeat, *l. 5. §. ult. hoc tit.* Non idem intelligi debet, si quis mandaverit certo pretio rem suam vendi, eaque minoris vendita sit, *d. l. 5. §. 2. l. cum mandati 12. C. eod.* Idem dicendum esset, si pluris vendidisset: quippe multum refert, causa mandantis melior fiat, an deterior, *l. 3. pr. d. l. 5. §. ult. eod.*

TEXTUS.

9. *Rectè quoque mandatum contractum, si, dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit, evanescit.*

COMMENTARIVS.

1 *Quod mandatum revocatione mandantis solvatur, contra communes regulas receptum esse: & quare.*

MAndatum itidem ut societas, non tantum solvitur communibus illis & ad omnem obligationem pertinentibus modis, de quibus tit. hujus lib. sed etiam propriis quibusdam, & remotis à communi lege dissolvendarum obligationum. quos modos ideo Iustinianus etiam hic tradere voluit, sicut tit. præc. perstrinxit modos finiendæ societatis proprios. Recensentur autem hic modi quatuor, quibus proprio jure mandatum solvitur: duo quibus ex persona mandantis, revocatio & mors mandatoris, totidemque, quibus ex persona mandatarij, mors hujus ipsius & renuntiatio.

1 *Si, dum adhuc res integra, sit revocatum*] Si re adhuc integra consensu mutuo à mandato recedatur, solvitur mandatum jure communi, *§. ult. inf. quib. mod. toll. obl.* at ut sola voluntate & revocatione mandantis finiatur mandatum *l. 12. § pen. l. 15. hoc tit.* videtur esse præter regulam, traditam in *l. 5. C. de ob. & act.* neminem ad obligationem semel constituta adversario non consentiente recedere posse. Cur igitur placet, mandatum hoc modo solvi? Nimirum quia is, qui mandavit, non obligatur ad hoc, ut quod semel mandavit, perfici patiatur. Cur enim quod sua causa susceptum est, prohibeatur repudiare? Aut opera atque officio oblato non uti? Nec habet, quod queratur mandatarius, cujus nihil interest, si re adhuc integra revocatio facta sit. Quid ergo si facta sit postquam res integra esse desiit, id est, postquam jam mandatario per causam mandati quid abesse cœpit? Solvitur quidem nihilominus adhuc mandatum, ut quod post à mandatario fit, intelligatur non fieri ex mandato: cæterum hic ex antegesto, aut gesto antequam sciret, mandatorem revocasse actionem mandati habet, ut consequatur, quod ei propter mandatum abest, ne damno afficiatur, per *l. 15. l. inter 26. pr. hoc tit.* Illud etiam notandum est, revocationem mandati non tantum expressè fieri, sed interdum etiam tacitè factam intelligi, ut in specie *l. pen. de reb. cred. & §. sqe. in fin.*

TEXTUS.

10. *Item si adhuc integro mandato mors alterius interveniat, id est, vel ejus, qui mandaverit, vel illius, qui mandatum susceperit, solvitur mandatum. Sed utilitatis causa receptum est, si eo mortuo, qui tibi mandaverat, tu ignorans eum decessisse, executus fueris mandatum, posse te agere mandati actione: alioqui justa & probabilis ignorantia tibi damnum afferet. Et huic simile est, quod placuit si debitores manumisso dispensatore Titij, per ignorantiam liberto solverint, liberari eos: cum alioqui stricta juris ratione non possent liberari: quia alij solvissent, quam cui solvere debuerint.*

NOTÆ.

10. MORS ALTERUTRIUS] *d. l. 26. & seq. § 3. l. 57. & seq. eod. l. 15. C. eod.* Nimirum natura mandati tacitè continetur, ut mandatum neutrius egrediatur personam; quia præstatio officij in mandato & ratione ejus, cui præstatur, & ejus, qui præstat, tota personalis est *l. 57. eod. l. 9. de iure fisci l. C. ult. ff. de off. deleg.* Cic. *pro Rosc. Com. Nemo enim mandat, nisi amico & fideli.*

UTILITATIS CAUSA] Ex æquo & bono; *l. 26. l. 58. h. t.* Quippe in hoc judicio de bona fide agitur, cui non congruit de apicibus juris disputare, *l. 29. §. 4. eod.*

DISPENSATORE TITII] Servo pecuniis domini exigendis & administrandis præposito, *l. pen. de reb. cred. l. 18. de solut.*

LIBERARI EOS] Nam stricta quidem ratione, sed tamen ratione summa, διὰ τὸ φιλάνθρωπον, id est, *propter utilitatem*, sed ex æquo & bono, *d. l. pen. de reb. cred. l. 11. in fin. depos. l. 18 l. 51. de solut.*

COMMENT.

COMMENTARIUS.

1 *Proprium quoque mandati esse, quod morte & tam mandantis, quam mandatarij extinguatur: & cur id visum.*

2 *An eo etiam casu mandatum finiatur morte mandatoris, cum mandavit quid fieri post mortem suam.*

3 *Quid sibi velit, quod additur, si integro adhuc mandato mors intervenerit.*

4 *Interdum mandatario post mortem mandantis implenti mandatum ex bono & æquo actionem dari: & quibus casibus.*

5 *Casus alius, & exemplum superioribus simile.*

ETiam morte, & tam mandantis, quam mandatarij mandatum extinguitur, *l. inter 26. & l. seq. §. 3. mandatum 57. & l. seq. hoc tit. l. 15. C.* 1 *eod. l. ult. de solut.* Et hoc quoque utrumque contra communem regulam juris, qua placet hæredem in universum jus defuncti succedere. Sed nimirum natura mandati tacite continetur, ut ne mandatum personam egrediatur aut mandantis aut mandatarij: non mandantis; quippe quem sibi soli officiosum hanc operam ab amico præstari & cui soli ut amico, in eo gratificari mandatarium voluisse putandum est: non mandatarij, quia industriæ & fidei certæ personæ in hoc electæ res commissa fuit: quæ ratio expressa est in *cap. ult. X. de off. deleg.* significatur in *d. l. mandatum 57. hoc tit.* explicatur in *l. 9. de curat. fur. Cic. pro Rosc. Comœd. Nemo enim mandat, nisi amico & fideli.* Itaque cum præstatio officij in mandato, & ratione ejus, cui præstatur, & ejus, qui præstat, tota personalis sit, mirum videri non debet, mandati obligationem cum persona eorum expirare, *l. 8 §. 3. de lib. legat.* Videamus prius de mandatore. Igitur si mandator integro adhuc mandato decesserit, dicimus, mandatum solvi, ut jam nec is, qui mandatum suscepit, id mortuo mandatore implere teneatur, nec hæredes mandatoris obligentur, ut patiantur eum mandatum exequi, *d. l. inter 26. & arg. l. seq §. 3. hoc tit.* Ex quo intelligimus, neque illum, si mortuo mandatore mandatum executus fuerit, ullam adversus hæredes mandatoris actionem habere, neque ex diverso, si executus non sit, hæredes mandatoris agere posse, ut exequatur, aut id, quod eorum interest, præstet. De illo quæritur, an mandatum morte mandatoris usque adeo solvatur, ut idem probandum sit, etiamsi nominatim mandaverit quid fieri post mortem suam. Et in eo hæc distinctio communiter probata est, ut hujusmodi mandatum post mortem mandatoris non finiatur, sed omnino implendum sit, si tale sit, quod non nisi post mortem ejus impleri queat; veluti si cui funeris sui curam mandaverit, aut ut post mortem suam sibi monumentum fieret, aut hæredibus suis fundus emeretur, *l. 14. § 2. de relig. l. 12. §. ult. & l. seq. hoc tit.* Sin autem quod mandavit, eo vivo impleri potuit, mortuo eo mandatum extingui; veluti si jusserit debitorem suum post mortem suam solvere Titio, *leg. ult. de sol.* cujusmodi etiam causa hæredibus, ad quos tum res pertinet, non obstante mandato, integra servata intelligitur. Similiter ex converso mandatum solvi placet, si 2
mandatarius re adhuc integra decesserit: & ob id hæredes ejus non tenentur, quod ille suscepit exequi; & licet sponte executi fuerint, actionem tamen mandati non habent, *l. si quis 27. §. 3. l. mandatum 57. hoc tit.* Cur vero in utraque spe- 3
cie additur, si re adhuc integra mors intervenerit? Non sane quod postquam res integra esse desit, seu interesse cœpit, morte alterutrius interveniente mandatum non solvatur, & adhuc libere perfici possit, quod cœptum est: sed quia obligatio mandati & actio ante mortem nata post mortem perseverat, *leg. inter 26. fac. d. l. mandatum 57. & l. seq. eod.* Ut ecce, actio mandati statim competit, cum cœpit interesse, *l. 8. §. mandati 6. eod.* Et igitur sive mandatarius decesserit, quo tempore jam interesse cœperat mandatoris, puta eum jam ille eandem rem per alium explicare non poterat, sive decesserit mandator, cum res non amplius integra esset mandatario, quod forte jam sumptus ad negotium exequendum necessarios fecisset, actio mandati semel alterutri quæsita neutrius morte intercidit, *dd. ll.*

Tu ignorans eum decessisse executus fueris] Etsi 4
mandatum morte mandatoris extinguitur, & ideo secundum stricti juris rationem, quamvis mandatarius ignorans mandatarorem decessisse mandatum impleverit, agere mandati non potest: tamen utilitatis causa, seu ex bono & æquo, placet implero per ignorantiam mandato actionem ei dari, *l. inter 26. l. si præcedente 58. hoc tit.* quippe in hoc judicio de bona fide agitur, cui non congruit de apicibus juris disputare, ut eleganter ait Ulpianus, *l. si fide iussor 29 §. quadam 4 eod.* Atque hoc ipsum etiam admittendum videtur in ignorantia juris, puta si mandatarius, quamvis non ignarus mortis mandatoris, errore juris persuasus id sibi incumbere, mandatum impleverit, arg. ejus, quod de hæredibus mandatarij simili errore mandatum exequentibus Papinianus respondit. *l. mandatum 57. eod.* nam & alias, cum de damno vitando agitur, error juris nocere non solet. *l. 7. & 8. de jur. & fact. ign.* Illud hic quæri potest, an si forte ad consummationem mandati adhuc aliquid desit, id recte absolvatur vel à mandatario post mortem mandatoris ei cognitam, vel ab hæ-

rebus mandatarij post mortem illius. In quo hæc distinctio probanda videtur, ut siquidem ea, quæ agenda superfunt, cum prioribus connexa non sint, tum non liceat, mandatario aut hæredibus ejus reliqua implere: sin vero connexam cum negotio cœpto rationem habeant, tum illis liceat, imo incumbat. *argum. leg.* 5. §. *si tutor.* 5. *leg. tutorem* 37. §. 1. *de adm. tut. leg.* 13. *de tut. & rat. distr. l.* 3. §. *pen. de contr. act. tut. l.* 11. *Cod. arbitr. tut.*

Alioqui justa & probabilis ignorantia] Justa & probabilis ignorantia nemini fraudi esse debet; atque in proposito ne juris quidem, per *l. mandatum* 57. *hoc tit.* ubi ignoscitur hæredibus mandatarij, iisque actio conceditur, qui errore lapsi, non animo furandi, sed exequendi, quod defunctus suæ curæ fecerat, mandatum impleverunt.

Huic simile est] Quod dixit de mandato consummato post mortem mandatoris per ignorantiam mandatarij, illud illustrat exemplo simili, nempe creditorum per ignorantiam solventium manumisso dispensatori creditoris mandantis; quos ex æquo & bono liberari placet; quamvis stricta ratione juris non liberentur, cum alij solverint, quam cui oportebat, *l.* 11. *in fin. de pos. l. penul. de cred. reb. l. si quis* 18. *l. dispensatori* 51. *de solut.* Quod ut intelligamus, tria hæc scire oportet. 1. dispensatorem dici servum pecuniis domini exigendis & administrandis præpositum, *d. l. pen. cred. de reb. d. l.* 18. *de solut.* 2. qui servum dispensatorem facit, eum intelligi suis debitoribus mandare, ut ei solvant, *fac. l. qui hominem* 34. §. 3. *de solut.* 3. qui servum dispensatorem manumittit, tacite mandatum revocare. Est vero liberatio hæc communis omnium debitorum, qui ignorantes mandatum revocatum esse, procuratori quondam creditoris solverè, *l.* 12. §. 2. *d l.* 18. *d. l. qui hominem* 34. §. 3. *de sol.*

TEXTUS.

11. *Mandatum non suscipere cuilibet liberum est: susceptum autem consummandum est aut quam primum renunciandum, ut per semetipsum, aut per alium eandem rem mandator exequatur. Nam nisi ita renuntietur, ut integra causa mandatori reservetur eandem rem explicandi, nihilominus mandati actio locum habet; nisi justa causa intercesserit aut non renuntiandi, aut intempestive renuntiandi.*

NOTÆ.

11. MANDATUM NON SUSCIPERE] Ex Paulo *l.* 22. §. *ult. h. t.* fac. *l.* 27. §. 2. *eod.*

AUT QUAMPRIMUM RENUNTIANDUM] Nec mandatarius igitur ab initio aliter obligatur, quam sub hac disjunctione, ut aut impleat mandatum, aut tempestive renuntiet, frustraque objicitur, *l.* 5. *C. de obl. & act.*

NISI ITA RENUNTIETUR, UT INTEGRA CAUSA] Renuntiatione tempestiva mandatum omnimodo solvitur, ut tamen actio competat ex antegesto. Intempestiva mandatarium non liberat, sed nisi justa causa intercesserit, tenetur adhuc actione mandati, non quidem ut mandatum præcise impleat, sed ut præstet, quod mandatoris interest, impletum esse *dd. ll.*

NISI IUSTA CAUSA] Vid. *l.* 23. *l.* 24. *& l. seq. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur mandatum solvi placeat tempestiva renuntiatione: & quid si intempestive renuntiatio facta.*

2 *Mandatarium præter dolum etiam culpam præstare, & qualem.*

3 *Justa causa interveniente excusari mandatarium, licet non renuntiaverit, aut non tempestive.*

PRoponitur hic & explicatur secundus modus, quo ex persona mandatarij mandatum finitur, nempe renuntiatio. Ut ergo revocatione mandantis, ita ex contrario & renuntiatione mandatarij mandatum solvi placet. Quippe quod officij causam habet, non magis reluctanti extorqueri, quam invito obtrudi convenit: nec oportet quenquam difficilem esse in eo, in quo dispendium ejus nullum vertitur, *l. in creditore* 38. *de evict.* Quamobrem nec ab initio mandatarius aliter obligari intelligitur, quam sub hac disjunctione, ut aut impleat mandatum, aut in tempore renuntiet. *l. si mandavero* 22. §. *ult. l. si quis* 27. §. 2. *hoc tit. & pr. hujus text.* ut frustra objiciatur *l.* 2. *C. de obl. & act.*

Susceptum consummandum, aut quam primum renuntiandum] *dict. leg.* 22. §. *ult. d. leg.* 27. § 2. Quo probatur, quod modo diximus, mandatarium sub disjunctione obligari, ut aut officium susceptum exequatur, aut cum primum poterit, renuntiet. Renuntiatio aut tempestive fit, id est, ita ut integra facultas mandatori conservetur eandem rem æque commode explicandi: aut intempestive, id est, eo tempore, quo jam mandator neque per se neque per alium idem negotium

tium expedire potest. Renuntiatione tempestiva mandatum omnimodo solvitur, ut tamen actio comperat ex antegesto. Intempestiva vero mandatarium non liberat, sed nisi justa causa intercesserit, tenetur nihilominus actione mandati; non quidem ut mandatum præcise impleat, sed ut præstet, quod mandatoris interest impletum esse, *dd. ll. & hoc text.* sicut in cæteris quoque obligationibus faciendi evenit, *l. si quis* 13. §. 1 *de re judic.* §. *ult. sup. de verb. obl.* Circa obligationem mandatarij incidere solet quæstio de dolo, culpa & diligentia, quid horum in mandato exequendo & rerum receptarum administratione mandatarius præstare debeat. Dixeris, præter præstationem doli & culpæ latæ nihil à mandatario exigendum secundum definitionem *l.* 5. § 2. *commod.* esse enim similem depositario, seu ei, qui rem custodiendam accepit: utrumque beneficij debitorem esse, & contemplatione alterius rem suscipere. Cæterum hanc definitionem in mandato sequi non licet propter eos textus, quibus expresse traditum est, mandatarium non tantum de dolo, sed etiam ob culpam teneri, *leg.* 8. §. *ult. hoc tit. leg. procuratorem* 11. *Cod. eod. l. contractus* 23. *de reg. jur. Modestin. in collat. leg. Mosaic. & Rom. tit. de depos.* certum autem est, verbo culpæ absoluto posito significari culpam levem. Plus dicimus, etiam culpam levissimam in judicio mandati venire. Sic enim diserte scriptum est in *l. à procuratore* 13 *C. hoc tit.* procuratorem dolum & omnem culpam præstare, solum casum improvisum non præstare. Ac ne quis putet, hoc pertinere duntaxat ad procuratores forenses, non ad omnem mandatarium, utique ad quemvis mandatarium & procutatorem pertinet, quod traditur in *l. in re* 21. *C. eod.* aliena negotia exacto officio geri, nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum esse. Cui similis est locus apud Ciceronem in *orat. pro Rosc. Amerino*, ubi de judicio mandati differens, ait, in minimis rebus teneri mandatarium, si quid non modo malitiosius, verum etiam negligentius fecerit. Cum ergo in mandato recedimus à regula, quam in depositi servari placet? Nimirum ideo, quoniam, cum in negotio gerendo opus sit diligentia atque industria, & is, qui mandat diligentiam rei gerendæ convenientem exigere, & qui suscipit mandatum, hoc ipso industriam & diligentiam ad rem exequendam necessariam in se futuram recipere videtur. Quod depositi non convenit: nam ad aliquid custodiendum non diligentia aut industria, sed fide opus est duntaxat. Ex quo intelligimus, mandatarium comparandum esse non cum quovis depositario, sed cum eo, qui se depositi obtulit, quem omnem culpam præstare placet, non alia de causa, quam quod offerendo se de diligentia sua promittere videatur; *l.* 1. § *sæpe* 35. *depos.* Sunt qui de his præstationibus statuendum arbitrantur pro varia conditione mandati, qua modo mandantis modo mandatarij, modo utriusque utilitatem spectat: quoniam vident, eam distinctionem in commodato probatam esse, *l.* 5. § 2. *in fin. junct.* §. *interdum* 10. *& l. in rebus* 18 *in fin. pr. commod.* Nempe ergo, si his credimus, ubi mandatum solius mandantis gratia intervenit, dolus duntaxat, & culpa lata præstabitur; ubi utriusque gratia, etiam culpa levis; ubi solius mandatarij, etiam levissima. Sed profecto talis distinctio in mandatum non cadit: neque quicquam mandato cum commodato hic commune est. Etenim mandatum solius mandatarij contemplatione interpositum etsi mandantem obligat, si dolus ejus intervenerit, § *tua tantum 6. h. t.* mandatarium tamen non obligat ullo modo; quippe cujus nulla obligatio esse potest, nisi quatenus negotium, quod gerendum suscepit, ad alium pertinet, *d. l. in re* 21. *C. h. t.* ut proinde cum de obligatione mandatarij circa prædictas præstationes quæritur, mandatarius tantum considerari debeat, ut rem alienam gerens; quomodo etiam consideratur in *d. l. in re, & passim in hoc arg.* Plane in iis, quæ actum commissum consequuntur, interdum culpa aut fraude carere sufficit, *l.* 8. §. *ult. l.* 10. *l.* 29. §. 4. *hoc tit.*

Justa causa interesserit, &c.] Hoc admisso renuntiatione tempestiva mandatum solvi, consequens fuit, ut etiam propter intervenientem justam causam aut non renuntiandi, aut intempestive renuntiandi excusationes mandatarius allegans audiri debuerit. Justa non renuntiandi aut omittendi mandati causa est, veluti si actiones mandatario competituræ, inanes illi futuræ sint, eo quod mandator solvendo esse desierit, ne forte mandatario pereat, quod impendit. Item inimiciciæ capitales, quibus intervenientibus nec mandatorum credibile est amplius opera mandatarij uti velle, nec ab hoc exigi debet, ut eandem illi operam porro præstet. Non tempestive renuntiandi, adversa valetudo, aut similes casus, quibus impeditus tempestive renuntiare non potuerit, *l. sane* 23. *l.* 24. *& l. seq. eod.*

TEXTUS.

12. *Mandatum & in diem differri, & sub conditione fieri potest.*

COMMENTARIUS.

MAndatum & in diem differri, & sub conditione contrahi potest, ut hic, & *l.* 1. §. *pen. eod.*

&c.

& cum mandati obligatio mere à consensu pendeat, potest per nuntium quoque, vel per epistolam, mandatum fieri ac suscipi, *d. l. 1. pr. & §. 1. sed hæc*, & alia id genus, *sub rub.*

TEXTUS.

13. *In summa sciendum est, mandatum, nisi gratuitum sit, in aliam formam negotij cadere. Nam mercede constituta, incipit locatio & conductio esse. Et (ut generaliter dicamus) quibus casibus sine mercede suscepto officio mandati sive depositi contrahitur negotium; iis casibus interveniente mercede locatio & conductio intelligitur contrahi. Et ideo si fulloni polienda curandave quis dederit vestimenta, aut sarcinatori sarcienda, nulla mercede constituta, neque promissa, mandati competit actio.*

NOTÆ.

13. NISI GRATUITUM SIT] Nam originem ex officio atque amicitia trahit, quibus contraria est merces, *l. 1. §. 4. eod.* Cæterum videretur mandatarius κομπολόγιον τῆ φιλανθρωπίαν, *beneficium cauponari*. Gratiâ vero referre gratuitamque operâ remunerare bene convenit amicitiæ, *l. 6. pr. h. t.*

INCIPIT LOCATIO, &c. ESSE] Modo tale factum sit, quod locari solet: nam operas liberales pretio nummario æstimari indignum est, *l. 1. de extr. cogn.*

COMMENTARIVS.

1 *Honorarij sive salarij constitutione mandatum non vitiari: nec tamen de ipso salario actionem mandati esse.*
2 *Pactum de quota litis jure improbatum esse.*
3 *Operas liberales pretio nummario non æstimari.*
4 *In dubio præsumendum non esse fullonem, &c. operum gratis suscipere.*

MAndatum originem ex officio atque amicitia trahit: ac proinde nisi gratuitum sit, nullum est. Quippe officio atque amicitiæ contraria est merces, *l. 1. §. ult. l. ita ut 36 §. 1. h. t.* alioqui videretur mandatarius κομπολόγιον τῆ φιλανθρωπίαν, beneficium cauponari. Enimvero gratiam referre amicitiæ bene convenit, gratuitamque operam remunerare. Qua de causa mandatum esse non desinit si remunerandi causa honor intervenerit, *l. 6. pr. eod.* ubi Iurisconsultus figurate honorem appellat pecuniam remunerandi sive honorandi causa datam promissamve. Passim honorarium & salarium nominatur, *l. 1. in fin. pr. si mens. fals. mod. l. 1. §. in honorariis 10. de extraord. cogn. l. 7. l. qui mutuum 56. §. pen. hoc tit. l. 1. l. 17. C. eod.* & à mercede hoc differt, quod merces fere analoga sit operæ, seu ita constituatur, ut æstimationi operæ proportione respondeat: honorarium autem est voluntaria operæ gratis præstitæ remuneratio. Etsi vero honorarij sive salarij constitutio mandatum non vitiat, nec impedi, quominus mandati actio sit de iis omnibus, quæ mandari judicio peti potuissent, si salarium non interveniisset: *d. l. 6. in pr.* ne ipso tamen salario mandati actio non est, sed extra ordinem peti solet, *l. 7. l. qui mutuum 56. §. pen. eod. l. 1. C. eod.* Utique autem ut peti possit salarium, promissum & conventum esse oportet, saltem nudo pacto: si nullum constitutum sit nulla quoque eo nomine persecutio est: in tantum ut nec, si promissum sit, sed incertæ quantitatis ulla adhuc sit aut extraordinaria salarij petitio, aut actio mandati, ut certum constituatur, *l. qui mutuum 56. §. pen. hoc tit. l. 17. C. eod.* sed hic forte ad eos solos pertinet, qui familiaritatis causa operam præstant, non ad Advocatos, &c. per *l. 1. §. 10. & l. 4. de extr. cogn.* Certe hodie moribus nostris possunt Advocati & Procuratores forenses (*mits overleverer de declaratie van haëre beseigne, conform. de instructie van de voven ende laege vierschaeren*) petere salarium quantumvis nullum pacti aut stipulati sint: dum tamen actionem suam, quam curia dedit, non excedant, *Add. Guid. Pap. quæst. 67. Papon. lib. 6. tit. 12. arrest. 5. & lib. 15. tit. de tut. arrest. 11. Garz. de expens. & mel. cap. 20. num. 15.* Illud obiter notandum, pactum de quota litis, ut vulgo loqui amant, id est, cum advocatus aut Procurator ex eventu litis certam quantitatem salarij nomine paciscitur, puta dimidiam aut tertiam partem victoriæ, improbatum esse, tanquam quod turpe atque adversus bonos mores sit, *leg. 7. hoc titul. leg. si contra 20. C. eodem. l. sumptus 53. de pact. l. 1. §. sicui 12. de extra cogn. Don. post alios in d. l. si contra.* 2

Mercede constituta incipit locatio esse] Modo tale factum sit, quod locari soleat: qualia fere sunt quæ mercede, eaque proportionata facto æstimantur, ut operæ mechanicæ. Nam operas liberales pretio nummario æstimari indignum est; ideoque nec cum iis, qui ingenio, patrocinio, fide consilio operam impendunt, credideruntveteres locationem & conductionem esse; & quicquid hic vel datum vel constitutum est, non merces, sed honorarium dicitur; de quo extra 3

tra ordinem cognoscit prætor. Sed neque talis facti locatio est, unde nihil commodi pecuniarij ad alterum redit; veluti si pecuniam tibi dem ut servum manumittas, non locatio & conductio est, sed contractus innominatus, *leg.* 5. §. 2. *de præscr. verb.*

Fulloni aut sarcinatori nulla mercede constituta, &c.] Id est, cum, fullo aut sarcinator eam operam gratis & amicitiæ causa expresse susceperunt: alioqui non mandati actio, sed præscripti verbis competit, *leg. si tibi* 22. *de præscript. verbor.* §. 1. *sup. de locat. Bachou.* ubi Cajus scribit, cum gratis ejusmodi operam fullo aut sarcinator suscipit, mandati obligationem esse: cum mercede data aut constituta, locationis conductionisque negotium geri: si neque gratis, neque protinus data aut constituta mercede, sed eo animo, ut merces postea constitueretur & daretur, esse contractum innominatum, ex quo in
4 factum actio, id est, præscriptis verbis, detur. Talis autem animus utrinque præsumendus est, cum fulloni, sarcinatori, & similibus, qui manuum opera victum quæritant, & spe lucri eam suscipiunt, aliquid faciendum datur, nisi nominatim convenerit, ut gratis præstaretur, *fac.* §. 1. *sup. de locat.*

TITULUS XXVIII.

De obligationibus, quæ quasi ex contractu nascuntur.

TEXTUS.

Post genera contractuum enumerata, dispiciamus etiam de iis obligationibus, quæ quidem non proprie nasci ex contractu intelliguntur: sed tamen quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur.

NOTÆ.

QUASI EX CONTRACTU] Quasi ex contractu obligatio nasci dicitur, cum citra conventionem nascitur ex facto non turpi.

COMMENTARIVS.

1 *Ratio ordinis.*

2 *Particulam* quasi *notam esse similitudinis, & simul improprietatis.*

3 *Falsos esse, qui putant, obligationem hic nasci ex tacita conventione.*

4 *Non esse confundendum tacitum cum ficto, expressum cum vero.*

5 *Factum, unde hic obligatio nascitur, non male vulgo quasi contractum appellari: & quid sit.*

EXPOSITIS obligationibus, quæ ex contractu nascuntur, progreditur ordine Imperator ad eas, quæ nascuntur quasi ex contractu. Quippe quibus in quadripartita illa distributione, proposita §. *ult. sup. de oblig.* secundum locum tribuit. Ait, *quasi ex contractu.* Particula *quasi* & similitudinis nota est, & improprietatis: quamobrem recte dicemus, quasi ex contractu obligationem nasci, cum citra conventionem nascitur ex facto non turpi. Improprietatem noto, cum dico, citra conventionem: nam ex contractu nulla est obligatio sine conventione, *l.* 1. §. 3. *de pact.* Similitudinem, cum dico, ex facto non turpi, id est, quod non cadit in speciem maleficij. Neque aliam rationem aut Gajus *l.* 5. *de obl. & act.* aut Justinianus *hoc tit.* reddunt, cur quasi ex contractu obligatio nasci dicatur. Sunt, qui etiam ex
3 conventione hic obligationem nasci tradant, non quidem expressa, sed tacita: quod non probo. Nam quid refert, tacite seu re & facto aliquo consensus declaretur, aut verbis & conventione expressa? Vtique enim tacita conventio non minus vera conventio est, *l.* 2. *l.* 4. §. *ult. de pact.* atque ad actionem ex contractu producendam non minus efficax, quam verbis nuncupata. Quippe in omnibus contractibus, quod tacite inter contrahentes agitur, pro expresso habetur, *l.* 3. *de reb. cred. l. semper* 34. *de reg. jur.* Ita societas tacite contrahi potest, *l.* 4. *pro socio.* item mandatum, *l.* 6. §. 2. *l. qui patitur* 18. *mand.* locatio conductio, *l.* 13. §. *ult. locat.* Denique conventio sæpe titulo contractus inclusa est, ut conventio restituendi in mutuo, commodato, depositio, pignore. Sed nec posse hic vel tacitam conventionem intervenire, intelligi ex eo patet, quod omnis conventio plurium est, *l.* 1. §. 1. *de pact.* hic autem ex facto unius fere obligatio oritur. Adde, quod quasi ex contractu inviti quoque & ignorantes obligamur, §. 1. *inf. hoc tit. l.* 2. *de neg. gest.* adeo ut ea obligatione eriam furiosi & pupilli teneantur, *l.* 5. §. *& si* 5. *d. tit. l. furiosus* 46. *de obl. & act.* Postremo nusquam proditum est, ullum consensum hic vel tacite intervenire, sed obligationem ex re nasci, *d. l.* 46. in eam nos incidere, *l. heredes* 25. §. *non tantum* 16. *fam. ercis* utilitatis causa introductam esse, *l.* 5. *de obl. & act.* §. 1. *hoc tit.* Plane, si quis tacitum appellet, non quod simpliciter expressum non est, sed quod nec verum est, sed fictum, & contra naturam

gesti auctoritate juris præsumptum ; *l. 3. in fi. cum l. seq. quib. ex cau. in poss. l. 13 in fin. commod.* hoc sensu per me licet, obligatio quasi ex contractu veniens dicatur nasci ex tacita conventione. Sed cavendum omnino est ab iis, qui nullum verum contractum agnoscunt sine expressa conventione ; nullam veram conventionem, quæ non eadem & expressa sit ; confundentes expressum cum vero, tacitum cum falso & ficto. Factum, unde hic obligatio nascitur, cum interpretibus, contempta quorundam superstitione, quasi contractum appellamus. Nam etsi veteres non ita hic loquuntur, ut dicant, obligationem nasci ex quasi contractu, sed quasi ex contractu nasci : alia tamen multa, quæ ad aliarum rerum similitudinem inducta sunt, ea nota sic distinguunt ; ex quibus hæc, quasi possessio quasi maritus, *l. 32. §. pen. de don. int. vir. & ux.* quasi Serviana actio, peculium quasi castrense. Nonnunquam appellatione contractus etiam quasi contractus comprehenditur, *§. 1. inf. de act. l. ex contractibus 49. de obl. & act. l. 23. de reg. iur.* & interdum absolute contractus vocatur, *l. 16 de neg. gest. l. ult. in quib. ca. pign.* largo scilicet modo & per abusionem, *l. 3. in fin. cum l. seq. quib. ex ca. in poss.* Sic autem non male quasi contractum definiemus, factum omne non turpe, quo aut is qui fecit, alteri, aut alter ei, aut uterque alteri, sine conventione obligatur. Hujus generis facta quinque hic recensentur, negotiorum gestio, administratio tutelæ, communionis rerum citra societatem susceptio, aditio hæreditatis, indebiti solutio.

TEXTUS.

1. *Igitur cum quis negotia absentis gesserit, ultro citroque inter eos nascuntur actiones, quæ appellantur negotiorum gestorum. Sed domino quidem rei gestæ adversus eum, qui gessit, directa competit actio: negotiorum autem gestori contraria. Quas ex nullo contractu propriè nasci manifestum est: quippe ita nascuntur ista actiones, sine mandato quisque alienis negotiis gerendis se obtulerit, ex qua causa ij quorum negotia gesta fuerint, etiam ignorantes obligantur. Idque utilitatis causa receptum est, ne absentium, qui subita festinatione coacti, nulli demandata negotiorum suorum administratione, peregre profecti essent, desererentur negotia: quæ sane nemo curaturus esset, si de eo, quod quis impendisset, nullam habiturus esset actionem. Sicut autem is, qui utiliter gessit negotia, dominum habet obligatum negotiorum gestorum, ita & contra iste quoque tenetur, ut administrationis reddat rationem. Quo casu ad exactissimam quisque diligentiam compellitur reddere rationem: nec sufficit, talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet: si modo alius diligentior eo commodius administraturus esset negotia.*

NOTÆ.

1. IGITUR CUM QUIS] Ex Cajo *l. 5. de obl. & act. l. 2. de neg. gest.*

ABSENTIB] Sine mandato scil. alias de contractu inter eos nascitur obligatio mandati. Qui præsens patitur negotia geri, mandare intelligitur, *l. 6. §. 2. l. 18. rend.*

DIRECTA ACTIO] Quæ & principalis, *l. 17. §. 1. commod.*

CONTRARIA] Ita dicta, quoniam contrariæ parti per consequentiam accommodatur ad minuendam ejus condemnationem, *l. 5. depos. l. 6. in fin. de his qui not. infam.*

SUBITA FESTINATIONE COACTI] Sæpe etiam homines peregre proficiscuntur, quasi statim rediturі, nec ob id ulli curam negotiorum suorum mandant : deinde novis causis intervenientibus diutius abesse coguntur, *d. l. 5. in pr.*

DOMINUM HABET OBLIGATUM NEGOTIORUM GESTORUM] Alias, *habet obligatum dominum negotiorum.* Quomodo & Th. legisse videtur.

AD EXACTISSIMAM DILIGENTIAM] fac. *l. 21. C. mandat. l. 25. §. 16. fam. erc. l. 24. C. de usur.* Tenetur ergo negotiorum gestor, non tantum si quid lata aut levi culpa peccavit ; sed etiam, si quid vel culpa levissima : nullaque causa est, cur levius obligetur, quam depositarius, qui ultro se depositio obtulit, *l. 1. § 35. depos.*

NEC SUFFICIT TALEM, &c.] His verbis perspicue significatur, etiam culpam levissimam à gestore præstari, arg. *§. 2 sup. quib. mod. de const. obl.* ubi eadem præstatio & iisdem verbis imponitur commodatario. Interdum tamen dolus solum modo præstatur, ut in casum *l. 3. §. 9. de neg. gest.*

COMMENTARIUS.

1 *Negotiorum gestionem esse factum naturâ media inter negotia, quæ utrinque, & quæ ab uno tantum latere sunt obligatoria.*

2 *Actio*

2 *Actio ex gesto directa cui detur, item cui contraria: & quid utraque contineat.*

3 *Doli ne tantum, an etiam culpæ, & cujus nomine gestor teneatur; accuratius, quam vulgo.*

PRima species quasi contractus, negotiorum gestio. Ex Gajo *l. 5. de obl. & act.* Ait, *cum quis negotia absentis gesserit.* Videlicet sine mandato, aut ignorantia: nam si ex mandato gesserit, palam est, ex contractu nasci inter eos obligationem mandati. Si vero sine mandato gesserit, nascitur quidem & hic ultro citroque obligatio. Cæterum hæ actiones nascuntur ex contractu, qui nullus interpositus est: quia non geritur negotium invicem: sed quia nec maleficium est, alia negotia sine mandatu administrare, nec dominus negotiorum quicquam deliquisse intelligi potest, quasi ex contractu hic obligatio oriri videtur, *d. l. 5. de obl. & act. l. 2. de negot. gest.*

Domino directa competit actio] Monuimus in explicatione §. 2. *sup. quib. mod. re contr. obl.* esse quosdam contractus, qui ex uno tantum latere obligant, quosdam, qui ex utroque, nonnullos etiam esse naturæ intermediæ, ex quibus nec semper unus tantum, nec semper uterque obligetur. Hujus generis, præter contractus reales, quos illic enumeramus, commodatum, depositum, pignus, etiam mandatum est, & quasi contractus mandato similes, negotiorum voluntaria administratio, & tutela. Nam ut hi contractus & quasi contractus principaliter comparati non sunt ad obligandum eum, cujus res aut negotium est, ita nec ab initio ex his causis obligatur; sed ut obligetur, fit ex accidenti & per consequentiam, si quid alter de suo necessario aut utiliter impendit, alter autem statim tenetur, & directo, ex ipso 1 contractu aut negotio. Hinc est, quod actio, quæ ex his causis domino proposita est, directa dicitur, & interdum principalis, *l. in commodato 17 §. 1. commod.* quæ adversus dominum, contraria; quoniam contrariæ parti per consequentiam accommodatur ad minuendam ejus condemnationem. Et in proposito igitur actio, qua negotiorum gestor tenetur domino, est & dicitur actio negotiorum gestorum directa, qua dominus per consequentiam tenetur gestori, cui per causam gesti quid abest, contraria.

Adversus eum, qui gessit] Ut gesti rationem reddat, & interdum non gesti, videlicet ejus, quod gerendum suscepit: nam novum inchoare non habet necesse, *l. nam & Servius 21. § 2. de neg. gest.* Gesti obligatio duo continet. Restitutionem ejus, quod per occasionem negotii ad gerentem pervenit, *leg. 2. eod.* exempla sume ex *l. 8. §. 1. l. si quis 23. eod.* & damni ejus, quod peream gessit, præstationem: cæterum hic lucrum cum damno casu dato pensatur, *l. 11. eod.* In non gesto non tantum damni culpa aut negligentia dati ratio habetur, sed etiam lucri omissi: ad quod declarandum accommodatissimum exemplum est, quo & veteres uruntur, in debitore, qui creditoris sui negotia gessit, *l. 6. §. ult. l. 7. l. divortio 35. eodem.*

Negotiorum gestori contraria] Si modo utiliter negotium gessit: nam qui gessit inutiliter, actionem non habet, *l. 2. eodem.* Competit autem hæc actio, ut & cæteræ ejusdem naturæ, de indemnitate, *l. 5. depos. l. 6. in fin. de his qui not. inf.* & in proposito duarum rerum nomine comparata est, nempe ut præstetur & quod abest ei, qui utiliter gessit, puta si de suo quid erogaverit, aut quid consecutus non sit, quod alias consequi potuisset; & quod ei abfuturum est, veluti si se in rem absentis alicui obligavit, *d. l. 2. l. si quis 28. de neg. gest. l. ob negotium 18. C. eod.*

Subita festinatione coacti] Sed & sæpe homines eo animo peregre proficiscuntur, quasi statim redituri, nec ob id ulli curam negotiorum suorum mandant: deinde novis causis intervenientibus diutius abesse coguntur, *l. 5. in pr. vers. ideo, de obl. & act.*

Dominum habet obligatum negotiorum gestorum] Cujacius, Hotomannus, Uvesembecius legunt, *habet obligatum dominum negotiorum.* Et ita quoque Theophilus legisse videtur.

Ad exactissimam diligentiam] Secundum regu- 3
lam traditam *l. 5. §. 2. commod.* non plus à negotiorum gestore exigendum videtur, quam à depositario; nimirum ut dolum præstet duntaxat, non etiam culpam, nisi dolo proximam: quoniam non magis gerentis in causa negotiorum gestorum, quam depositarii in depositio, commodum agitur: & tamen certi atque explorati juris, est, non doli tantum nomine, sed etiam culpæ gestorem obstringi, *l. 11. de neg. gest. l. tutori 20. C. eod. l. contractus 23. deg. jur.* Sed nimirum, ut superius quoque sub § 2. *sup. quib. mod. re contr. obl. & §. proœm. prat. tit.* monui, regula de dolo duntaxat præstando in negotio, in quo suscipientis nulla versatur utilitas, vim suam perdit, cum quis se negotio & officio offert; quod qui facit, de diligentia sua quodammodo polliceri & recipere videtur. At hoc facit, qui ad aliena negotia sua voluntate gerenda accedit. Qua eadem ratione hoc amplius placuit, negotiorum gestorem non tantum eo nomine teneri, si quid consulto, lata aut levi culpa, peccavit, sed etiam si quid vel culpa levissima. Exigitur enim ab eo diligentia, eaque summa & exactissima, ut non excusetur talem diligentiam alienis negotiis adhibens, qualem suis rebus adhibere solet, si modo

alius diligentior utilius negotia administraturus esset. Quibus verbis palam est significari, etiam culpam levissimam à gestore præstandam esse, cum eadem plane præstatio & iisdem verbis imponatur commodatario, quem sane etiam ob levissimam culpam teneri constat, *d. § 2. sup. quibus mod. re contr. obl. l. 1 §. & ille 4. de obl. & act.* Hoc idem non obscure indicat *l. hæredes 25. §. non tantum 16 fin. ff.* ubi Iurisconsultus scribit, cohæredem & collegatarium in re communi dolum quidem & culpam præstare, diligentiam autem non majorem, quam rebus suis: neque enim hos esse similes negotiorum gestori, ut summa ab iis diligentia exigi debeat: quoniam negotiorum gestor causam gerendi non habet, illi habent propter partem suam. Sed & quod scriptum est in *l. 21. C. mand.* aliena negotia exacto officio geri, nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum esse, tam ad negotiorum gestorem, quam mandatarium pertinet; & vel magis ad illum, qui se ingerit, quam ad hunc, qui rogatus gerit. Postremo nulla causa est, cur levius obligetur, qui se miscet rebus ignorantis, quam depositarius offerens se deposito. At hunc illa officij oblatio periculo depositi sic illigat, ut omnia præstet præter improvisos casus, sicut diserte scriptum est in *l. 1. §. sæpe 35. depos.* Dices, ita fore, ut nemo facile ad absentium negotia gerenda accedat; quod tamen ut fiat, ipsorum absentium interesse: nam si nemo sit, qui ea capessat, futurum esse, ut pereant. Resp. etiam interesse absentium, ne quis temere se negotiis eorum immiscear, & diligentiorem forte antevertat. Neque enim semper negotia aliena urgente necessitate suscipiuntur: cumque id fit, doli tantum nomine gestorem teneri placet, *l. 3. §. interdum 9. de neg. gest.* sed sæpe homines præpropere se alienis ingerunt, non affectione ducti ad negotia alioqui peritura accedentes, sed acti aut spe emolumenti, aut præpostera curiositate. Quo pertinet *l. culpa 36. de reg. jur.* ut vel maxime absentium utilitas in eo vertatur, ut quicunque se negotiis alienis nulla urgente necessitate immiscent, intelligant, nihil in eorum administratione omissum neglectumve impune fore. Interpretes communiter *post Gloss. hic.* statuunt, eo demum casu negotiorum gestorem propter culpam levissimam teneri, cum alius diligentior ad gerendum se obtulit: nimirum verba illa hujus textus, *si modo alius diligentior &c.* pro limitatione accipientes: quod non convenit sententiæ hujus loci, qui descriptionem quandam continet exactissimæ diligentiæ, cui culpa levissima opponitur, *argum. §. 2 sup. quib. mod. re contr. obl. l. §. & ille 4. de obl. & act. add. Paul. 1. sent. 4. l. 24. C. de usur.*

TEXTUS.

2. *Tutores quoque; qui tutelæ judicio tenentur, non proprie ex contractu obligati esse intelliguntur: nullum enim negotium inter tutorem & pupillum contrahitur. Sed quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. Hoc autem casu mutua sunt actiones. Non tantum enim pupillus cum tutore habet tutelæ actionem: sed & contra tutor cum pupillo habet contrariam tutelæ, si vel impenderit aliquid in rem pupilli, vel pro eo fuerit obligatus, aut rem suam creditoribus ejus obligaverit.*

COMMENTARIVS.

1 *Tutorem in rebus pupilli non tantum dolum, sed etiam culpam præstare.*

2 *Cur levem duntaxat culpam, non etiam levissimam tutor præstet.*

SEcunda species quasi contractus, administratio tutelæ. Necessarij quoque rerum alienarum administratores, veluti tutores, quasi ex contractu obligari videntur: neque enim hi aut tutelam suscipientes, aut susceptam administrantes, cum pupillis ullum negotium contrahunt; multoque minus ea res speciem maleficij aut quasi maleficij habet, *l. 5 §. 1. de obl. & act.*

Actiones mutuæ] Pupillo prodita est actio tutelæ directa, qua, finita tutela. *l. 4. de tut. & rat. distr.* tutorem convenire potest, ut rationem reddat administrationis suæ, & tam non gesti, quam gesti, atque ut reliqua inferat, *d. 1. d. tit. l. 7. l. 9. C. arbitr. tut. l. 2. C. si tut. vel cur. non gess.* Et quamvis in administratione tutelæ nulla versetur utilitas tutoris, placet tamen, tutorem in rebus pupilli non tantum dolum & culpam latam, sed etiam levem præstare, *l. contractus 23. de reg. jur. d. l. 7. C. arb. tut.* quod ratio muneris publici ad defensionem miseræ ætatis constituti suasit. Quicquid ergo vel dolo tutoris aut lata ejus culpa, vel etiam levi amissum vel non acquisitum erit, cum conservari aut acquiri potuisset; hoc in tutelæ judicium veniet, *d. l. 1 l. cum tutor 18. ff. tut. & rat. distr. d. l. 7. & l. 4. C. arb. tut. l. si tutoris 23. Cod. de adm. tut. l. 3. C. de peric. tut.* Enimvero quoniam necessitas gerendi excusatione digna est, si tutor pro captu suo bona fide facit, quod potest, non majorem diligentiam ab eo requiremus, quam

quantam

quantam suis rebus adhibere solet, hoc est, ut levem culpam præstet duntaxat, non etiam levissimam, *d. l. tut. & rat. dist. d. l. 7. C. arb. tut. l. à tutoribus 33. pr. de adm. tut.* Frustra vero ex *l. 4. C. de peric. tut.* quæ ait, à tutore fortuitos casus non præstari, quidam eliciunt, tutorem teneri ex cæteris causis omnibus, atque adeo ex culpa quoque levissima, add. *Pet. Fab. ad l. 23. de reg. jur.* Vice mutua tutor cum pupillo, cujus tutelam gessit, habet contrariam tutelæ actionem, qua, si ut impenderit quid in rem pupilli, sive aut se aut res suas pro pupillo obligaverit, & impensas recipiat, & ab obligationibus liberetur, *l. 1. in pr. l. ult. de contr. tut. act. l. ult. C. eod.* Hæc eadem mutatis personis ad curatores quoque & adultos transferenda sunt. *l. 8. §. 1. de reb. eor. qui sub tut. l. 3. l. 4. l. 7. C. de arbitr. tut. cum similib.*

TEXTUS.

3. *Item si inter aliquos communis res sit sine societate; veluti quod pariter eis legata donatave esset, & alter eorum alteri ideo teneatur communi dividundo judicio, & quod solus fructus ex ea re perceperit, aut quod socius ejus solus in eam rem necessarias impensas fecerit: non intelligitur ex contractu propriè obligatus esse, quippe nihil inter se contraxerunt: sed quia ex maleficio non tenetur, quasi ex contractu teneri videtur.*

4. *Idem juris est de eo, qui coheredi familiæ erciscundæ judicio ex his causis obligatus est.*

NOTÆ.

3. SINE SOCIETATE] Datur quidem judicium communi dividundo etiam cum ex societate res communis est, *l. 1. & 2. comm. div.* sed eo casu est ex contractu.

ET ALTER EORUM ALTERI] Principalis finis judicij communi dividundo est, ut res dividantur & à communione recedatur, *§ 4. & 5. inf. de off. jud. d. l. 1 comm. div. l. 1. fam. erciscic.* tum ut utrinque præsterur, quod alterum alteri præstare oportet lucri, damni, impensarum nomine, *l. 3. d. t.* lucri, ut in *l. 3. C. eod. §. 4. inf. de off. jud.* damni ut *l. 16. §. pen. l. 25. §. 16. fam. erc.* impensarum, ut *l. 18. §. 3. d. t. l. 4. §. 3. comm. div. & hoc text.*

QUOD SOCIUS EIUS SOLUS] Observa socium dici etiam eum, qui rem cum alio communem habet extra causam societatis, puta collegatarium ejusdem rei, &c. sed ista societas voluntaria non est, sed necessaria.

COMMENTARIUS.

1. *Communio inter aliquos constituta quarum rerum obligationem pariat.*
2. *Culpa in judicio communi dividundo ad quam diligentiam dirigatur.*

TErtia species, quæ quasi ex contractu obligationem producit, est communio rerum inter aliquos citra societatem suscepta. Rerum communio sic inter aliquos constituta, sive hæreditatis inter coheredes, sive rerum singularum inter eos, quibus eadem res legata aut donata est, quive simul eandem rem emerunt sine affectione societatis, duarum rerum obligationem parit: nam & consortem ad rerum divisionem obligat, & in communione manenti præstationibus quibusdam, ad eam communionem pertinentibus, implicat, *Item Labeo. 22. §. 4 fam. erc. l. 4 §. 3. comm. divid.* Prima & præcipua hic obligatio est, quod consors, si sponte communionem omittere nolit, compellatur ad divisionem judicio divisorio: in quo hoc maximè agi constat, ut sua cuique parte adjudicata, à communione, quam nec suscipere, nec retinere quisquam cogitur, *l. 26. §. 4. de cond. ind. l. ultim. C. comm. div.* discedatur, *l. 1. fam. erc. l. 1. com. divid §. quadam. 20. inf. de act.* Divisio rerum qualis sit, quæ in ea adjudicatio, quæve mutua condemnatio; explicatur, *§. 4. & seq. inf. de offic. jud.* Præstationes personales inducuntur vel lucri, vel damni, vel impensarum nomine, *l. 3. comm. div.* Lucri, ut si quid ad unum è consortibus ex re communi pervenit, id cæteris communicet, *l. 3. C. eod. d. § 4. inf. de off. jud. & hoc text.* Damni, ut si quid damni in re communi datum aut factum est culpa aut negligentia unius, id cæteris proportione cujusque sarciat, *l. 16 §. pen. l. hæredes 25 §. non tantum 16 & §. item culpa. 18. l. inter coheredes 44. §. quod ex fact. 5. fam. erciscic.* Culpa non ad exactissimam diligentiam dirigitur; quoniam qui rem cum alio communem habet, propter suam partem causam habet gerendi; & ideo non major diligentia ab eo exigitur, quam qualem suis rebus adhibere consuevit, *d. l. hæredes §. non tantum.* Impensarum, ut si quæ ab uno in res communes factæ sunt, quas propter partem suam necesse habuit facere, ei à cæteris pro rata refundantur, *hoc text. l. 18. §. 3 d. l. hæredes §. idem juris & seqq. fam. erc. l. 4. §. 3. comm. div.* Quorum omnium consequendorum causa comparatæ sunt actiones inter hæredes familiæ erciscundæ, inter eos, quibus res una vel plures communes sunt, extra causam hæreditaris, communi divi-

dundo, *tit. ff. & C. fam. erc. & comm. div.* Sive autem propter præstationes illas, sive propter divisionem rerum hæc judicia reddantur, semper quasi ex contractu proficiscuntur.

TEXTUS.

5. Hæres quoque legatorum nomine non propriè ex contractu obligatus intelligitur, (neque enim cum hærede, neque cum defuncto ullum negotium legatarius gessisse propriè dici potest) & tamen quia ex maleficio non est obligatus, quasi ex cõtractu debere intelligitur.

NOTÆ.

4. QUI COHÆREDI FAMILIÆ ERCISC.] Quippe semota hæreditatis divisione, cætera sunt utrique judicio cum altero communia, *l. 6. §. 11. comm. div.*

5. HÆRES QUOQUE] Ex Cajo *l. 5. §. 2. de obl. & act.*

QUASI EX CONTRACTU] Quia cum hæreditatem amplectitur, simul judicium defuncti agnoscere, seque oneribus, quæ ex voluntate defuncti subeunda sunt, subjicere creditur, *d. l. 5. §. 2. l. 3. §. ult. & l. seq. quib. ex caus. in poss.*

COMMENTARIVS.

1 *Hæredem propriè quasi ex contractu obligari legatariis & fideicommissariis, non item creditoribus hæreditariis.*

QUarta species quasi contractus, aditio hæreditatis. Certum est, hæredem adeuntem hæreditatem nullum cum legatariis, quos fortassis ne novit quidem, negotium contrahere: sed & plus quam manifestum est, nullum in ea re maleficium esse. Restat ergo, ut ex hac causa quasi ex contractu obligetur. Nimirum cum quis hæreditatem sibi delatam amplectitur, simul judicium defuncti agnoscere, seque oneribus, quæ ex voluntate defuncti subeunda sunt, subjicere creditur, atque ita quodammodo cum legatariis contrahere, tacitèque iis sese obligare videtur, *l. 5. §. 2. de obl. & act. l. 3. §. ult. & l. seq. quib. ex ca. in poss.*

1 *Legatorum nomine*] Hæres tunc propriè quasi ex contractu obligatur, cum non alia obligationis causa est, quam agnitio voluntaris defuncti. Itaque ex hac causa tantum tenetur creditoribus testamentariis, seu legatariis & fideicommissariis *d. l. 5. §. 2. de obl. & act. & hoc text.* Atque his solis actio personalis, quæ in usu juris actio ex testamento dicitur, & quasi ex contractu nascitur, competit, *vid sup. §. 2. de legat. & ibi not.* Creditoribus autem hæreditariis, id est, creditoribus defuncti, non tenetur quasi ex contractu & facto suo, sed ex ipso contractu & facto defuncti, qui obligationem & actionem, qua illis teneri cœperat, in hæredem suum transmittit. Hæ sunt obligationes & actiones hæreditariæ, eædem nimirum illæ, quæ competebant adversus defunctum, & ex eadem causa. Inauditum enim est, creditores hæreditarios actione ex testamento experiri. Ex legatis vero non est obligatio hæreditaria, sed obligatio hæredis; quamvis hæreditariæ loco esse dicatur, *l. hæreditarium 40. de obl. & act.* Eadem obligationis ratio est & in legatariis & fideicommissariis, à quibus quid relictum est; eædemque adversus eos actiones ejus rei obtinendæ causa constitutæ, *l. un. §. pro secundo 4. C. de cad. toll. l. 1. C. comm. de legat.*

TEXTUS.

6. Item is, cui quis per errorem non debitum solvit, quasi ex contractu debere videtur. Adeo enim non intelligitur propriè ex contractu obligatus esse, ut, si certiorem rationem sequamur, magis (ut supra diximus) ex distractu, quam ex contractu possit dici obligatus esse. Nam qui solvendi animo pecuniam dat, in hoc dare videtur, ut distrahat potius negotium, quam contrahat. Sed tamen perinde is, qui accepit, obligatur, ac si mutuum ei daretur, & ideo condictione tenetur.

NOTÆ.

6. CUI QUIS PER ERROREM] Facti quidem etiamsi subsit naturalis aliqua obligatio, quæ tamen destituta sit juris civilis auxilio, *l. 9. C. ad leg. Falc. l. 7. C. de cond. ind.* Cæterum etiam juris si is, qui solvit, ne natura quidem qualis qualis debitor est, arg. *l. 7. de cond. ca. dat. l. 32. §. 1. l. 59 l. 66. de cond. ind. l. 8 de jur. & fact. ign. l. 1. pr. ut in poss. leg. cum simil.*

QUASI EX CONTRACTU] Quia hæc res speciem negotij invicem gesti habet, *l. 33 de cond. ind.* Cæterum extra id, quod agitur, tacitè hic obligatio nascitur, *l. 13. in fin. commod.*

PERINDE OBLIGATUR] *l. 5. §. 3. de obl. & act.*

Ex

Ex bono scil. & æquo *l.14 l.66. de cond.ind.* cum stricta ratione actus agentium non operentur ultra eorum intentionem, *l.19 de reb. cred.*

COMMENTARIVS.

1 *Quando, qui sciens indebitum recipit, furti obstringatur.*
2 *Qua requirantur, ut indebitum solventi competat.*
3 *An ea quod errore juris solutum est, aliquando repetitio sit.*
4 *Sitne hæc obligatio ex vero contractu, an quasi.*

QUinta & postrema species, unde obligatio quasi ex contractu proficiscitur, est indebiti per errorem solutio. Habet species magnam cum mutuo affinitatem; quæ causa est, quod *sup. §.1. quib. mod. re cont. obl.* statim post contractum mutui etiam indebiti soluti mentionem fecit: sed cum illic dicat, obligationem, qua tenetur is, qui indebitum, accepit, ex contractu non consistere, tacitè significat quasi ex contractu eum obligari: quod hoc loco apertius ostendit ex Gajo *l. 5. §. is quoque 3. de obl. & act.* Res ita habet. Qui indebitum solvit, aut sciens ac prudens hoc facit: quo casus accipiens non obligatur, cessatque adeo repetitio, etiamsi ea mente dedit, ut postea peteret, *l.1.l. si non sortem 26. §.2. & 3. h.t. de cond. ind. l.9 C. eod. l. cujus 53. de reg. jur. iunct. l. quod quis 50. h.t.* Aut dubitans; qui si nominatim solutioni hanc legem dicat, ut reddatur, si postea appatuerit esse indebitum ex vero contractu accipientem obligat ad restitutionem, *l.2. eod.* Si vero simpliciter solvat; quasi ex contractu: siquidem dubitanti æquè ut erranti repetitio datur, *l. ult C. eod.* Aut denique, quod plerumque fit, per errorem, seu ignorans se non debere: de qua specie passim agitur in *ff. & Cod. de cond. ind.* est que eadem illa, in qua accipientem quasi ex contractu obligari hoc loco & *d.l. 5. §.3. de obl. & act.* traditum est: quam
1 rectè, videbimus postea. In accipiente nulla erroris aut scientiæ distinctio est. Denique qui sciens indebitum recipit, etiam furti obstringitur, *l. quoniam 18 de cond. furt. l. falsus 43. in pr. de furt.* quod ita verum est, si creditorem se simulans alterum ad solvendum induxit: nam si pecuniam ultro sibi oblatam à debitore accepit, furtum non committit, *arg. d.l. falsus Costal. post Bart. ad d.l. quoniam.*

Cui quis per errorem indebitum solvit] Ut in specie proposita solventi quæratur obligatio & soluti condictio, duo requiruntur; ut indebitum sit, quod solvitur: ut solvatur per errorem. Primum exigimus, ut sit indebitum: nam debiti soluti nulla repetitio est. Et quidem nemo dubitat, quin cesset repetitio, si id quod solutum est, & civili & naturali jure debitum fuit. Sed quid si alterutro tantum? Si tantum jure civili, id est, ex obligatione, cui deest vinculum æquitatis, ut summo quidem adhuc jure eo nomine actio competat, sed quæ per exceptionem perpetuam excludatur, placet locum esse repetitioni, *l si non sortem 26. §.3. l. qui exceptionem 40 l. ex his omnibus 54 hoc tit. & cond. ind.* Nimirum tale debitum tantum verbo ita dicitur, re autem debitum non est; quoniam jure naturali non deberur, adeoque nec jure civili verè deberi intelligitur, *l 3. §.1. de const. pec. l. nihil. 112. de reg. jur.* Naturale autem debitum in hac causa pro vero debito habetur, eoque etsi exigi non potest, solutum tamen, quamvis ab eo, qui etiam civiliter se obligatum putabat, non repetitur: sententia innumeris locis tradita, *l.10. de obl. & act. l.16. §. naturales de fideic. l.3. §. ult. quod quisque jur. l.13. leg.19. hoc tit.* Et vero cum etiam id, quod natura debetur, in compensationem veniat, *l. 6. de compens.* summa ratione denegatur quoque ejus soluti repetitio. Sed & si debitori detur exceptio perpetua, cæterum ex causa non tollente naturalem obligationem, adhuc dicimus, solutum per errorem non repeti. Hujus generis est exceptio rei judicatæ: siquidem sententia judicis obligationem consensu constituram perimere non potest: & ideo quod verus debitor absolutus solvit, reperere eum non posse, Iulianus & Paulus responderunt, *l. 60. hoc tit.* Huc item plerique referunt exceptionem Senatusc. Macedoniani: nam & filius fam. si mutuam pecuniam Senatusc. acceperit, & paterfam. factus perperam solverit, non repetit; quoniam naturalis obligatio manet, *l.10. de sen. Mac.* Affertur & alia ratio denegandæ in hac causa condictionis, *l.40. hoc tit. l.9. in fin. de sen. Mac.* sed ea non est generalis, ut apparet ex *d.l.60.* Atque ego in hac specie omnino distinguendum puto inter errorem juris & facti, *juxta not. inf. num. 3. in fin.* Enimvero naturale debitum more veterum hic accipimus, quod ex ea obligatione naturali debetur, quæ civilis & efficacis obligationis effectus omnes habet, dempta una actione. Quod si naturalis obligatio jure civili improbata sit, aut destituta juris civilis auxilio; qualis est mulieris intercedentis, *l. 16. §.1. ad sen. Vell.* prodigi promittentis, *l.6. de verb. oblig.* pupilli, sine tutoris auctoritate contracta, licet hæc admittat accessiones; ea non attenditur, & perinde repetitio datur, ac si quod ex ea causa solutum est, nullo jure debitum esset, *l.9. C. ad sen. Vell. l.41. hoc tit. l.6. de verb. oblig.* Eodem jure civili insuper haberur obligatio naturalis, quam inducit voluntas testatoris vel minus solemnis, vel legantis supra dedrantem bonorum. Cæterum hæc in errore

juris

juris effectum naturalis obligationis habet, *l. 9. C. ad leg. Falc. l. 7. C. hoc tit.* Error duplex est, facti unus, scilicet cum factum ignorantur, ex quo jus oritur; alter juris, cum factum scitur, sed quid jus hic tribuat, ignoratur, *l. 1. de jur. & fact. ign.*

3 Unde quæsitum est, quomodo accipiendum, quod passim simpliciter & generaliter definitur, indebitum per errorem solutum repeti posse, de errore facti tantum, an etiam de errore juris. Veterum interpretum sententia est, si nulla subest naturalis obligatio, etiam ejus, quod per errorem juris solutum est, repetitionem esse: in quam sententiam & ipse concedo, cum *D. Zas. ad rubr. hoc tit. num. 5. Sichard. ad rub. & l. 1. C. eod. Vvesemb. par. eod. num. 9. Christin. vol. 3 decis. 8. num. 3. Bachou. de act. disp. 4. thes. 17. Io. Arn. Corvin. in Enchiridio, tit. quib. mod. re contr. obl.* Movet me primum hæc ratio, quod condictio indebiti ex bono & æquo datur, *l. hæc condictio 66. hoc tit. de cond. ind.* cui omnino consequens est, eam non nisi exceptione æquitatis ex adverso excludi posse. At quam æquitatem prætendere poterit, quove colore de iniquitate conductionis excipere, cui quid solutum est, quantumvis per ignorantiam juris, quod natura non deberur, sive quod causa debendi jure non valet, ut omnino non debeatur, sive quod effectum non habet, ut accidit in mere civili debito? Nam cum tale debitum nullos veri debiti effectus habeat, non compensetur, *l. quæcumque 14. de compens.* accessiones non admittat, *l. 3. §. 1. de pec. const. l. 7. de fideius.* cum prætor eo nomine in re aperta deneget actionem, in dubio non det nisi cum exceptione, quo ipso ostendit se id pro debito non habere: per *l. 9. de iurei.* quis credat, si id vel per errorem juris solutum sit, retineri posse? Ut ecce, si quis dolo malo aliquem induxerit, aut metu illato coëgerit, ut promitteret, non possum adduci ut credam, solutum ex his causis retineri posse, atque improbitatem suam cuiquam prodesse, hoc solo prætextu; quod solvens in jure erravit, ignorans se adjuvari potuisse exceptione doli mali aut quod metus causa. Et ne videamur sine auctoritate loqui, textus in eam rem evidens est in *l. qui se debere 7. de cond. c. dat.* ubi diserte Iulianus post Nervam & Atrilicinum respondet pecuniam solutam ab eo, qui se debere putabat, cum exceptione doli mali se tueri potuisset, repeti posse, ac proinde solutam errore juris. Similes loci sunt in *l. cum is 32. §. 1. si fideiussor. 59. de cond. ind. l. 5. C. eod. l. qua fideicommissa 79. de leg. 2.* & apertissimus in *l. 1. ut imposs. leg. in po. fac. item l. mandatum 67. mandat.* Porro etiam me movet, quod in toto *tit. ff. de cond. ind.* quamvis prolixo, nusquam aut tantum errori facti repetitio tribuitur, aut errori juris denegatur, sed perpetuo tribuitur errori simpliciter, sive quod solutum est omnino non debeatur, sive propter exceptionem perpetuam exigi non potest, *l. si non sortem 26. §. 3 l. qui exceptionem 40. l. ex his omnibus 54. eod.* ut vel hinc intelligere liceat errorem quidem, qualiscumque sit, repetitioni non obstare, sed obstare solventis scientiam, & quidem solam: quod luculenter probatur ex *d. l. si non sortem §. 3. & l. 24. eod* tum ratio, ob quam placet eum, qui sciens indebitum solvit, non repetere; nimirum quia donasse intelligitur, *l. cujus 53. de reg. iur. l. 7. C. de cond. ob ca. dat.* quod de eo, qui se solvendi adstrictum putat, dici non potest. Postremo illud me movet, & vel maximè, quod traditur in *l. 8. de iur. & fact. ign.* nemini in damnis amittendæ rei suæ ignorantiam juris nocere: ex eo enim perspicuè evincere mihi videor, etiam id, quod per errorem juris indebitum solutum esse, condici posse: nam si hoc negamus; illud fateamur necesse est errorem juris etiam in amittenda re sua cuique nocere, contra sententiam Papiniani in *d. l. 8.* Neque video quid ad hoc responderi sine cavillatione possit. Nam certè illa Neotericorum dissentientium responsio captiosa est; quod condicens non laboret de re amittenda, sed de amissa: si enim per errorem juris solvens ita rem suam amittat, ut nullam habeat repetitionem, utique juris error in damno amittendæ rei suæ ei nocet. Neque vero de tempore condictionis instituendæ quæritur, sed factæ solutionis: negatque Papinianus errantem in jure rem suam amittere, videlicet *sic*, ut eam nunquam possit repetere: & quod idem Papinianus in *l. 7. eod.* definit, ignorantiam juris suum petentibus non nocere, id ad omnes pertinet, qui de damno vitando laborant. Neque huic obstat *l. 29. §. 1. mand.* nam illic proponitur species, ubi duo de damno vitando laborant, debitor, qui exceptione perpetua se tueri poterat, & fidejussor, qui cum id non ignorarer, nihilominus tamen solvit: negaturque hoc casu fidejussori competere actionem mandati; de condictione autem nullum ibi verbum. Quod vero dicitur juris ignorantiam nocere, *l. 9. de iur. & fact. ign.* sic accipiendum est, non prodesse, lucro non afficere; cæterum nec damno. Cæterum meminisse oportet ejus, quod initio diximus, ita errorem juris non impedire quominus solutum condici possit, si nulla subsit naturalis obligatio. Quod si is qui solvit, natura qualisqualis debitor est, quæ res simul justam retentionis causam accipienti tribuat, hoc sane casu juris inter & facti errorem distinguendum erit, ut alteri denegetur repetitio, alteri concedatur. Ut ecce; cum essem filiusfam. mutuam pecuniam contra Senatusconsultum accepi, & paterfam. factus solvi: si per ignorantiam juris, non repetam; si per errorem facti, contra,

arg.

arg. l. qui exceptionem 40. *de cond. ind. l.* 9. *in fin. cum l. seq. iunct. l. ult. de sen. Mac.* Solvi legatum vel fideicommissum secundum voluntatem testatoris, sed minus solemnem, solvi integra legata non retenta quarta ex lege Falcidia; si errore facti repetitionem habeo; si errore juris, non item l. 2 *C. si adv. fol.* 7. *C. de cond. ind. l.* 9 *C. ad leg. Falc.* Non equidem ideo, quod hic solus error juris mihi noceat, sed quod simul intercedens naturalis obligatio, quam inducit voluntas testatoris per *l.* 2. *C. de fideicom. l. in testamento* 38. *de fideic. lib. l.* 5. § *si quis* 11. *de don. int. vir. & ux.* justam facit retentionem. Atque ad hujusmodi aut similes casus accommodandi sunt alij loci Codicis, in quibus fortè aut errori juris denegatur repetitio, aut errori facti tantum tribuitur: ut in *leg.* 10 *C. de jur. & fact. ign. l.* 6. *C. cond. ind.* Nam profecto ob hoc solum, quod ego in jure erravi, tu justam retinendi ejus, quod tibi nullo jure debetur, causam habere non potes: & hic melius est favere repetitioni, quam adventitio lucro per *l. non debet.* 41. §. 1. *de reg jur.*

Magis ex distractu, quam ex contractu] Obligatio indebiti per errorem soluti non est ex contractu: nam omnis ex contractu obligatio est ex mutuo consensu & conventione. At neque qui insolutum dat, eo animo est, ut accipientem sibi obliget; neque qui accipit, ut alteri obligetur: sed datur & accipitur obligationis, quæ subesse putatur, tollendæ causa. Verum, extra id quod agitur, tacitè hæc obligatio nascitur, *l.* 13. *in fin. commod. l.* nimirum ex consensu ficto & præsumpto, & ideo quasi ex contractu: nam & qui solvit, interpretatione juris existimatur eo animo esse, ut si indebitum sit, accipientem ad restituendum obliget; & qui accipit, ea conditione accipere, ut nihil alienum injuria retineat: quæ res speciem quandam contractus & negotij invicem gesti habet, *l. si in area.* 33 *de cond. ind.* verum autem contractum non efficit, *l. non omnis* 19. *de reb. cred.* quod etiam ex eo intelligere licet, quod condictio indebiti non datur ultra, quam locupletior factus est, qui accipit, *l. si non sortem* 26. § *libertus* 12. *de cond. ind.* si vero ex contractu & conventione descenderet, daretur in solidum. Illud paulo pinguius dicitur, accipientem obligari ex distractu: nam si esset ex distractu obligatus, ex quasi contractu non esset; quippe distractus & contractus nulla similitudo est: neque ex eo, quod verè & expressè agitur, hic nascitur obligatio sed extra id tacitè inducitur, ut jam ostensum est. Ac nè illud quidem verum est, ullum hic intervenire distractum, cum nulla præcedat obligatio, quæ distrahatur: neque putandum, hoc Imperatorem sensisse, cujus mens satis plana est, hæc scilicet, cum cui indebitum per error rem solutum est, non obligari ex contractu; quoniam qui solvendi animo pecuniam dat, non hoc agit, ut accipientem sibi obliget, sed ut obligationem, qua se teneri falso putat, distrahat & dissolvat; & qui accipit, non ea mente esse, ut se obliget alteri, sed ut alterum quem sibi obligatum existimat, ea obligatione liberet: quanquam neutrum revera fiat.

TEXTUS.

7. *Ex quibusdam tamen causis repeti non potest: quod per errorem non debitum solutum sit: sic namque definierunt veteres. Ex quibus causis inficiando lis crescit, ex iis causis non debitum solutum repeti non posse: veluti ex lege Aquilia, item ex legato. Quod veteres quidem in iis legatis locum habere voluerunt, quæ certa constituta, per damnationem cuique legata fuerant: nostra autem constitutio cum unam naturam omnibus legatis & fideicommissis indulsit, hujusmodi augmentum in omnibus legatis & fideicommissis extendi voluit: sed non omnibus legatariis hoc præbuit, sed tantummodo in iis legatis & fideicommissis, quæ sacrosanctis Ecclesiis, & cæteris venerabilibus locis, quæ vel religionis vel pietatis intuitu honorantur, relicta sunt: quæ si indebita solvantur, non repetuntur.*

NOTÆ.

7. REPETI NON POTEST] Quasi solutum transactionis causa ad evitandum periculum dupli.

EX QUIBUS CAUSIS INFICIANDO] Hoc est, ex quibus actio adversus confitentem in simplum datur adversus negantem in duplum, *l.* 23. § *per. ad leg. Aq.* § 26. *inf. de act.* Paul. 1. *sent.* 19.

ITEM EX LEGATO] Et tertio ex causa depositi miserabilis, *l.* 1. § 1. *& seq. depos. d.* § 26. *inf. de act.* Sed nec quod transactionis causa *l.* 65. § 1. *de cond. ind.* aut doris nomine datum est opinione debiti, repetitur, *l.* 32. § 2. *eod.*

NON REPETUNTUR] Nam sublata falsa opinione, relinquitur pietatis causa, ex qua solutum repeti non potest. Iulian, *l.* 32. § 2. *de cond. ind.*

COMMENTARIVS.

1 *Causæ, ex quibus lis per inficiationem crescit.*
2 *Cur ex his causis veteribus placuerit, indebitum per errorem solutum repeti non posse.*
3 *Nonnullæ aliæ causæ, ex quibus indebitum errore solutum non repetitur: & quid hic moribus nostris.*

SVnt quædam causæ, ex quibus indebitum per errorem solutum repeti non potest: cujusmodi sunt illæ, in quibus lis seu actio per inficiationem crescit, hoc est, ex quibus actio adversus confitentem in simplum datur, adversus negantem in duplum, *l. inde Neratius 23. §. pen. ad leg. Aquil. §. sed furti. 26. in f. de act. Paul. 1. sent. 19.* Crescit hoc modo lis per inficiationem tribus in
1 causis, uno loco comprehensis à Iustiniano *d. §. sed furti.* Primo in actione legis Aquiliæ de damno dato, *d. l. inde Neratius §. pen. l. item veniunt. 20 §. 4. de her. petit. l. 5. §. 2. de serv. corr. Paul. d. loc.* Deinde in actione depositi miserabilis, id est, quod tumultus, incendij, ruinæ, naufragij causa factum est, *l. 1. §. 1. cum seqq. depos.* Postremo in actione legatorum, religionis aut pietatis intuitu relictorum, *d. §. sed furti.* Ex his causis si quis per errorem solvit quod non debebat, ejus secundum definitionem veterum nullam repetitionem habet, *4. C. de cond. ind. & hic tit.* Cujus rei ratio perobscura est: nam manifesta æquitas reclamare videtur. Non habeo quod respondeam, nisi
2 quod verisimile est, certis in causis receptum fuisse, ut interrogati in jure, si negarent, & mendacij convincerentur, in duplum irent: unde postea inductum ut qui ex his causis conventus solvisset, quantumvis indebitum, non repeteret; quasi simplum ideo solverit, ne inficiando periculum dupli subiret, & ita quasi transigendo hoc periculum à se amovere voluerit. Oportet vero causam aliquam subesse, verbi gratia, damnum esse datum, licet fortè non ab eo, qui convenitur sed ab alio; legatum aliquod in pios usus relictum esse, licet fortè minus solemniter. Nam si nullum damnum datum sit, aut nihil relictum, puto, locum esse repetitioni: quod etiam interpretes notant. Excipiuntur & aliæ causæ, ex quibus indebitum per errorem solutum non repetitur, ut causa dotis, & transactionis. Quod dotis nomine solutum est, puta à matre aut sorore, licet falsa opinione de-
3 biti, tamen pietatis ratio efficit, ut non repetatur, uti traditum est in *l. cum is. 32 §. 2. de cond. ind.* Similiter quod transactionis causa datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur, ne lites resuscitentur, *l. in summa 65. §. 1. eod. l. 2. C. de transact.* Excipiunt & causam judicati; sed malè; quoniam regula est de indebito soluto: at quod ex causa judicati solvitur, id vel maximè debitum est: quippe quod etiam ab invito exigi potest: ut minus non sit, pecuniæ ex ea causa solutæ repetitionem non esse, *vid. Cuiac. par. C. de cond. ind.*

per damnationem] In legatis per damnationem dictis olim lis inficiatione crescebat. *Paul. 1. sent. 19.* quod in his legatis receptum fuisse videtur propter severitatem judicij testatoris, hæredem suum dare damnantis, haud secus ac judex reum convictum condemnat; quasi majori odio dignus sit, qui inficiatur, quod testator tam enixè voluit, & severè imperavit, quam qui legatum simpliciter datum negat.

Nostra autem constitutio] Constitutione Iustiniani, quæ extat in *l. 2. C. comm. de legat.* legatis omnibus & fideicommissis eadem natura attributa est. Illa autem constitutio, qua jus, de quo hic agitur, ad legata & fideicommissa religionis aut pietatis causa relicta coarctavit, non extat; & credibile est, Græcè scriptam intercidisse.

Religionis vel pietatis] Religionis intuitu quid relinquitur ecclesiis, cœnobiis: pietatis intuitu xenodochiis, nosocomiis, orphanotrophiis, &c. Nostris moribus jus hoc §. constitutum exolevit, nullaque lis crescit inficiando. *Græwen. d. leg. abrog. hic.*

TITULUS XXIX.

Per quas personas obligatio acquiritur.

Ratio ordinis.

HActenus expositæ sunt duæ illæ obligationum causæ, contractus & quasi contractus. Quoniam autem ex his causis non tantum per nosmetipsos & facto nostro obligationem acquirere possumus, sed etiam per eos, qui in potestate nostra sunt, vel revera, vel justa opinione nostra, de eo nunc conclusionis loco aliquid subjicitur, ad eundem modum, quo *sup. lib. 2.* disputationem de acq. rer. dominio concludit titulus *per quas pers. quis. acquir.* Vide etiam pleraque, quæ ad explicationem hujus loci pertinent, petere licebit: nam quod ad personas, per quas acquiritur, causam acquirendi, & rerum qualitatem pertinet, dominij & obligationis eadem ratio est.

TEXTUS.

Expositis generibus obligationum, quæ ex contractu vel quasi ex contractu nascuntur, admonendi sumus, acquiri nobis non solum

per

per nosmetipsos, sed per eas quoque personas, quæ in nostra potestate sunt, veluti per servos & filios nostros: ut tamen quod per servos nostros nobis acquiritur, totum nostrum fiat: quod autem per liberos, quos in potestate habemus, ex obligatione fuerit acquisitum, hoc dividatur secundum imaginem rerum, proprietatis & ususfructus, quam nostra decrevit constitutio: ut quod ab actione commodum perveniat, hujus usumfructum quidem habeat pater, proprietas autem filio servetur, scilicet patre actionem movente secundum novellæ nostræ constitutionis divisionem.

NOTÆ.

QUOD AUTEM LIBEROS] Quod ad personas, per quas acquiritur, causam acquirendi, & rerum qualitatem pertinet, dominij & obligationis eadem ratio est.

PATRE ACTIONEM MOVENTE] Utpote qui non nudus sit fructuarius, sed simul etiam legitimus bonorum administrator. Filij tamen consensus quoque adhibendus nisi adhuc in prima ætate sit constitutus, *l. ult. §. 3. C. d. t.*

NOVELLÆ NOSTRÆ CONSTITUT.] *d. l. ult.* Novellam vocat, eo quod lata est priore Codice jam edito. In summa sic habe. Ex castrensi & quasi castrensi peculio filius sibi pleno jure actiones acquirit, ex profectitio pleno jure patri, ex adventitio sibi proprietatem, patri usumfructum.

COMMENTARIUS.

VEluti per servos] Quemadmodum res cæteræ per servos nostros nobis acquiruntur, sic etiam obligationes, earumque jus integrum ac solidum ad dominum pertinet, *l. 1. & passim de stip. serv. & sup. eod. tit.* ubi de hoc explicatum est:

Quam nostra decrevit constitutio] Theophilus *dixerat, discrevit.* Intelligit autem *l. cum oportet. 6. C. de bon. quæ lib.* ubi ea omnia, quæ peculij adventitij nomine continentur, ita partitur, ut eorum usumfructum assignet patri, filio proprietatem. Peculij profectitij, castrensis & quasi castrensis quæ ratio sit, docetur §. 1. *sup. per quas pers. cuiq. acq.* Unde summatim illud intelligitur, ex castrensi & quasi castrensi peculio filium sibi pleno jure actiones acquirere, ex profectitio pleno jure patri, ex adventitio sibi proprietatem, patri usumfructum.

Secundum novellæ nostræ] Licet ex causa peculij adventitij filiosa. proprietas quæratur, patri tantum ususfructus, quod minus est: placet tamen, solum patrem actiones exercere & excipere, utpote qui non nudus sit fructuarius, sed simul etiam legitimus bonorum administrator. Adhibendus tamen est filij quoque consensus, nisi is in prima adhuc ætate sit constitutus, vel longè absit, *l. ult. §. ubi autem 3. C. de bon. quæ lib.* quæ est illa novella constitutio, cujus hic meminit Iustinianus. Novellam vocat, eo quod lata est priore Codice iam edito, qui solus tunc cum institutiones scriberentur, pro Codice erat. Nam constitutiones emissæ post priorem Codicem, novellæ vocitatæ sunt usque ad posterioris Codicis, cui insertæ sunt, editionem; quemadmodum nunc constitutiones promulgatæ post secundum Codicem, Novellarum titulo circumferuntur.

TEXTUS.

1. *Item per liberos homines & alienos servos, quos bona fide possidemus, acquiritur nobis, sed tantum ex duabus causis, id est, si quid ex operis suis, vel ex re nostra acquirant.*

2. *Per eum quoque servum, in quo usumfructum, vel usum habemus, similiter ex duabus istis causis nobis acquiritur.*

NOTÆ.

1. PER LIBEROS HOMINES, &c.] Vid. *sup. §. 4. per per quas pers. cuiq. acq.*

COMMENTARIUS.

ETiam per eos, qui à nobis bona fide possidentur, sive liberi sint, sive servi alieni; item per servos, in quibus usumfructum habemus, obligatio nobis acquiritur: cæterum duabus duntaxat ex causis, ex operis eorum & ex re nostra, Sed & hoc pluribus explicavimus *sub §. de iis autem 4. sup per quas pers. cuiq. acq.*

Vel usum] Has voces à vetustis quibusdam codicibus abesse notat Accurs. & probabiliter delebuntur. Nam sanè usuarius non idem jus habet, quod fructuarius, ut ex utraque prædicta causa acquirat. Constat enim ex oneris servi, in quo nudum usum habemus, nobis non aliter acquiri, quam si operis ejus utamur, in re nostra, *l. per servum 14. l. sita 16. §. 2. l. servum 20. de usu & habit. vid. sup. §. 3. eod. tit.*

TEXTUS.

3. *Communem servum pro dominica parte dominis acquirere certum est, excepto eo, quod nominatim uni stipulando, aut per traditionem accipiendo, illi soli acquirit; veluti cum ita stipulatur,* Titio domino meo dare spondes? *Sed si domini unius jussu servus fuerit stipulatus, licet antea dubitabatur: tamen post nostram decisionem res expedita est, ut illi tantum acquirat, qui hoc ei facere injsit, ut supra dictum est.*

COMMENTARIVS.

SI servus commun sit plurimum dominorum, quibus & quatenus acquirat, dices ex §. *ult. sup. de stip. serv. & ibi notat.*

Post nostram decisionem] Est *l. ult. C. per quas pers. nob. acq.* ubi veterum super re propositam controversiam decidens sic in summa cavet: Cum unus ex dominis servum stipulari jubet, & is nominatim alteri domino stipulatur, siquidem is, qui jussit servum stipulari, jussit specialiter, ut stipularetur sibi, seu suo jubentis nomine, statuit Justinianus, ut stipulatio acquiratur jubenti, ita ut hoc casu plus valeat jussio, quam nominatio: sin autem is qui jussit servum stipulari, simpliciter jussit, hoc casu vult obligationem acquiri nominato; ut hic nominatio plus valeat, quam generalis jussio: cuius distinctionis meminisse debuerat Tribonianus. Quod si simpliciter ab uno stipulari jussus, simpliciter quoque, id est, nullo dominorum nominato, stipulatus fuerit, hunc casum apud veteres jus centum habuisse indicat, ut tunc ei soli acquiratur, qui jussit.

TITULUS XXIX.

Quibus modis tollatur obligatio.

Continuatio. Quibus modis aut ipso jure, aut per exceptionem, tollatur obligatio.

EXplicatū hactenus, quibus modis obligatio contrahatur: commodū nunc subjungitur, quomodo rectè ab initio constituta distrahatur, eiusque nexu debitor liberetur, quanquam & differri hæc tractatio potuit, donec de obligationibus quoque quæ ex delicto, vel quasi ex delicto nascuntur, præceptum esset. Modi distrahendarum obligationum multi sunt, quorum alij ipso jure liberant, alij per exceptionem seu tuitione prætoris. Ipso jure liberant solutio, acceptilatio, novatio, dissensus utriusque partis interdum, obligationis confusio, *l. sicut 75. l. pen. de solut. l. 7. C. de pact.* debiti oblatio & consignatio, *l. 9. C. de solut.* compensatio, §. *in bona 30. inf. de act.* duarum causarum lucrativarum in eandem rem & personam concursus, *l. omnes 17. de obl. & act.* rei debitæ ante moram à debitore factam contingens interitus, *l. si ex legati 23. de verb. obl.* & si quæ sunt generis eiusdem. Per exceptionem liberantur testamento, pacto, sententia, jureiurando, tempore, &c. De liberatione per exceptionem dicetur *inf. lib 4. tit. de except.* Hic tantum traduntur modi, quibus obligatio perimitur ipso jure, atque ex his dumtaxat hi quatuor maximè celebres, solutio, acceptilatio, mutuus consensus. Plerosque alios data occasione alibi interpretati sumus.

TEXTUS.

Tollitur autem omnis obligatio solutione ejus, quod debetur; vel si quis consentiente creditore aliud pro alio solverit. Nec interest, qui solvat, utrum ipse, qui debet, an alius pro eo: liberatur enim & alio solvente, sive eo sciente, sive ignorante debitore, vel invito eo solutio fiat. Item si reus solverit, etiam ij, qui pro eo intervenerunt, liberantur. Idem ex contrario contingit, si fideiussor solverit: non enim ipse solus liberatur, sed etiam reus.

NOTÆ.

QUIBUS MODIS TOLLITUR] ipso scil. jure, de liberatione per exceptionem dicetur *lib. 4. tit. de except.*

SOLUTIONE] Quæ vox specialiter accepta denotat naturalem præstationem eius, quod debetur, ut hic, & *l. 49. l. 52. &c. de solut. l. 4. §. 3. de re iud.* generaliter autem accepta ad omnem liberationem pertinet, *l. 54. de solut. l. 176. de verb.*

ALIUD PRO ALIO] *l. 17. C. de solut.* Invito autem creditori aliud pro alio solvi non potest, *l. 2. §. 1. de reb. cred.* Qui nummos in alia forma reddit, non videtur aliud pro alio solvere, arg. *l. 1. de cont. empt. l. 6 §. §. 1. de verb. obl.* Sen. 6. *de ben.* 5. *Pecuniam dicimus reddidisse, quamvis numeravimus pro argenteis aureos: &c.*

VEL INVITO EO] *l. 23. l. 40. l. 53. de solut.*

quoniam

quoniam & naturali & civili ratione licet conditionem alterius, quamvis ignorantis & inviti, facere meliorem, *l. 39. de neg. gest.*

QUI PRO EO INTERVENERUNT] Puta fideiussores & mandatores. Sed & reliquæ accessiones liberantur, ut pignora & hypothecæ, *l. 43. de solut.*

SED ETIAM REUS] Et quidem ipso jure, de quo genere liberationis hic agitur.

COMMENTARIVS.

1 *Solutionis verbum quam latepateat, & quid in specie denotet.*
2 *Aliud pro alio invito creditore solvi non posse: consentiente autem posse. n. 8.*
3 *Quibus casibus æstimatio aut aliud pro re debita recte præstetur.*
4 *Ad justam solutionem requiri, ut solvatur simul & semel totum, quod debetur.*
5 *Confirmatur hæc sententia adversus opinionem Alciati, etiam partis solutionem invito creditore admittentis.*
6 *Respondetur ad argumenta, quibus movetur Alciatus.*
7 *Interdum nec parte à volente creditore accepta pro ea parte liberationē contingere, & quando.*
9 *Licere unicuique pro debitore solvere, etiam ignorante & invito; ut ipso jure liberetur; cum remotione contrariorum.*
10 *Quid si creditor solutionem ab alio oblatam recuset accipere. Et quid si alius pro emphyteuta velit canonem solvere, quo is pœnam commissi evitet.*
11 *Fideiussore simpliciter solvente utrum reus ipso jure liberetur, an per exceptionem.*

TOllitur omnis obligatio solutione] Primus modus, quo ipso jure obligatio tollitur, ex quatuor his propositis, est solutio. Solutionis verbum generale est & speciale. Generaliter acceptum ad omnem liberationem quocunque modo factam pertinet, referturque tunc non tam ad rei, quæ in obligationem deducta est, præstationem, quam ad ipsius obligationis quæ quavis liberatione tollitur, substantiam, *l. solutionis 54. de solut. junct. l. liberationis 47. l. solutionis 176. de verb. sign.* Specialiter autem accepta vox solutionis unum tantum tollendæ obligationis modum denotat, naturalem scilicet, sive realem, ut nunc loquuntur præstationem eius, quod debetur. Itaque contra in hac significatione solutio ad rem debitam refertur, quæ cum præstatur, solvitur, id est liberatur eo nexu, quo cum ipso debitore quodammodo tenebatur. Atque hoc modo acceptæ sejungitur solutio à satisfactione, & omnibus iis modis, quibus citra numerationem aliamve naturalem rei debitæ præstationem liberatio contingit, *l. solutum 49. l. satisfactio 52. l. prout 80. & c. de solut. 9. §. 3 de pign. act. l. 4. §. 3. de rei vind.* & in hac speciali significatione etiam accipitur hoc loco. Ait, *Omnis obligatio*, id est, cujuscunque ea sit generis, aut quomodocunque contracta, quod non item in alias omnes species liberationis cadit.

Ejus quod debetur] Recte *ejus, quod debetur:* 2
nam aliud pro eo, quod debetur, invito creditore solvi non potest, ut sequatur liberatio, *l. 2 §. 1. de reb. cred. l. cum 16. C. de solut.* veluti si pro pecunia debita certa species obtrudatur creditori, vel pro specie debita offeratur alia species aut speciei debitæ æstimatio: vel si factum pro facto solvatur *l. qui res 98. §. mihi 6. de solut.* Nummi quidem in alia forma reddi possunt, nisi hoc damnosum sit creditori, *l. creditorem 99. eod.* sed hoc casu non intelligitur aliud pro alio solvi, *vid. sup. not. ad pr. quib. mod. re contr. obl.* Sunt sane nonnulli casus, 3
quibus, placet debitorem posse æstimationem pro re debita præstare. Sed in singulares sunt: quippe in quibus necessitas hoc exprimit; veluti si res debita post moram periit; *l. 8. de cond. furt.* aut extat quidem sed aliena est, & eam dominus non vendat, *l. si domus 71. §. 3. de legat. 1.* similemque rationem habet species *l. non amplius 26. §. 2. eod. tit.* Idem aliquando suadet & favor; ut in casu *d. l. si domus, §. 3. in fin.* At vero extra hujusmodi casus & causas aliud pro re debita dissentiente creditore non recte solvitur, nisi forte debitor eam facultatem aliunde acceperit. Veluti in causa noxali: ex qua cum solam damni æstimationem dominus debeat, per legem tamen noxæ deditione liberatur, *l. 6. §. 1. de re indic.* item in obligationibus faciendi; ubi sibi factum non est, 7
quod fieri debuit pecunia deberi incipit, sed tamen debitor ante litem contestatam faciendo liberatur; quoniam hanc potestatem ab initio ex conventione accepit, *l. stipulationes 72. junct. l. sin fundum 84. de verb. oblig.* Ad hæc sciendum 4
est, ad justam solutionem requiri, ut solvatur simul & semel totum, quod debetur, utique si creditor desideret: natura enim obligationis postulat, ut eodem modo, quo quæque contracta est, dissolvatur, *l. prout 80. de solut. l. nihil 35. de reg. jur.* ac proinde non dissolvitur, nisi res inde debita ita præstetur, ut ab initio deberi cœpit: cœpit autem semel deberi tota, quæ obligationis conditio invito creditore mutari non potest. Sed quoniam hanc sententiam in dubium vocat & impugnat vir summi judicij & auctoritatis And. Alciatus in *l. quidam 21. de reb. credit.* contendens creditorem etiam partem debiti, quæ offeratur,

cogendum accipere, alioqui moram eum facere, & periculo rei oblatæ illigari; age paulo diligentius eam & explicemus & admittamus. Aio igitur, contra quam existimat Alciatus, debitorem non posse partem rei debitæ solvere invito creditore. Quod hanc habet sententiam, debitorem non posse partem debiti ita offerre, ut creditore recusante accipere, possit eam partem offerre & obsignare hoc effectu, ut vel oblatione mora eius, si qua intercessit, purgetur, vel obsignatione pro parte quam obtulit, liberetur: & quod idem fere valet, aio si debitor eius, quod totum ex aliqua causa debet, partem creditori offerat, licere creditori eam partem non accipere impune, nullumque esse huius obligationis effectum. Confirmat hanc sententiam præter id, quod modo attuli, de natura obligationis & jure creditori inde quæsito, quod respondetur *l. 3. fam. erc.* & quotidiana experientia docet, partium solutionem multa incommoda habere, & ideo damnosam esse creditori. Iam vero constat non posse cogi creditorem accipere, quod aliter offertur, quam obligatio contracta est, si ex ea re damnum aliquod metuat, *leg. creditorem 99. de solut.* Consentiat auctoritas Modestini *leg. tutor 41. §. 1. de usur.* ubi diserte Iurisconsultus respondet, debitore solam partem debiti obsignante, non retardari totius debiti usuratum præstationem, nisi expresse cautum sit, ut liceret & partem eius, quod acceptum est, solvere, ut in specie *leg. lecta, de reb. cred.* Consentit & illud, quod Impp. rescribunt, *l. 9. C. de solut.* obsignatione totius debiti solemniter facta liberationem contingere. Postremo, ita jus esse commune, vel ex eo intelligitur, quod jure singulari favore libertatis receptum est, ut hæres cogatur per partes accipere pecuniam, quam servus pro libertate dare jussus est, *l. 4. §. 6. de statu lib.* & quod in causis publicarum pensionum, quæ pro fundis patrimonialibus præstantur, propria quoque consideratione particularis solutio admissa, dum tribus continuis vicibus totæ exsolvantur, *l. penult. Cod. de collat. fund. patrim. lib.* 11. Non adversatur huic
6 sententiæ, quod ratio compensationis pro parte obligationem tollit, *l. 5. C. de compens. leg. 7. C. de solut.* Nam compensatio auctoritate legum vim justæ solutionis habet, id est, eius, quæ facta est volente creditore, atque ipso jure pro soluto est, quoad concurrentes quantitates, ex eo tempore, ex quo utrinque pecunia deberi cœpit, *leg. 4. C. de compens. l. 4. l. 11 & seq. ff. eod.* Neque textus in *l. ult. quibus mod. pign. vel hyp. solv.* ibi enim agitur de debitore ex diversis causis obligato, atque ex una earum solidum quod debet, offerente. Nos vero quærimus de uno debito & ex una causa. In contrarium quoque movit Alciatum, quod scriptum est in fine §. 1. *h. e tit.* id quod debetur, pro parte recte solvi: sed bene vulgo hoc sic accipitur, si creditor ad partis solutionem admittatur: & illud quod traditur *l. 2 §. 1. de verb. obl.* quasdam obligationes partium præstationem recipere, nimirum natura sua, an pars rei in obligationem deductæ præstari & à creditore accipi possit; ad differentiam earum, quæ natura divisionem non admittunt, ad quas hæc disputatio pertinere non potest. Non omnia argumenta Alciati indigent refutatione: ipse textus in *l. quidem 21. de reb cred.* quo præcipue movetur, nostram potius sententiam juvat: nam cum Iurisconsultus certum tantum casum proponat, quo creditor partem eius, quod petit, accipere cogitur, nempe cum debitor de reliquo, quod an debeatur, non apparet paratus sit judicio contendere, hoc ipso satis significat, regulam esse in contrarium. Eademque sententia est *l. 8 si pars hær. pet.* Illud in confesso, nec 7
parte à volente creditore accepta semper pro ea parte debitorem liberari; sed conditionem obligationis hic inspiciendam esse. Si obligatio non solum naturâ rei dividua est, sed etiam conditione sua, veluti si res una aut coniunctim plures, quæ divisionem admittunt, promissæ sunt liberatio pro parte contingit: sin minus, non nisi toto soluto, *l. 9. §. 1. l. si is cui 94 pr. de solut. l. 2. §. 1. de verb. obl.* Conditione sua divisionem non recipiunt, quamvis alioqui res natura sua dividuas continuant hæ tres, obligatio generis, alternativa, pœnalis: in quibus omnibus placet debitorem partem rei solvendo pro ea parte non liberari, obstante nimirum conditione obligationis. In stipulatione pœnæ hoc aperte efficit ipsa conditio, neque aliud sine manifesta iniuria stipulatoris constitui potest, *l. 5 § ult. de verb. obl. add. l. in executione 85. cod.* Ex duabus autem prioribus liberum quidem est debitori unam aliquam rem ex promissis solvere, non autem duarum rerum partes, quod alias evenire posset, *d. l. 2. §. 1. d. tit. d. l. 9. §. 1. de resolut.* In acceptilatione hoc non metuitur, & ideo etiam in hoc genere pro parte accepto lata liberatio contingit, *l. qui hominem 17. de acceptil. d. l. 2. §. 3 de verb. obl.* An quod in idem debetur, etiam ante diem recte solvatur, dixi sub § 2. *sup. de verb. obl.*

Consentiente creditore] Creditore consentiente etiam res alia pro alia recte solvitur, proficitque eo ad liberationem non minus, quam si eadem res soluta esset, *l. manifesti 17. C. de solut.* nempe creditori contento rem aliam pro debita accepisse satisfactum est. Satisfactio autem certo iure pro solutione cedit, *l. satisfactio 52. de solut.* Enim vero ita demum hic nascitur liberatio, si res soluta in solidum accipientis fiat, ut avocari non possit, alioqui & manet pristina obligatio, & manet

pro

pro solido, etiamsi pars tantum evicta fuerit, *l. si quis aliam 46. eod t.* quod idem juris est in solutione ipsius rei debitæ, quæ propria fuit debitoris, *l. si rem meam 20. l. cum quis 38. §. 3. l. qui decem 72. §. pen. eod.*

Nec interest, quis solvat, &c. Non tantum debitor ipse recte solvit; sed etiam alius pro eo, ut ista solutione non minus liberetur, quam si ipse solvisset. *l. manifesti 17. C. de solut.* Quinimo placet licere cuique pro debitore solvere etiam ignorante eo & invito, *l. solutione 23. l. si pro 40. l. solvere 53. eod.* idque naturalis simul & civilis ratio suasit, per quam licet conditionem alterius, quamvis inviti aut ignorantis, facere meliorem, *l. solvendo 39. de neg. gest. d. l. soluere. de solut.* Neque obstat, quod traditur in *l. invito 69. de reg. jur.* invito beneficium non dari. Nam hoc vel ad beneficia quæ à legibus conceduntur, referendum est, quibus uti nemo cogitur, *l pen. C. de pact.* Vel eo sensu hoc dictum accipiemus, quo illud Lesbonici apud Plautum in *Trinum, act. 3 scen. 2.*

Nullum beneficium.

Esse duco, quod quoi facias, non placet.

Item illa Senecæ *2. de benef. 19. Non est beneficium accipere cogi: Non est beneficium debere, cui nolis.* Et Theodorici regis apud *Cassiod. lib. 5. epist. 39. Non est defensio, qua præstatur invitis. Suspectum est, quod patiuntur nolentes* &c. & alibi: *Non est beneficium, quod præstatur invitis: nec cuiquam videtur utile, quod adversa voluntate conceditur.* Similiter nec pro beneficio reputandum erit, invitum & repugnantem liberari. Plane, si consideremus animum benefacere volentis, & commodum, quod revera ad alium inde pervenit, non malè beneficium etiam illud appellabimus, quod præstatur nolenti & invito. Sic Seneca 5. *de benef 20. Non est*, inquit, *dubium, quin beneficium sit etiam invito prodesse.* Idem *lib. 6. c. 23. & 24.* docet, beneficiorum maxima esse, quæ à parentibus accipimus, dum aut nescimus, aut nolumus.

Liberatur enim & alio solvente] Et liberatur non ope exceptionis, sed ipso jure, perinde ac si ipse solvisset, ut ex hoc loco & præcitat. ll. intelligitur: efficitque hoc ipsum etiam manifesta ratio juris: nam cum creditor accipit, quod est in obligatione, necesse est, eam extingui, ipsoque jure liberari debitorem. Nec adversatur *l. 6. in fin. de dol. mal. exc.* alius enim casus ibi proponitur, atque ab eo, de quo hic quæritur, longe diversus scilicet cum quis alij solvit, quam cui debebat. Igitur ad effectum liberationis, quæ debitori contingit à veteri obligatione, nihil interest, ipse solvat, an alius pro eo: nihil item, utrum alius solvat pro debitore sciente & volente, an pro ignorante, adeoque pro invito & vetante. Ad jus vero repetendi quod attinet, hoc interest, quod ejus, quod pro invito solvi, recuperandi causa nullam actionem habeam; quod solvi pro volente, repetere possim actione mandati; quod pro ignorante, actione negotiorum gestorum, *l. 6 § 2. l. ex mandato 20 §. 1. l. si pro 40. mand. l. ult. C. de neg. gest.*

Ignorante debitore vel invito] Si quid si creditor hoc casu solutionem ab extraneo oblatam recuset accipere, nonne audiendus erit? Minime quia nihil ejus interest, quis solvat. Et quod jure cuique facere licet, id etiam licet creditori invito. Non cogitur quidem præcise creditor accipere; nam nec ipso quidem debitore efferente cogeretur: sed quod debitor hic facere potest, idem potest & extraneus, pecuniam scilicet oblatam obsignare & deponere, quæ obsignatio pro solutione cedit. *leg. 9 Cod. de solut.* Plane, si creditoris interfit solutionem ab alio oblatam non recipere, puto recusantem audiendum esse: & ideo, quod quidam existimaverunt etiam emphyteutæ ad evitandam pœnam commissi prodesse solutionem ab alio etiam proprio nomine, quamvis nullo jure obstricto, factam, si forte solvens jus pignoris in re emphyteutica sibi constitutum conservare velit, (quippe quod resoluto jure emphyteutæ & ipsum evanesceret, *leg. lex vectigali 31. de pignor.*) *argum. l. 12 § 2. vers. non solum, de usufr. & l. leg. 31. de pignor.* simpliciter probandum non est; sed tunc demum, ubi dominus ultro eam solutionem admisit: nam si recuset accipere, non dubito; quin id jure faciat; quoniam per solutionem non ex voluntate emphyteutæ factam non recognoscitur dominus, ut oportet, ab ipso emphyteuta, neque potest quisquam conditionem alterius deteriorem facere, *l. solvendo 39. de neg. gest.* Ita sentio cum *D. Tuld. comm. hic, c. 1.* Plane, si res emphyteutica ad tertium pervenerit, qui canonem solvit tanquam emphyteuta, magis est, ut solutio vero emphyteutæ prosit, adi *Tas. in l. C. de jure emph. col. 20. quæst. 25. Tiraqu. de retract. gentil. §. 36. gloss. 2. num. 19. add. D. Bachou. lib. 5. de pign. c. 13. num. 3. & in Treuil. vol. 2. disp. 19. thes. 3.*

Qui pro eo intervenerunt] Ut puta fidejussores, & mandatores. Sed & reliquæ accessiones liberantur, ut pignora & hypothecæ, *l. in similibus 43. de solut.* Ratio perspicua est, quia sublata re principali etiam ea, quæ accessionis locum obtinent, intercidere necesse est.

Sed etiam reus] Et igitur eodem quoque modo reus liberatur solvente fidejussore quo fidejussor solvente reo, hoc est ipso itidem jure. De quo genere liberationis hic agitur. Interpretes vulgo id quidem admittunt, cum fidejussor expresse solvere dicit nomine rei: cæterum si solvat simpliciter, quasi suo tum nomine solvere intelli-

ntelligatur, contendunt, reum ipso jure obligatum manere & defendi duntaxat per exceptionem doli mali, ne bis idem creditor consequatur, *arg. l. Papinianus* 38. *mandat.* Ego vero cum Giphanio & Bachovio fidejussoris & mandatoris diversam in proposito causam arbitror. Nempe fidejussor ipsam obligationem rei principalis in se suscipit, dum quod alius debet, fide sua esse jubet; ac proinde si solvat fidejussor, ea solutio non potest non intelligi facta ejusdem obligationis nomine, quam idcirco tolli necesse est, & reum quoque principalem ipso jure liberari, secundum hunc rectum. *Ant. Fab. Cod. suo defin.* 17 *de fidejuss.* Mandati vero alia ratio est. hoc enim nihil commune habet cum contractu creditoris, qui verbi causa meo mandatu pecuniam credidit Titio. Itaque nisi ego expresse nomine Titij solvero, ratio suadet ut Titius non liberetur ipso jure: quoniam meo nomine ex causa mandati solvisse intelligor: & ideo creditor adhuc actiones suas adversus debitorem mihi præstare & potest & debet, *d. l.* 38. *mand. l. Stichum* 95. § *propen. de solut.* quod secus est, si solutio facta sit à fidejussore, & in solvendo de cedendis actionibus nihil cautum. *l. fidejussoribus* 17. *l. cum is* 36. *l. ut fidejussor.* 39. *l. Modestinus* 76. *de solut. cum similibus, vid. sup.* § *sequitur* 4. *de fidejuss.*

TEXTUS.

1. *Item per acceptilationem tollitur obligatio. Est autem acceptilatio imaginaria solutio. Quod enim ex verborum obligatione Titio debetur, id si velit Titius remittere, poterit sic fieri, ut patiatur hæc verba debitorem dicere: Quod ego tibi promisi, habesne acceptum? & Titius respondeat, Habeo. Sed & Græce potest acceptilatio fieri; dummodo sic fiat, ut Latinis verbis solet: Ἔχεις λαβὼν ὅσα ἐπώησα τόσα ἔχω λαβών. Quo genere (ut diximus) tantum ea solvuntur obligationes, quæ ex verbis consistunt, non etiam cætera. Consentaneum enim visum est, verbis factam obligationem aliis posse verbis dissolvi. Sed & id, quod alia ex causa debetur, potest in stipulationem deduci, & per acceptilationem dissolvi. Sicut etiam quod debetur, pro parte recte solvitur; ita in parte debiti acceptilatio fieri potest.*

NOTÆ.

1. PER ACCEPTILATIONEM] Quæ est verborum conceptio, quibus creditor, cui verbis quid promissum est, rogatus à debitore, an id, quod ita debetur, acceptum ferat, respondet sè acceptum ferre. Definitio Modest. *l.* 1 *de accept.* obscurior est.

IMAGINARIA SOLUTIO] Acceptilatio imaginem solutionis gerit: nam qui accepto fert, ita debitorem liberat, quasi sibi solutum esset, *leg.* 5. *l.* 16. *eod.*

SED ET GRÆCE] *l.* 8 § *ult. eod.* ubi Vlp. *Hoc jure*, inquit, *nos utimur, ut juris gentium sit acceptilatio*, à quo, ut antecedente, ducit hoc consequens, quod etiam Græce acceptum fieri potest.

CONSENTANEUM VISUM EST] *l.* 80. *de solut. l.* 35. *de reg. jur.* Plane si quod ex alia obligatione debetur, acceptilatum fuerit, proderit id debitori ad exceptionem, *leg.* 19. *de accept.* Nam inutilis acceptilatio saltim vim pacti habet, *d. l.* 8. *pr.*

PRO PARTE RECTE SOLVITUR] Intellige consentiente creditore, per *l.* 3. *fam. ercisc. l.* 41. *de usur. l.* 9. *C. de solut.*

COMMENTARIVS.

1 *Explicatur Modestiana acceptilationis definitio*
2 *Traditur alia plenior & planior.*
3 *Acceptilationem non videri recte dici speciem stipulationis.*
4 *Solutionis & acceptilationis communia & propria & n.* 7.
5 *In forma acceptilationis quæ considerandæ.*
6 *Materia seu objectum.*

ETiam acceptilatione ipso jure tollitur obligatio. Acceptilatio definitore Modestino, est liberatio per mutuam interrogationem, qua utriusque contingit ab eodem nexu absolutio, *l.* 1. *de accept.* Sed hæc Iurisconsulti definitio dura pleriſque & absurda videtur; neque sane immerito. Nam primum in acceptilatione uterque alterum mutuo non interrogat, sed debitor duntaxat interrogat creditorem: deinde nec uterque per acceptilationem liberatur, sed solus debitor, qui & solus obligatus est. Sunt, qui hanc definitionem Modestini, propter illa verba, *per mutuam interrogationem*, accipiendam existimant non de quavis acceptilatione, sed de ea tantum, quam præcedit novatio & stipulatio Aquiliana; quoniam hæc species sola mutua interrogatione constet, in stipulatione Aquiliana debitor interrogetur, in subsequente

sequente acceptilatione vices commutentur, & interrogetur creditor: nec obst re quod distinctæ sunt speciis, stipulatio Aquiliana, & acceptilatio; quæ illam perimit: ut enim verbo stipulationis Aquilianæ & acceptilatio quæ eam sequitur, significatur; *l.5 l.15. de transact. l.3. Cod. eod.* ita acceptilationis verbo plerumque & eam, quæ præcessit, stipulationem adsignificari. Cujac 5. *obs.* 36. *Hotom.* 3. *obs.* 18. Cæterum probabilius meo quidem judicio vidimus, Jurisconsultum abusive mutuam interrogationem appellasse, quæ in se quidem una est, sed mutuum habet & subsequentem responsionem, tanquam partem præcedentis interrogationis; ut definitio generaliter concepta, & in exordio tractationis de acceptilatione proposita, ad utramque speciem referatur, & tam simplicem, quam eam, quæ fit præposita stipulatione Aquiliana, complectatur. Quod autem Modestinus ait, per acceptilationem contingere utriusque ab eodem nexu absolutionem, id non passive in persona utriusque accipi debet, sed passive in persona debitoris, active in persona creditoris; ut hæc sit sententia, acceptilatio est liberatio, qua debitor absolvitur, & creditor absolvit, ab eodem nexu, quo debitor
2 nectitur, & creditor nectit. Plena & magis perspicua definitio hæc est, Acceptilatio est verborum conceptio, quibus creditor, cui verbis quid promissum est, rogatus à debitore an id, quod ita debetur, acceptum ferre se respondet, sese acceptum ferre liberandi ejus causa. Est verborum conceptio, quoniam verbis transigitur; id est, interrogatione & responsione certis verbis conceptis, quæ liberationi conveniunt, *l.1. C. de accept.* quæ ita vetustate promissu usurpata sunt hæc, *acceptum ferre, acceptum facere, acceptum habere, l.6. l.7. l.13 §. 1. & de inceps, §§. & ll. seqq. eod.* Hinc autem intelligimus, acceptilationem non fieri nudo consensu: fieri autem ac liberare sine solutione. In quo differt ab apocha, quæ debitorem non liberat, nisi pecunia vere soluta sit, *l. si*
3 *accepto* 19. §. 1. *eod.* Reliqua definitionis materiam & finem indicant, removentque hinc stipulationem, quæ quidem & ipsa verborum conceptio est, sed ad obligandum, non ad liberandum, comparata. Scio nonnullos acceptilationem speciem facere stipulationis, quibus stipulatio duplex est, una obligatoria, altera liberatoria. (Tuldenus dissolutoriam vocat) arguin. *leg. si unus* 27. §. 2. *de pact.* Sed neque veterum usui, neque finis stipulationis, neque novationi verbi convenit, distractum nomine stipulationis appellare: & verba hæc Jurisconsulti *in d. l.* 27 §. 2. *Sicut tollitur stipulatio per stipulationem*, non sunt accipienda de acceptilatione, sed de stipulatione novandi causa interposita. Addit enim, *Si hoc actum est.* Quæ verba auctores nostri usurpare solent, cum de novatione, non cum de acceptilatione tractant, *l.2. l.6. & pass. de novat.* ita & *D. Cujac. in d. l.* 27. §. 2. *de pact.*

Imaginaria solutio] Solutio naturaliter obligationem resolvit; acceptilatio civiliter, *l. pen. de solut.* nam in solutione debitor aliquid re ipsa & actu præstat, in acceptilatione nihil: sed tamen quasi præstiterit, liberatur; & acceptilatio solutioni comparatur, *l.7. §.1. de lib. leg.* adeo ipse imaginem solutionis gerit: nam qui accepto fert, ita debitorem liberat, quasi sibi solutum esset: unde acceptilatio exemplo solutionis liberare dicitur, *l.5. de accept.* & veluti solvisse videri, cui accepto latum est, *l.16. eod.* Pertinet autem hæc comparatio ad effectum liberationis, non ad potestatem liberandi. Etenim in solutum accipiendo tam extraneus quivis, qui modo potestate creditoris instructus, quam ipse creditor, debitorem liberat, *l.11. l.14. §. 1. de solut.* & contra debitor liberatur, non modo si ipse solvat, sed etiam si quivis alius pro eo, quamvis ignorante & invito ut dictum *pr. huius tit.* At verò acceptilatione nemo debitorem liberare potest, præterquam ipse creditor, nemo liberari, nisi ipse debitor per se: adeo ut nec pupillus per tutorem, nec dominus per procuratorem, licet ex proposito speciali mandato, liberentur aut liberent, *l.13. l. tutor* 10. *l. pen. de acceptil.* quoniam solvi et actus legitimi solemnitas per alium peragi non potest, *leg. nemo* 123. *iunct. l. actus* 77. *de reg. iur.* Etenim quo recta nequit, eo obliqua via pervenitur adhibito remedio novationis. Videlicet ut tutor pupilli, aut procurator, speciale mandatum habens, domini obligationem novatione in se transferant, translatamque deinde suo nomine acceptum ferant aut rogent *d. l.* 13. §. *tutor* & cave aliud colligas ex *l.3. eod. Cujac.* 15. *obs.* 16.

Grace potest fieri] Forma acceptilationis est illa, quam supra exposui, verborum conceptio, ad liberandum comparata. Itaque & verba intervenire necesse est, & talia, quæ liberationi conveniant. Et olim quidem hic actus, utpote civilis & legitimus, civibus duntaxat & legitimis verbis, ac proinde non nisi Latinis, explicari potuit: sed postquam usu ita res causa receptum fuit, ut acceptilatio etiam cum peregrinis & juris civilis incapacibus recte instituerentur, illud quoque admittendum fuit, ut interponi posset etiam peregrina lingua. Quod significat Ulpianus *l.2. §. ult. de accept.* Ubi ait, *hoc iure nec uti, ut iuris gentium sit acceptilatio*, id est, ut etiam ii, qui cives non sunt, accepto rogent & ferant. Unde mox, *& ideo puto* inquit, *& Grace posse acceptum fieri* ducens hoc consequens ab illo antecedente. Atque hoc in acceptilatione haud dubie exemplo stipu-

lationis inductum, quæ & ipsa antea Latinis tantum verbis concipiebatur; sed usu ejus peregrinis communicato, obtinuit, ut etiam lingua peregrina, id est, quavis alia, quam Latina, fieri posset; dummodo sensus congrueret, uterque vel per se vel per verum interpretem linguam intelligeret, *l. 1. §. ult. de verb. obl.* §. 1 *sup. eod.* In forma acceptilationis illud observandum, ne concipiatur in diem aut sub conditione, alioqui nullius momenti erit. Quippe quæ exemplo solutionis liberare solet, *l. 4. & l. 5. de accept.* & actus est legitimus, cujus generis actus per temporis vel conditionis adjectionem vitiantur, *l. actus 77. de reg. iur.* Plane quod in diem aut sub conditione debetur, pure acceptum ferri potest, quamvis eadem illa huic acceptilationi tacite insint, ac proinde non prius valeat, quam si conditio exitgerit aut dies venerit. Sed novum non est, ut ea non expressa non noceant, quæ aperte comprehensa vitium afferunt, *l. 12. de accept. d. l. actus 77. de reg. iur. l. expressa 195. eod.* Eleganter hæc explicat D. Brissonius *lib. 2. de solut. tit. de acceptil.*

6 *Quæ verbis consistunt, non etiam cætera* Materia sive res, quæ in acceptilationem deduci potest, est debitum verbis antea contractum. Primum ut valeat acceptilatio, debitum esse oportet, quod acceptum rogatur & fertur: si aliud, quam quod debetur & revera est in obligatione, acceptum rogatum aut latum fuerit, acceptilatio inutilis est, nec inde liberatio nascitur, *l. 6. in fin. l. 13. §. 2. & §. eum qui. eod.* & hoc est, quod definitur in *l. 14. eod.* nisi consentiat acceptilatio cum obligatione, & nisi verum sit, quod in acceptilatione demonstratur, imperfectam esse liberationem; videlicet propter defectum materiæ, cui acceptilatio seu liberatio applicetur: de quo vid. *D. Ioan. Vvamos. sent. 1. conf. 73. n. 13.* Præter debitum autem si quid amplius adiiciatur, non vitiatur quidem acceptilatio, sed adjectum nullius est momenti, *l. 15. eod.* Secundo id debitum solum acceptilatione perimi potest, quod verbis contractum est, non alia obligatio: siquidem naturæ convenit, eodem genere unumquodque dissolvi, quo colligatum est: & ideo cum acceptilatio verbis conficiatur, consentaneum, solas verborum obligationes acceptilatione posse tolli, *l. 8. §. 3. eod. l. nihil. 35. de reg. iur. l. prout 80. de solut.* Plane, quod ex alia obligatione deberur, accepto latum fuerit, ersi hoc debitori ipso jure ad liberationem non proficit, pacti tamen conventi vel doli mali exceptione se tueri poterit, *l. si acceptilatio 19. de accept.* nam inutilem acceptilationem saltem vim pacti habere placuit, nisi quid aliud impediat, *l. 8. pr. eod.*

Quod ex alia causa debetur, potest in stipulat. deduci] Etsi debita, quæ non ex verborum obligatione veniunt, acceptilatione directe tolli nequeunt, oblique tamen possunt, remedio novationis & stipulationis Aquilianæ, per quam in verborum obligationem prius convertantur, aut obligatio jam verbis constans mox verbis itidem dissolvatur: de quo mox plura.

Pro parte recte solvitur] Intellige, consentiente creditore: qua de re abunde dictum in exegesi *pr. hujus tit.*

Pro parte debiti acceptilatio fieri] Dum debitum 7
sit, totum an pars accepto feratur, ad acceptilationem nihil interest, *l. 9. l. 10. l. 13. §. 2. de accept.* & pro parte accepto lata contingit liberatio, quamvis alias obligatio conditione sua divisionem non admittat, *l. qui hominem 17. eod.* quod in solutione contra est, *l. 2. §. 1. de verb. obl. l. 9. §. 1. de solut.* discriminis rationem superius indicavi. Illud monere plane supervacuum est, si res in stipulationem deducta natura sua divisionem non recipiat, veluti servitus prædij, acceptilationem in partem nullius esse momenti, *d. 13. l. §. 1. de acceptil.*

TEXTUS.

2. *Est autem prodita stipulatio, quæ vulgo Aquiliana appellatur, per quam contingit, ut omnium rerum obligatio in stipulatum deducatur, & ea per acceptilationem tollatur. Stipulatio enim Aquiliana renovat omnes obligationes, & à Gallo Aquilio ita composita est,* Quicquid te mihi ex quacunque causa dare facere oportet oportebit ve, præsens in diemve, aut sub conditione: quarumcunque rerum mihi tecum actio est, quæque adversus te petitio, vel adversus te persecutio est eritve; quodve tu meum habes, tenes, possides, dolove malo fecisti, quo minus possideas: quanti quæque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spopondit Numerius Nigidius. Quod Numerius Nigidius Aulo Agerio spopondit, id habereтne à se acceptum Numerius Nigidium Aulum Agerium rogavit. Aulus Agerius Numerio Nigidio acceptum fecit.

COMMENTARIVS.

CAquilius Gallus, homo Iurisconsultissimus, cujus in formulis concipiendis singularis quædam

quædam prudentia extitit, ut constat ex ea de dolo malo, quam Cicero 3. *offic.* everriculum omnium malitiarum appellat, & ea de posthumo nepote, vivo adhuc filio, hærede instituendo, *l. Gallus* 29. *de lib. & posth.* stipulationis formulam prodidit, in quam quæ non verbis contractæ essent obligationes translatæ, acceptilatione deinde perimerentur: quæ stipulatio ab auctore suo Aquiliana dicta est.

Renovat omnes obligationes] Et sic via est ac ratio, per quam usus acceptilationis, per se aliquanti angustus, & intra verborum obligationes consistens, dilatetur. Stipulationis Aquilianæ frequens olim usus fuit in transactionibus, *l.* 2. *l.* 4. *l.* 5 *l.* 15. *de transact. l.* 3. *l* 4 *C. eod.* Apud nos autem supervacua est; quoniam moribus hodiernis, ut alibi diximus, stipulationum solemnitas exolevit, pactaque nuda eandem vim habent, quam stipulatio.

Ita composita est] Exhibetur hic ex Florentino *l.* 1. §. 1. *hoc sit.* formula stipulationis novantis, uti ea ab Aquilio concepta est: sic autem est concepta, ut nobis præbeat certissimum anxiæ veterum in cautionibus componendis diligentiæ argumentum, in qua ne quid omissum videretur, multa ex abundanti sunt adjecta. Verba obiter excutiemus.

Quicquid te mihi ex quacunque causa] Causa negotium significat & obligationem, latiusque patet contractu: nam & ad eas obligationum species pertinet, quæ ex maleficio vel quasi ex maleficio proficiscuntur, *l.* 9. *de reb. cred.*

Dare facere] Sine conjunctione hæc proferri solent, ut pleraque alia, veluti *uti frui*, *ire agere*, *dare legare*, &c. innuunt autem, omnem obligationem vel in dando vel in faciendo consistere.

Oportet oportebitve, præsens, in diemve, aut sub conditione] Verbo *oportet* præsens tantum debitum demonstratur, *l. si stipulatus* 76. §. 1. *de verb. oblig.* verbo *oportebit* etiam quod in diem aut sub conditione debetur; utrumque enim comprehendit, *l.* 8. *de verb. sign.* Hoc autem verbum *oportet* non ad facultatem judicis, qui potest vel pluris vel minoris condemnare, sed ad veritatem refertur, *l.* 37. *de verb. sign.*

Tecum actio, petitio, persecutio] Actio in personam est, petitio in rem, persecutio ad extraordinarias magistratuum cognitiones pertinet, *l. pecunia* 178. §. 2. *de verb. sign.* Sensus ergo est, quicquid actione in personam consequi, vel vendicare, vel magistratu cognoscente extra ordinem persequi potes.

Quodve tu meum habes] Hæc abundant: ex superioribus enim satis intelligi poterant, cum suum cujusque sit, cujus vendicandi jus habet, *leg. Quintus* 27. §. 2. *de aur. arg. leg.*

Habes, tenes, possides? Tenere ad factum refertur, possidere etiam ad jus. Habere dicimur & jure dominij & jure possessionis & mera detentione, *l. habere* 188. *de verb. sign. l. stipulatio* 38. *hæc quoque* 7. *& 2. seqq. de verb. obl.* quaquam hæc distinctio non perpetua.

Dolove malo feceris, &c.] Dolus enim pro possessione est, semperque possidere intelligitur, qui dolo fecit quo minus possideat, *l. parem* 130. *l. ad ea* 157. §. 1. *de reg. jur.* Cætera per se satis plana sunt.

TEXTUS.

3. *Præterea novatione tollitur obligatio, veluti si id, quod tibi Seius debebat, à Titio stipulatus sit. Nam interventu novæ personæ nova nascitur obligatio, & prima tollitur, translata in posteriorem: adeo ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis jure tollatur: veluti si id, quod tu Titio debes, à pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuerit. Quo casu res amittitur. Nam & prior debitor liberatur, & posterior obligatio nulla est. Non idem juris est, si à servo quis fuerit stipulatus: nam tunc prior perinde obligatus manet, ac si postea nullus stipulatus fuisset. Sed si eadem persona sit, à qua postea stipuleris, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit, forte si conditio aut dies aut fidejussor adjiciatur aut detrahatur. Quod autem diximus, si conditio adjiciatur, novationem fieri, sic intelligi oportet, ut ita dicamus factam novationem, si conditio extiterit: alioqui si defecerit, durat prior obligatio. Sed cum hoc quidem inter veteres constabat, tunc fieri novationem, cum novandi animo in secundam obligationem itum fuerat, per hoc autem dubium erat, quando novandi animo videretur hoc fieri, & quasdam de hoc præsumptiones aly in aliis casibus introducebant, ideo nostra processit constitutio, quæ apertissime definivit, tunc solum novationem prioris obligationis fieri, quoties hoc ipsum inter contrahentes*

expressum fuerit, quod propter novationem prioris obligationis convenerunt: alioqui & manere priſtinam obligationem, & secundam ei accedere, ut maneat ex utraque causa obligatio secundum nostræ constitutionis definitionem, quam licet ex ipsius lectione apertius cognoscere.

NOTÆ.

3. NOVATIONE TOLLITUR OBLIGATIO] Sed ita, ut in locum ſublatæ nova ſubſtituatur, *l.* 1. *de novat.* Fit autem hæc converſio verbis ſeu ſtipulatione, *d. l.* 1. §. 1. *l.* 2. *l.* 5. *& paſſ. eod.*

INTERVENTU NOVÆ PERSONÆ] Non quæ alienæ obligationi accedat adpromittendo, ſed quæ alienam obligationem in ſe transferat expromittendo. Quod ſi mandatu debitoris id fiat, ſpecies novationis eſt quæ delegatio dicitur. *l.* 11. *eod.*

ET PRIMA TOLLITUR] Adeo ut prioris obligationis acceſſiones liberentur, *l.* 18. *eod.* niſi & ſequenti obligationi acceſſerint, *l.* 4. *C. de fidejuſſ.* Alia autem cauſa eſt novationis neceſſariæ, quæ fit per litis conteſtationem, *l.* 29. *eod. l.* 86. *& ſeq. de reg. jur.*

INUTILIS SIT] Non ratione formæ, ſed effectus, ut exemplum ſubjectum declarat. Eadem ratione ſi expromiſſor non ſit ſolvendo, prior tamen obligatio tollitur: etiam in caſu delegationis: quia bonum nomen facit creditor admittens delegatum, *l.* 26. § 2. *mand.*

IN POSTERIORE STIPULATIONE NOVI] Vid. *l.* 5. *l.* 8. §. 1. *l.* 14. *l.* 24 *l.* 31. *eod.*

NOSTRA CONSTITUTIO] *l. ult. C. eod.* ubi, ut materiam litium præciderat, in univerſum definivit, non aliter novationem prioris obligationis fieri, quam ſi hoc inter contrahentes expreſſum ſe novandi animo, &c. quæ tamen conſtitutio ex ſententia communi non pertinet ad delegationem. Uveſ. *par. de novat. n.* 8.

UT MANEAT EX UTRAQUE CAUSA OBLIGATIO] ac proinde creditor ex utraque agere poſſit, & cum fidejuſſoribus quoque prioris obligationis. Plane ſi ex una obligatione ſolutum erit, altera quoque continuo tollitur; quia ſunt obligationes unius rei, *l.* 8. §. *ult. eod.*

COMMENTARIVS.

1 *In novatione qua neceſſaria, & an aliter, quam per ſtipulationem præcedens obligatio novetur.*
2 *Vera novationis effectus.*
3 *Quot modis novatio fiat: ubi & de delegatione.*
4 *De novatione, quæ fit per litis conteſtationem: & quantum hæc differat à vera & voluntaria.*
5 *Quis effectus, ſi quis quod alius debet, à pupille ſtipuletur ſine tutoris auctoritate: & cur diverſum ſi à ſervo.*
6 *Si ab eodem debitore quis ſtipuletur, quando novatio fieri intelligatur.*
7 *Quid novi juris à Juſtiniano conſtitutum circa novationem: ubi multa notabilia.*

NOvatione quoque ipſo jure obligatio tollitur; ſed ita, ut in locum ſublatæ alia nova ſubſtituatur: eſt enim novatio, prioris debiti in aliam obligationem converſio, *l.* 1. *de novat.* Fit hæc converſio verbis ſeu ſtipulatione, *d. l.* 1. §. 1. *l.* 2. *l.* 5. 6. 7. *l.* 11. *& paſſ. eod. l.* 1. *l.* 3. *l.* 7. *l. ult. C. eod. l.* 1. *C. ſi cert. pet.* Ac proinde in novatione hæcſunt neceſſaria; obligatio vetus, obligatio nova, & ſtipulatio, per quam illa in hanc transferatur. Vetus obligatio, qualiſcunque eſt, aut quomodocunque contracta, verbis novari poteſt, *l.* 1. *l.* 2. *de novat.* nec metuendum hic eſt ne obſtet regula juris de diſſolvendis obligationibus, *l. nihil* 35. *de reg. jur.* Nam in novatione ſolutio quædam eſt, & quaſi naturalis præſtatio, qualis eſt, cum pro eo, quod debetur præſtatur aliud volenti creditori, *l.* 17. *C. de ſolut.* Nova quæ conſtituitur obligatio utrum civiliter teneat, an naturaliter, ad novationem nihil intereſt, *d. l.* 1. *in fin. de novat.* de quo pluſcula in explicatione textus. Stipulationem cum exigimus, hoc ſignificamus, ſola ſtipulatione præcedentes obligationes novari, non etiam nudis pactis, ac ne contractu quidem alio, veluti mandato, ut ex memoratis textibus apparet, & bene poſt alios defendit *Gæd. de contr. ſtip. c.* 5. *conc.* 8. *n.* 90. *& ſeqq.* adverſus Bartolum in *d. l.* 1. in contrarium adducentem *l. ſi mandatu* 45. §. *ult. mand.* Tantum in contractibus, quæ ſolo conſenſu perficiuntur, hoc accidit, ut & nudus conſenſus contractum diſſolvat, & alium ejuſdem generis conſtituat, *l.* 7. §. *adeo, de pact. l. pacta* 72. *de contr. empt.* Hodie ſane etiam ſimplicibus pactis novationes fieri ſolent, adeoque frequentius, quam per ſtipulationem, utpote cujus ſolemnitas pene exolevit, uti poſt DD. in *l. ſingularia* 15. *de reb. cred.* tradunt *Vveſemb. hic Guldelin. lib.* 3. *de jur. noviſſ. c.* 12. Præter hæc & animus novandi exigitur: nec enim aliter fit novatio, quã ſi hoc agatur, ut prior obligatio novetur, *l.* 2. *in fin. l.* 6. *l.* 8. §. 2. *& ult. l.* 82. *de novat. l.* 3. *C. eod.* de quo item fuſius poſtea. 2

Effectus novationis eſt, ut nova obligatione conſtituta ut prior perimatur, *d. l.* 1. *eod.* quæ res facit, ut etiam incommoda omnia, quæ prioris obligationis fuerunt, ſimul evaneſcant, qualia ſunt hæc: mora

mora facta periculum interitus rei debitæ ; pœna veteri obligatione promissa ; usuræ ex eadem causa debitæ ; privilegium quod prioris actionis fuit ; pignora denique & fidejussores, *l.* 8. *l. si creditor.* 15. *novatione.* 18. *emptor.* 27. *l. aliam* 29. *de novat. l. in omnibus* 43. *de solut.* Planè, si pignora prioris obligationis in novatione repetita fuerint, placet creditori manere ordinem & prærogativam temporis, ut in his præferatur posteriori creditori, id est, cui eadem pignora postea, licet ante novationem obligata sunt, *l.* 4. *qui pot. in pign.* & ibi *Bart. Myns.* 1. *obs.* 59. *Gail.* 2. *obs.* 90. *n.* 10. Potest autem novatio dupliciter fieri ; vel manente eodem debitore ; vel persona debitoris mutata: 3 priore casu novi aliquid adjici debet, ut novatio facta intelligatur, *hoc text. vers. Sed si eadem persona:* posteriore novatio fit, quoties liberato priore debitore alius, qui expromissor appellari solet, ut novatum sub *tit. de fidejuss.* locum ejus subit ; veluti si Titius novationis causa promittat Sempronio, quod ei Sejus debet ; sive id sua sponte Titius faciat, & vel ignorante vel nolente debitore ; *l.* 8. *in fin. de novat.* sive debitoris mandatu, quæ species novationis delegatio dicitur per metonymiam causæ, siquidem delegare hic est vice sua alium reum dare creditori, *l.* 11. *eod.* quæ delegatio inter delegantem quidem & delegatum nudo consensu fit, *l. delegare.* 17. *eod.* sed non perficitur, id est novatio debiti non fit, nisi stipulanti creditori is, qui delegatus est, promiserit, *l.* 1. *C. eod. Gail.* 2. *obs.* 30. *n.* 8. *Christin. vol.* 4. *decis.* 180. *n.* 4. & 5. *D. Tulden. comm. hic.* 8. Porro sciendum est, agi hoc loco de novatione, cui hoc nomen 4 per excellentiam & absolutè tribuitur. Est vero præter hanc, quæ stipulatione fit, & alia, quam inducit litis contestatio, *d. l.* 11 §. 1. *l. aliam.* 29. *eod. l.* 3 *C. de usur. rei iud.* nam & judicio contrahitur, & velut nova inducitur obligatio judicati, *l.* 3. §. *idem scribit* 11. *de pecul.* Atque hæc quoque fit vel manente eodem reo, puta si ille ipse litem contestetur & suo nomine suscipiat, vel persona rei mutata, alius pro reo judicium accipiat, sive mandatu illius, quæ species est delegationis, *d. l.* 11. §. 1. *de novat.* sive reo ignorante aut etiam nolente, *l. solutione* 23. *de solut.* Cæterum hæc species novationis superiori longè dissimilis, & secundum quid tantum dicitur novatio fieri per litis contestationem, quatenus scilicet actio in judicium deducta novas quasdam assumit qualitates ; veluti quod quæ tempore aut morte peritura fuisset, judicio inclusa salva manet, & ad hæredes transmittitur, *l. omnes* 26. *de obl. & act.* § 1. *inf. de perp. & temp. act.* & quia reo condemnato nova accedit actio judicati, priore multo utilior, *l. post rem.* 56. *de re jud. l.* 3. *C. de usur. rei iud.* At enimvero per litis contestationem vel sententiam vetus actio non consumitur : per *text. in l. fidejussores* 41 §. 1. *de fidejuss. l. qui servum* 20. *de interr. in jur. l.* 2 *C. de judic. arg. l. qui arrasse* 26. § *ult. l.* 27. *l.* 28 § 1. *de jure jur. sunct. l. eum qui* 30. *in pr. eod. sunct. l.* 2. *eod.* 8. *C. de reb. cred. & d. l. post rem. de re ind.* Et hinc est, quod commoda quoque prioris actionis creditori salua manent, *l.* 8. § 3. *de fidejuss. l.* 13. §. 4. *de pign. l. aliam* 29. *de novat. fac. l. non solet.* 86. *& seq. de reg. jur. Christin. vol.* 4. *decis.* 180. *n.* 2. Interpretes vulgo has novationis species sic distinguunt, ut eam, quæ per stipulationem fit voluntariam appellent, quæ judicio accepto, necessariam : cujus distinctionis fundamentum est in *d. l. aliam.* 29. *de novat.*

Interventu novæ personæ] Non quæ alienæ obligationi accedat adpromittendo ; sed quæ alienam obligationem in se transferat expromittendo. Per adstipulationem & adpromissionem fidejussor intervenit ; novatio per exstipulationem & expromissionem : unde per hanc prior obligatio extinguitur.

Licet posterior stipulationis inutilis] Non ratione formæ, sed effectus, ut exemplum subjectum declarat. Similiter etsi expromissor non sit solvendo : præcedens tamen obligatio tollitur, etiam in casu delegationis : quoniam, ut ait Paulus, bonum nomen promissoris fecisse videtur creditor, qui admisit debitorem delegatum, *l. inter.* 26. § 2. *mandat.*

A pupillo sine tutoris auctoritate] Pupillum si 5 ne tutoris auctoritate contrahentem non obligari jure civili, nisi in quantum factus est locupletior, constat, *l.* 5 *l.* 9. *de auct. tut.* Attamen si ejus ætatis sit, ut intelligat quod agitur, naturaliter saltem obligatur, ut demonstravimus *sup. ad §. pupillus* 9. *de inut. stip.* & ideo, quod huic consequens est, si pupillus sine tutoris auctoritate, quod alius debet, stipulanti creditori novandi animo promiserit, prior obligatio jure novationis tollitur translata in posteriorem naturalem : quippe sufficit ad novationem, quod posterior obligatio vel naturaliter teneat, *l.* 1. *in pr. &* § 1. *de novat.* Neque est contrarium, quod Paulus scribit in *l. novar.* 20. §. 1. *eod.* pupillum sine tutoris auctoritate non posse novare : neque enim hoc nos dicimus, posse pupillum, quod si ex aliqua causa debetur, in aliam obligationem absque tutoris auctoritate transferre, atque ita forte conditionem suam facere deteriorem ; quod negat Paul. *d. loco* : sed hoc, pupillo sine tutoris auctoritate expromittente novari obligationem alienam eo effectu, ut prior debitor liberetur, quamvis sequens pupilli obligatio creditori inutilis sit, quia ad agendum inefficax : nimirum sibi imputare creditor debet, quod alienam obligationem in pupillum transtulerit, quem sciebat aut scire

debebat, non aliter ex contractu civiliter obligari, quàm interposita tutoris auctoritate, per *l. qui cum alio. 19 de reg. iur.*

Et posterior obligatio nulla est] Non simpliciter nulla: nam utique naturaliter tenet, *l. 1. in fin. de novat.* sed nulla dicitur, tum quia ad agendum inutilis, tum quia ne naturalis quidem obligationis effecta habet, quæ quidem pupillo nocere possint; qualia sunt, jus compensandi, soluti retinendi: quo etiam intuitu, quod pupillus sine auctoritate tutoris promisit, ne natura quidem deberi interdum dicitur: *l. quod pupillus 41. de cond. ind.* quamvis revera naturaliter debeatur, & incommoda ejus obligationis ad alios pertineant: quæ de re uberius sub §. *pupillus de inut. stip.* Quod si nulla hic succederet obligatio, nulla etiam intelligeretur novatio fieri, sed prior obligatio maneret in suo statu, *d. l. 1. per tot.*

Non idem juris est, si à servo] Non quia servus ex contractu suo, si consensum spectemus, non obligetur naturaliter, *l. 13. de cond. ind. l. 14. de obl. & act.* sed quia jure civili non est idoneus expromissor, & omnino novationis, extra causam peculiarem, incapax, *l. 30. §. 1. de pact. l. ult. h. t.* Sunt enim quædam causæ, quas jus civile ita in servo improbat, ut si cum eo intervenerint, ne intervenisse quidem videantur, ac proinde nec dominum obligent de peculio, & pecunia ex his causis soluta repeti possit: cujusmodi sunt: si servus pro libero se gerens judicio conventus & condemnatus sit; si in arbitrium compromiserit? *l. 3. § si servus 8. de pecul.* si cum conveniretur, jusjurandum adversario detulerit; *l. 5. §. 2. d. tit.* si pro alio fidejusserit rem peculiarem non gerens; *l. 3. si filiusfam. 5. eod. tit. l. servus 19. & seq. de fidejuss.* & denique si expromiserit, ut alias obligationem non peculiarem novaverit, *l. in persona 30 §. 1. de pact. l. ult. de novat.* Quinetiam quibusdam visum est, nec peculiarem obligationem servum novare posse extra quam si liberam habeat peculij administrationem, ac ne tunc quidem expromissorem accipiendo debitorem peculiarem liberare: quæ sententia probari videtur *l. ult. de novat. junct. l. servus 16. eod. l. fugitivus 19. de solut.* & facit *l. servus 20. cum l. seq. de jurejur.*

Si eadem persona sit, à qua postea stipuleris &c.]
6 Sententia hujus loci hoc esse videtur, si idem debitor sit, à quo postea stipuleris, & præcedens obligatio verbis quoque contracta, non aliter novationem fieri, quam si posteriore stipulatione aliquid novi comprehensum fuerit, conditio, aut dies, aut fidejussor adjectus derractusve. Nam neque si alia persona intervenerit, hoc desideratur, neque si debitum prius ex alia causa descendat; quamvumvis cum eodem debitore stipulatio postea fit, modo animus novandi adsit. Neque enim dubito quin si decem à te stipulatus sim, quæ mihi verbi gratia ex causa mutui debebas, & tu promiseris, obligatio ex numeratione nata novetur & transferatur in obligationem verborum; utique si de jure veteri quæratur, *arg. l. 6. & l. 7. de novat.*

Si conditio aut dies] Stipulatio etiam novationis causa non tantum purè, verum etiam sub conditione aut in diem concipi potest. Potest & quod sub conditione aut in diem debetur, purè novandi causa promitti: quo effectu, docebunt textus in *l. 5. l. 8. §. 1. l. quoties 14. per tot. l. novatio. 24. l. si rem. 31. de novat. l. Iulian. 60. §. 1. de cond ind.* Late & eleganter D. Brissonius *lib. 2. de solut. tit. de nov.*

Dubium erat, quando novandi animo] In omni quidem novatione etiam jure veteri animus novandi requirebatur, id est, nulla intelligebatur novatio fieri, nisi id actum esset, ut præcedens obligatio novaretur, *l. 2. in fin. l. 8. pr. § 2. & ult. l. fundum 28. de novat. l. 3. C. eod.* Cæterum dubium erat, quando id actum videretur, & novandi animo in secundam obligationem i um: quo in dubio veteres decurrebant ad conjecturas & præsumptiones: si nihil erat, ex quo animus novandi colligi posset, expressam requirebant conventionem, *l. si usumfructum 58. de verb. oblig. vid. D. Ant. Fab. 3. coni. 3.* Iustinian. vero, ut materiam litium præcideret, in universum definivit, non aliter novationem prioris obligationis fieri, quam si hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, si novandi animo & prioris obligationis tollendæ causa posteriorem interponere: alioqui & manere pristinam obligationem, & secundam ei accedere, *l. ult. C. de novat.* quæ est illa constitutio, cujus hic meminit. Nihilominus tamen plerique adhuc admittendum censent, ut ex conjecturis urgentibus & manifestis novatio inducatur, utique si non ipso jure, saltem per exceptionem: eaque sententia, licet verba constitutionis refragari videantur, multis in locis recepta est, ut rationi consentanea. Quid enim, si posterior obligatio quadam repugnantia elidat priorem? & potius est, ut dicamus, Iustinianum eas duntaxat conjecturas tollere voluisse, quas in universum veteres constituerant: quod genus sæpè fallit, *vid. Gail. 2. obs. 30. n. 1. & seqq. Christin. vol. 4. dec. 180. n. 9. & seqq. Tulden. Comm. hic cap. 7.* ubi etiam testatur, legem illam Iustiniani in Gallia usu abrogatam esse. Bartolus quoque in *l. delegare 11. de novat.* existimat, eam non pertinere ad delegationem; quem sequuntur *Zas. in l. 15. n. 11. de rer. cred. Gail. d. loc. n. 9. Vesemb. parat. de novat. n. 8. Curia Holland. dec. 38.* Et sane illa legis verba, *vel aliam personam adhibuerit, vel mutaverit,* commodè de persona fidejussoris explicari possunt; *add. Bachov. ad Treutl. vol. 2. disp. 29. th. s. 6.*

Vt

Vt maneat ex utraque causa obligatio] Sicut jure veteri ubi novandi animus non intervenerat, duæ obligationes censebantur, *l. 2. in fin. de novat.* Cujus rei effectus est, quod creditor ex utraque obligatione agere possit; & quod in una deest, per aliam suppleatur: item quod etsi posteriori obligationi adjecti sint novi fidejussores, non ob id tamen liberentur, qui pro priore intervenerant. *Gail. d. loc. n. 5. & 6.* Plane si ex una obligatione solutum erit, altera quoque continuo tolletur, quia sunt obligationes unius rei, *l. 8. §. ult. de novat.*

TEXTUS.

4. *Hoc amplius eæ obligationes, quæ consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur. Nam si Titius & Sejus inter se consenserint, ut fundum Tusculanum emptum Sejus haberet centum aureis; deinde re nondum sequuta (id est, neque pretio soluto, neque fundo tradito) placuerit inter eos, ut discederetur ab ea emptione & venditione, invicem liberantur. Idem est in conductione & locatione, & in omnibus contractibus, qui ex consensu descendunt, sicut jam dictum est.*

NOTÆ.

4. CONTRARIA VOLUNTATE] Id est, contraria conventione, seu utriusque partis consensu, *l. 3. l. 5. §. 1. de resc. vend. l. 58. de pact. l. 1. C. quand. lic. ab empt.* In quo regulam naturæ de dissolvendis obligationibus veteres secuti, *l. 35. de reg. iur. l. 80. de solut.*

RE NONDUM SECUTA] Id est, si nihil dum præstitum sit eorum, quæ ex contractu præstari debent: Neque enim ut retro tradatur, quod iam datum est, nudo pacto obligatio constitui potest, *de leg. 58. in fin. de pact.* Vide infr. comment.

SICUT IAM DICTUM EST] Sunt & alij modi præter enumeratos, quibus ipso jure tollitur obligatio; veluti confusio, *l. 75. l. pen. de solut. l. 7. C. de pact.* debiti oblatio & consignatio, *l. 9. C. de solut.* compensatio, *§. 30. inf. de act.* duarum causarum lucrativarum in eandem rem & personam concursus, *l. 17. de oblig. act.* rei debitæ ante moram interitus, *l. 23. de verb. obl.* & si quæ alia generis ejusdem,

COMMENTARIVS.

1 *Omnem naturalem obligationem ipso jure tolli nudo consensu.*

2 *Eodem modo re integra tum & civiles nudi consensus, & honorarium pignoris.*

QUædam obligationes ipso jure dissolvuntur solo & nudo partium consensu. Quo in genere est omnis obligatio naturalis, tum civiles eæ, quæ solo consensu constant. De naturali obligatione traditum est, eam justo pacto ipso jure tolli, *l. Stichum 95. §. naturalis 4. de solut.* quod nihil aliud est, quam tolli nudo consensu. Justum enim pactum, sicuti justam conventionem dicimus, quod æquum est, atque honestum, nec improbatum legibus, nudum tamen, *l. pactum 40. §. 1. l. epist. 52. §. 2. de pact.* Et hoc consentaneum est regulæ juris traditæ *l. nihil tam naturale 35. d. tit. de reg. iur.* Quamvis enim naturalis obligatio etiam ex aliis causis, quam consensu nascatur, solo tamen æquitatis vinculo sustineatur, quod contrariæ conventionis æquitate dissolvitur, *d. l. Stichum §. 4. de solut.* Non adversatur *l. si unus 27. §. 2. de pact.* quoniam ibi non quæritur de nuda naturali obligatione per pactum tollenda, sed de pacto priore, quo exceptio quæsita erat, per posterius elidendo, quo redeat prima conditio & status obligationis, actionique vis pristina restituatur, *vid. in f. sub tit. de replicat. in pr.* De civilibus nudi consensus obligationibus constant definitio est, eas omnes, ut nudo consensu contrahuntur, ita & contrario eodem nudo consensu dissolvi, *l. 3. l. 5. §. 1. de resc. vend.* dummodo rebus integris à contractu abeatur, *l. 7. §. adeo 6. l. ab emptione 58. de pact. l. 1. l. 2. C. quand. lic. ab empt. list.* in quo & ipso regulam naturæ de tollendis obligationibus veteres secuti sunt, *l. prout 80. de solut. d. l. 35. de reg. iur.* Nam etsi hujus etiam generis contractus obligationem civilem, id est, efficacem ad agendum producunt, quæ videatur pacto ipso jure tolli non posse: tamen quia obligatio ista nudo & mero consensu constat, totaque est ex jure gentium, utpote à jure civili præter approbationem nihil habens, quod extrinsecum quid est & accidentarium, ideo sublato hoc consensu per pactum sive voluntatem contrariâ, tota obligationis substantia evanescit, ut nihil amplius supersit, in quo actio fundetur; eadem videlicet ratione, qua nulla subesse obligatio intelligitur, si res tradita in contractu reali animo recedendi reddita fuerit. Et secundum hæc rectè defenditur etiam, obligationem pignoris, quæ jure prætorio constituitur nuda conventione, *l. 1. de pignor. act.* contraria eaque nuda conventione ipso jure dissolvi, licet obstare videatur

videatur *l. si tibi* 17. §. 2. *depact.* sed ea loquitur de pacto, quo remittitur debitum principale, non de eo, quod directo tendit ad dissolutionem pignoris, *vid. Neguez. tract. de pign. part* 6. *memb.* 3. *num.* 3. *Bachou. lib.* 5. *de pign. cap.* 6. *& in comm. ad tit. de pact. c. de pact. resolut.* De furto & injuriis lex 12. tabularum paciſci permiſit: quæ cauſa eſt, quod actiones quoque furti & injuriarum per pactum ipſo jure tollantur, *d. l. ſi tibi* §. 1. *de pact. iunct. l.* 6. *l.* 7. §. *ſi paciſcar.* 14. *in fin. eod.*

Contraria voluntate Id eſt, contraria conversione, ſeu utrique partis conſenſu, *leg.* 1. *Cod. quand. lic. ab empt. diſc.* unius enim voluntas ad diſſolvendam obligationem non valet, *l.* 5. *C. de obligat. & act. leg.* 3. *Cod. de reſc. vend.* utique jure communi: nam quod mandatum & ſocietas etiam unius voluntate diſſolvantur, id proprio quodam jure in his contractibus receptum eſt, ut ſuis locis demonſtravimus.

Re nondum ſequuta] *L.* 7. §. *adeo* 6. *depact. l.* 5. *l.* 5. §. 1. *de reſc. vend.* quod alibi dicitur, re adhuc integra, *l. ab emptio.* 58. *depact. l.* 1. *& l.* 2. *Cod. quand. lib. ab empt.* aiſe id eſt, ſi nihil dum præſtitum ſit eorum, quæ ex contracto præſtari debent, veluti in exemplo propoſito, ſi neque res à venditore tradita, neque pretium ab emptore ſolutum ſit. Nam quid horum intervenerit, conſenſu amplius negotium reſolvi nequit, niſi ſimul reſtituantur, quæ prius tradita erant: neque enim ut retro tradantur nudo pacto, obligatio conſtitui poteſt, *d. l. ab emptione in fin. de pact.* Arrharum vero aut fidejuſſorum interventus non efficit, quominus res integra maneat, nudoque adhuc conſenſu poſſit ab obligatione recedi, *l.* 3 *de reſc. vend. l.* 11. §. *is qui* 6. *de act. empt. d. l.* 2. *C. quand. lic. ab empt. diſc.*



ARNOLDI VINNII, IC.

IN LIBRUM QUARTUM INSTITUTIONUM IMPERIALIUM COMMENTARIUS

Academicus & Forensis.

TITULUS I.

De obligationibus, quæ ex delicto nascuntur.

Continuatio. Delictum quid, & quotuplex.

EX quatuor causis obligationum, propositis § *ult. sup. de oblig.* duæ superiore libro tertio expositæ sunt; contractus & quasi contractus: duæ reliquæ, maleficium videlicet & quasi maleficium, partem quarti & ultimi occupaverunt. Maleficium species est delicti. Delictum est omne factum illicitum, quod lege humana pœnam meretur. Estque vel publicum, quod ad læsionem reranb. directo tendit, & publicè in exemplum vindicatur, de quo genere est tit. ultimus hujus lib. vel prædictum, quo offenduntur singuli, quibus inde obligatio & actio pecuniaria. Publica delicta propriè crimina; privata, maleficia appellantur: quanquam verbum criminis ad delicta privata quoque pertinet, quatenus scilicet & illa considerantur, ut societatem civilem & statum publicum turbantia; quod contingit sanè per consequentiam; & ideo extra ordinem etiam criminaliter de his agi potest, *l. ult. depriv. del. l. ult. d. furt. l. ult. de iniur.* Sed judicia criminalia huc non pertinent: quippe in quibus non persequimur forensi aut civili actione, quod nobis, quibus nocitum est, ex ea causa debetur sed extra ordinem ad vindictam agimus, pœnamque, pro modo admissi arbitrio cognoscentis statuendum, sive corporalem sive pecuniariam, quæ fisco applicetur.

TEXTUS.

Quum sit expositum superiore libro de obligationibus ex contractu & quasi ex contractu, sequitur, ut de obligationibus ex maleficio, & quasi ex maleficio dispiciamus. Sed illæ quidem, ut suo loco tradidimus, in quatuor genera dividuntur: hæ vero unius generis sunt: nam omnes ex re nascuntur, id est, ex ipso maleficio, veluti ex furto, rapina, damno, injuria.

NOTÆ.

QUÆ EX DELICTO] Scilicet privato, unde

læso obligatio & actio pecuniaria, sive civilis. Nam judicia publica aut persecutiones criminales huc non pertinent.

In quatuor genera] Causis efficientibus distincta: nam aut re contrahuntur, aut verbis aut literis aut solo consensu. §. *ult. sup. de oblig.*

Omnes ex re nascuntur] Injuria quidem etiam verbis & scriptura fieri dicitur, *leg.* 1. §. 1. *l.* 5. § 9. *& seq. de injur.* Cæterum illa hic non considerantur, ut causæ obligationis, sed ipsum maleficium duntaxat & contumelia, quæ iis inhæret.

Furto, rapina, damno, injuria] Quadriga delictorum privatorum, ex Cajo *l.* 4. *de obl. & act.* Reliqua de quibus *lib.* 47. *D.* ad hæc quatuor referri possunt.

COMMENTARIVS.

1 *Quo sensu maleficia omnia dicantur ex re nasci.*
2 *Summa hujus tituli.*

1 Hæ *unius generis sunt: nam omnes ex re nascuntur*] Ita quoque Gajus *l.* 4. *de obl. & act.* Obligationum, quæ ex contractu descendunt, quatuor sunt species, causis efficientibus distinctæ: nam aut re contrahuntur, aut verbis, aut literis, aut solo consensu, §. *ult. sup. de oblig.* Quæ vero ex maleficio oriuntur, si causam efficientem spectamus, omnes unius generis sunt; nam hæ omnes re tantum consistunt, id est, ipso maleficio, *d. l.* 4. Vt ecce, qui verbis aut scriptura professus est furtum se fecisse; aut in furtum nuda voluntate consensit, non tenetur furti; sed ut teneatur necesse est contrectatio interveniat, *l. si quis* 52. §. *neque* 19. *de furt.* Similiter si quis verbis aut literis confessus est, se injuriam alicui fecisse, non tenetur injuriarum; sed ut teneatur, oportet interveniisse contumeliam, *l. si unus* 17. §. 2. *de pact.* ubi Iurisconsultus ait, actionem injuriarum non ex pacto nasci, sed ex contumelia. Vtut ergo injuria etiam verbis & scriptura fieri dicatur, *l.* 1. §. 1. *l.* 5. § *si quis* 9. *& seq. de injur. l. un. C. de famos. libell.* tamen illa hic non attenduntur, ut causæ obligationis, sed ipsum maleficium duntaxat & contumelia, quæ iis inhæret: unde actio omnis, quæ ex maleficio descendit, ex facto esse dicitur, *l. actionum* 25. §. 1. *de oblig. & act.* Illud quoque dissimile est, quod ad constituendam ex contractu obligationem requiritur mutuus consensus: ex delicto autem obligamur nolentes & inviti.

Furto, rapina, damno, injuria] Eadem genera maleficiorum; nec plura enumerat Gajus *d. l.* 4. nimirum reliqua ad hæc quatuor referri possunt. Porro horum singula singulatim & suis quæque titulis explicantur. De furto ex professo hoc titulo, quamvis generaliter conceptus sit, agitur, doceturque quid illud sit, & quotuplex; quæ ejus pœna, quæ causa efficiens, materia, & forma; quando, quibus in rebus & à quibus committatur; quis sit effectus; quæ inde actiones, quibus, contra quos, & cujus rei gratia dentur.

TEXTUS.

1. *Furtum est contrectatio fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus, possessionisve: quod lege naturali prohibitum est admittere.*

Notæ.

1. Contrectatio fraudulosa] Ex Paulo *l.* 1. §. 3. *de furt.* Idem 2. *sent.* 31. *Fur est, qui dolo malo rem alienam contrectat.* Proclus *in Parmenid.* Plat. κλοπὴ γάρ ἐστιν ἡ λαθραία τοῦ ἀλλοτρίου μετάληψις.

Lucri faciendi gratia] Alioqui in aliud genus delicti cadit; v. g. si contumeliæ causa, injuria est; si nocendi tantum gratia, damnum, quod vindicatur lege Aquilia, *l.* 39. *l.* 53. *de furt. l.* 5 § *ult. l.* 41. *ad leg. Aq.*

Vel usus eius possessionisve] Exempla furti usus rei sunt in §. 6. possessionis §. 10. *inf. eod. l.* 74. *de furt.*

Lege naturali prohibitum] *d. l.* 1. §. *ult. de furt. l.* 42. *de verb. sign.* Cic 3. *de offic. Illud natura non patitur, ut aliorum spoliis nostras facultates, copias, opes augeamus.*

COMMENTARIVS.

1 *Furtum non fieri sine contrectatione: & quid inde: tum quis contrectare dicatur.*
2 *Furem non esse, nisi qui fraudulenter rem alienam contrectet.*
3 *Non item qui non lucrandi animo.*
4 *Quid si urgente fame esculenta ablata, &c.*
5 *Furtum fieri non intelligi, nisi sit qui possideat.*
6 *Furta per se & natura turpia esse.*

Avctor hujus definitionis est Paulus *leg.* 1. §. *ult. hoc tit. de furt.* Idem *lib.* 2. *sent. tit.* 31. furem sic definit; *Fur est*, inquit, *qui dolo malo rem alienam contrectat.*

Contrectatio] Furtum sine contrectatione fieri non potest. Contrectare, est rem manu tractare & loco movere, *l.* 2. §. *si rem.* 18. *de acq. poss. l. thesaurus* 15. *ad exhib.* Ex quo primum intelligimus, furtum non nisi in rebus corporalibus iisque mobilibus 2

bilibus admitti §. 2. *sup. de usuc. in fin.* Deinde furtum non fieri verbis aut scriptura, solove consilio aut cogitatione furti faciendi, *l.* 1. §. 1. *l. si quis* 52. §. *neque* 19. *h. t.* Et consequenter furem nondum esse, qui tantum conclave intravit furandi causa, *l. vulgaris* 21. §. *qui furti.* 7. *eod.* nec illum statim esse, qui inficiatur depositum; sed ita si intervertendi causa amoverit, occultaverit, *d. l.* 1. §. 2. *l. inficiando* 67. *eod. d. l.* 3. §. *si rem.* 18. *de acq. poss.* Plane, etiam sine ablatione, sola contrectatione furtum committi potest, *d. l. vulgaris* §. *item si* 8. *h. t.* Neque is solum furtum facere & rem contrectare intelligitur qui eam surripit & domino aufert, sed & qui rem aut pecuniam, quam à domino accepit alteri dandam solvendam, vel partem ejus rei pecuniæve, in suos usus convertit, *l. si quis* 52. §. *Iulianus* 16. *eod. l.* 7. *C. eod.* aut qui reprius ex voluntate domini accepta utitur, cum usum nullum habeat, aut aliter utitur, quam ex lege contractus debuit de quo plenius *inf. sub.* §. *furtum* 6. Per interpretationem etiam ille contrectare intelligitur, quo præsente indebitum ei, quem delegavit, solvitur, *l. falsus* 43. §. 2. *eod.*

2 *Fraudulosa*] Fraudulosa contrectatio est, cum quis rem alienam contrectat sciens dolo malo. Suam rem, quatenus sua est, nemo fraudulenter contrectare potest, *vid. inf.* §. *aliquando* 10. Sed si cum esset aliena, suam quis esse existimaverit, fur non est, licet in jure, non in facto, erret, *l. sed & si* 25. §. *scire* 6. *de har. pet.* §. 2. *sup. de usuc.* ex voluntate enim & proposito maleficia æstimantur, *l. qui injuria* 53. *h. t.* Denique furtum sine animo & affectu furandi, id est, rem intervertendi domino non committitur, §. *placuit.* 7. *inf. eod.* cui non est contrarium, quod Pomponius scribit, eum qui saccum cum pecunia surripuit, furti etiam sacci nomine teneri, quamvis sacci surripiendi animum non habeat, *l. qui saccum* 77. *eod.* Nam etsi in hujusmodi specie principale propositum non est, saccum furari: tamen per consequentiam, quo scilicet commodius pecunia auferri queat, etiam saccus animo surripiendi ablatus intelligi debet. Illud quoque hic tenendum est, fraudis mentionem etiam ideo fieri, ut discernatur furtum à rapina, actus clandestinus à violento, *κλοπὴ γάρ ἐστιν ἡ λαθραίως τῶν ἀλλοτρίων μετάληψις. Proc. in Parmen. Plat.* Nam etsi generali significatu & vis fraudem & dolum habet; *l.* 2. §. *dolo vi bon. rapt.* specialiter tamen fraudis appellatione ea injuria significatur, quæ occultè fit & clanculum, cum vis sit aperta: quo pertinet illud Ciceronis, *fraudem vulpeculæ, vim leonis esse.*

3 *Lucri faciendi gratia*] Hæc verba causam finalem continent, & præcipuè furtum à cæteris maleficiis separant, *l.* 8. §. 2. *arb. furt. Cas.* Et enim in distinctione delictorum non tam factum considerarur, quam faciendi causa, id est propositum & intentio delinquentis. Itaque si quis rem alienam contrectet, non hoc animo, ut lucrum inde faciat, quamvis sciens, dolo malo, id factum in aliud genus delicti cadit; si contumeliæ causa, injuria est, si nocendi tantum gratia, damnum, quod vindicatur lege Aquilia, *l. verum* 39. *l. qui injuria* 53. *h. t. l.* 5. §. *ult. l.* 41. *ad leg. Aquil.* A lucri studio, ac 4
proinde etiam à crimine furti, & ille alienus esse videtur, qui urgente fame esculenta aufert, ut inediæ succurrat, *cap.* 3. *C. de furt. c.* 26. *de consecrat. dist.* 5. quemadmodum nec illud pro furto habetur, si viator equum, quo vehitur, reficiat & pascat in gramine aut viridi sylva secundum viam, dummodo id faciat sine aliqua vastatione, *lib.* 2. *feud. tit. de pac. ten. & ejus viol.* §. *ult.* cui simile est, quod viatori permittit Moses *Deut. cap.* 23. 5
vers. pen. & ult. & Plato *de legib. add. Covar. in cap. peccatum de reg. jur. in* 6 *p.* 2. §. 1 *n.* 3. *& Grot.* 2. *de jur. bell. & pac. cap.* 2. *num.* 6. Nec. Illud sciendum est, ut maximè res contrectetur fraudulenter & lucri faciendi causa, furtum tamen subtili ratione juris non aliter fieri intelligi, quam si sit, qui possideat. Hic enim est, quod negatur furtum fieri rei hæreditariæ ante aditam hæreditatem, vel post aditam, antequam hæres possideat; nisi res pignori data, aut commodata, aut usus fructus alienus, *leg.* 1. §. *Scævola* 15. *si is qui test. lib. l.* 14. §. *si res* 14. *l. hereditaria* 68. *cum* 2. *ll. seqq. hoc tit. l.* 2. *& l. ultim. expil. hared.* Efficit hoc inquam subtilis juris ratio, quasi non sit, cui fiat. Neque tamen impunè fert, qui hujusmodi rem surripuit; nam præterquam quod ad exhibendum cum eo agi potest, & hæres rem vendicare, tenetur crimine expilatæ hæreditatis, *d. l.* 2. *expil. hared.* Illud ad minuendum furtum non facit, quod quis fortè aliquid in via jacens lucrandi animo sustulit, ignorans cujus sit, *leg. falsus* 43. §. 4. *hoc titul. D. Tulden. comment. hic cap.* 8.

Vel ipsius rei, vel usus possessionisve] Hoc est, ea gratia, ut quis lucrum faciat vel totius rei, quam contrectat, vel usus, ejus aut possessionis duntaxat: nam ipsa contrectatio tantum corporis est: exempla furti usus rei sunt in §. *furtum* 6. possessionis, §. *aliquando* 10 *inf. l. furtivum* 74 *h. t.*

Lege naturali prohibitum] Furtum non ut nuptiæ cum filia ut sorore adoptiva more aut instituto civitatis, sed per se natura turpe ac flagitiosum est, sicut homicidium, adulterium, aliaque id genus fœda, *l. probrum* 42. *de verb. sign.* ad quod demonstrandum nihil opus est vel auctoritate vel ratiocinatione. Natura ipsa hoc omnium mentibus ingeneravit, nefas esse alteri detrahere sui commodi causa. Cicero *lib.* 3. *offic. Illud natura non patitur, ut aliorum spoliis nostras facultates,*

copias, opes augeamus. Quod vero apud quasdam gentes furta licita atque impunita fuere, veluti apud Ægyptios & Lacedemonios, de quibus testatur *Gell. lib. 11. cap. 18.* id rationem communem non mutat, neque ex unius aut alterius populi institutis de jure naturæ sive gentium judicandum est: de quo latius disserui *sub. tit. lib. 1.* Sed nec illi ipsi, quos diximus, Ægyptij aut Lacedæmonij furta simpliciter permiserunt aut probarunt, tanquam rem omnibus & per se licitam. Verum Ægyptiorum legislator, cum existimaret fieri non posse, ut omnes à furto abstinerent, viam quæsivit, qua domini res sublatas statim & sine magno damno recuperarent. Nam qui furtis operam dare vellent, jussit nomen suum profiteri apud furum Principem, atque ad eum res surreptas è vestigio referre, quæ deinde dominis ita restituerentur, ut prius taxatione facta, quartam partem pretij earum pro redemptione persolverent, quasi pœnam negligentiæ. *Diod. Sicul. lib. 1. bibliotb. cap. 18.* Lycurgus autem, qui Lacedæmoniis leges tulit, non promiscuè omnium rerum furta permisit, sed tantum edulium; neque omnibus furari, sed juniotibus duntaxat; quos furtim sibi alimenta comparare voluit, ut acuerent industriam, discerentque à pueris, noctu vigilare, interdiu fallere, insidias struere, exploratores habere: quoniam deprehensos verberibus cædi jubebat: ita adultos bello utiliores fore existimans, teste Xenophonte *lib. de repub. Lacedæm.*

TEXTUS.

2. *Furtum autem vel à furvo, id est, nigro, dictum est, quod clam & obscurè fiat, & plerumque nocte: vel à fraude; vel à ferendo, id est, auferendo: vel à Græco sermone, quo φῶρες appellant fures. Imo & Græci ἀπὸ τ φέρειν φῶρες dixerint.*

NOTÆ.

2. FURTUM VEL A FURTO] Ex *d. l. 2. pr. de furt.*

QUOD ΦΩΡΑΣ] Leg. *qui, φῶρας*, ut in *d. l. 1.* quæ nominis ratio placet Gellio *lib. 11. cap. 18.*

A FERENDO] Legendum ἀπὸ τ φέρειν, ut apud Paul. *d. l. 1.*

COMMENTARIVS.

TRaditur hic quadruplex furti etymologia ex *l. 1 pr. hoc tit.* nimirum quod furtum dictum sit vel à furvo, vel à fraude, vel à ferendo, vel ab antiquo Græco verbo φώρ. Prima notatio Labeonem quoque auctorem habet, qui ut Paulus refert le d. l. 1. furtum à furvo, id est, nigro ideo dictum ait, quod clam & obscurè fiat, & plerumque nocte: quod etiam Nonius *lib. 1.* confirmat auctoritate Varronis, quem scribit furem ex eo dictum tradidisse *lib. 14. de rer. divin.* quod furvum atrum appellaverint, & fures, per obscuras noctes atque atras facilius furentur. Servius quoque in *lib. Æneid.* ad illud Virgilij, *Hic furto fervidus instat*, notat, fures ideo dictos, quod furvo, id est, nigro tempore furta committunt. Secundæ auctor est Sabinus, *d. leg. 1. lib. 1* quæ mihi videtur minus concinna. Tertia, quod à ferendo, id est, auferendo fures dicantur, cum re optimè convenit. Postrema, quod fur à verbo Græco φώρ per affinitatem literarum dictus sit, placet Gellio *lib. 1. cap. 18.* ubi tantum non carpit Varronem, quasi memoria lapsum, quod furem dictum scripsit à furvo.

TEXTUS.

3. *Furtorum autem duo sunt genera, manifestum, & nec manifestum. Nam conceptum & oblatum species potius actionis sunt furto cohærentes, quam genera furtorum, sicut inferius apparebit. Manifestus fur est, quem Græci ἐπ' αὐτοφώρῳ appellant: nec solum is, qui in ipso furto deprehenditur, sed etiam is, qui eo loco deprehenditur, quo furtum fit: veluti qui in domo furtum fecit & nondum egressus januam deprehensus fuerit: & qui in oliveto olivarum, aut in vineto, uvarum furtum fecit, quamdiu in eo oliveto aut vineto deprehensus fuerit. Imo ulterius furtum manifestum est extendendum, quandiu eam rem fur tenens visus vel deprehensus fuerit, sive in publico, sive in privato, vel à domino, vel ab alio: antequam eo pervenerit, quo deferre vel deponere destinasset. Sed si pertulit, quo destinavit, tametsi deprehendatur cum re furtiva, non est manifestus fur. Nec manifestum furtum quid sit, ex iis, quæ diximus, intelligitur: nam quod manifestum non est, id scilicet nec manifestum est.*

NTOÆ

NOTÆ.

3. FURTORUM GENERA DUO] Ex Caio *l. 2. eod.*

QUAM GENERA FURTORUM] Quamvis Paulus hæc inter genera furtorum referat, *l. 3 sent. 31.*

ΕΠ' ΑΥΤΟΦΩΡΩ.] Hesych ἐπ' αὐτοφώρῳ, ἐπ' αὐτῇ τῇ κλέμμαν συζητήσει ἐπ κατέχων αὐτό. Quod & de deprensio in alio quocunque facinore dicitur. Lysias *orat. 6. in fin.* & *orat. 12. Nouv. Leon.* ἐπὶ τῷ ἐπ' αὐτοφώρῳ ἁλόντι & μοίχῳ 32.

VEL AB ALIO] Puta vicino, aut alio transeunte, *l. 3. §. 1. d. l. 7. §. ult. eod.*

QUO DEFERRE DETINASSET] Massurius apud Gellium *lib. 11. c. 18. Manifestum furtum est, quod deprehenditur, dum fit. Faciendi finis est, cum perlatum est, quo ferri cœperat.*

EX IIS, QUÆ DIXIMUS] Tanquam contrarium ex contrarij sui definitione; *l. 8. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Genera furtorum tum quæ olim, tum quæ secundum praxin hodiernam.*
2 *Furis manifesti descriptio.*
3 *Quid furtum nec manifestum.*

1 FVrtorum tantum duo sunt genera, manifestum & nec manifestum, *l. 2. eod.* nam, ut hic indicatur, & latius explicatur, §. *seq.* conceptum & oblatum non sunt genera furti, sed species actionis furto cohærentes: neque inter duo illa genera reperitur medium; quamvis fieri possit, ut ejusdem rei utrumque furtum committatur, diverso scilicet tempore & actione, *l. vulgaris 21. pr. vers. et si eod.* Plane furtum varie subdividi potest; veluti quod aliud sit diurnum, aliud nocturnum; aliud domesticum, aliud non domesticum. Discernuntur & à cæteris furibus abigei, balnearij, saccularij, directarij; atque atrocius extra ordinem puniuntur, *tit. de abig. & de fur. baln. l. 7. de extraord. crim.* Peculatores, sacrilegi, plagiarij, puniuntur legibus publicorum judiciorum, §. 9. & 10. *Inst. de publ. jud.* Ex praxi Galliæ & harum regionum furtum dividitur in simplex & qualificatum. Simplex est, cui nullum aliud crimen aut circumstantia aggravans adhæret. Qualificatum contra *Vid. Damhoud. prax. crim. c. 110. de furt. Baron. comment. hic, part. ult.*

Manifestus fur est] Descriptio furis & furti manifesti; ex qua discimus, furem manifestum censeri primum eum, qui in ipso facto seu actu furandi deprehenditur: tum eum etiam, qui deprehenditur in loco, ubi fit furtum: postremo & eum, qui quantumvis locum egressus, deprehenditur cum re furtiva, antequam eam pertulit, quo perferre destinaverat, Desumpta hæc descriptio est ex *l. 3. & 2. seqq. de furt.*

2 *Ἐπ' αὐτοφώρῳ appellant*] Hoc est, ἀυτοφωρεῖ, in ipso furto, ἐπ' αὐτῇ τῇ φορᾷ, ἐπὶ κλόπῃ deprehensum in admisso Papinianus appellat, *l. 8. deprasc. verb.* Paulus de eo, qui cum furto deprehenditur, hoc explicat, *d. l. 3. in pr.* sed plenius Hesychius, Ἐπ' αὐτοφώρῳ, inquit, ὁ φωρᾶς καλεῖται, ἢ ἐπ' αὐτῇ τῇ κλέμμαλι συζητήσει ἐπ κατέχων αὐτό Vsurpatur & de deprehensis in alio quolibet facto aut crimine, ut Novell. Leonis ἐπὶ τῷ αὐτοφώρῳ ἁλόντι & μοίχῳ.

Visus vel deprehensus] Non solum prehensio; sed etiam visio furem manifestum facit, utique cum ad eum comprehendendum accursum est, isque abjecto furto effugit, *l. 7. §. 1. & 2. eod.* Servius in illud Virgilij *Eccleg. 3. Non ego te vidi:* manifesti, inquit, eum furti arguit, dicendo, *vidi.*

Vel à domino, vel ab alio] Nihil refert, à quo fur deprehendatur, utrum ab eo, cujus res est, an à vicino, aliove quolibet transeunte, *l. 2. §. 1. l. 7. §. ult. eod.* Itaque quod de procuratore furtum mihi facientem deprehendente proponitur, *l. si quis 24. §. 2. de usur.* id exempli tantum causa prolatum intelligendum est. Neque hac ratione fit, ut alteri per alterum obligatio acquiratur contra regulam juris, *§ 4. & § alteri 18. sup. de inut. stip.* nam deprehensio, cujuscunque ea sit, delictum tantum qualificat.

Nec manifestum furtum quid sit, &c.] Nec manifestum furtum quid sit, ex manifesti, tanquam 3
contrarium ex contrarij sui definitione, intelligitur, *l. 8. hoc tit.* Sed & aperte illud definitur vers. proxime præced. ubi Iustinianus ait, eum, qui rem pertulit, quò destinavit, tametsi cum re furtiva deprehendatur, non esse furem manifestum. Quomodo & Iurisconsultus *l. 5. §. 1. eod.* idque sic à Paulo explicatur, *l. 4. eod.* si eo pertulit, quo destinavit eo die manere cum eo furto. Quare etsi postero die iterum rem auferat, & dum alio perfert, deprehendatur, non erit fur manifestus. Belle in hanc sententiam Massurius apud Gellium *lib. 11. cap. 18. Manifestum*, inquit, *furtum est, quod deprehenditur, dum fit. Faciendi finis est, cum perlatum est, quo ferri cœperat.*

TEXTUS.

4. *Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem testibus præsentibus furtiva res quæsita, & inventa sit: nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit; qua*

concepti. Oblatum furtum dicitur, cum res furtiva ab aliquo tibi oblata sit, eaque apud te concepta sit; utique si ea mente tibi data fuerit, ut apud te potius, quam apud eum, qui dedit, conciperetur. Nam tibi, apud quem concepta sit, propria adversus eum, qui obtulit, quamvis fur non sit, constituta est actio, quæ appellatur oblati. Est etiam prohibiti furti actio adversus eum, qui furtum quærere testibus præsentibus volentem prohibuerit. Præterea pœna constituitur edicto prætoris per actionem furti non exhibiti adversus eum, qui furtivam rem apud se quæsitam & inventam non exhibuit. Sed hæ actiones, scilicet concepti, & oblati, & furti prohibiti, nec non furti non exhibiti, in desuetudinem abierunt. Quum enim requisitio rei furtivæ hodie secundum veterem observationem non fiat, merito ex consequentia earum præfatæ actiones ab usu communi recesserunt: quum manifestum sit, quod omnes, qui scientes rem furtivam susceperint, & celaverint, furti nec manifesti obnoxij sunt.

NOTÆ.

4. FURTIVA RES QUÆSITA ET INVENTA] Paulus 2. *sent.* 31. *vid. inf. in comm.*

PROPRIA ACTIO CONSTITUTA] In triplum, ut testatur Gell. *lib.* 11. *c.* 18.

UT APUD TE POTIUS] Atque ita pœnæ turpitudinem ipse effugerer. Th.

FURTI PROHIBITI ACTIO] Hæc actio, ut & furti non exhibiti pendebat ex furto concepto.

REQUISITIO REI FURTIVÆ] Hoc est, testibus præsentibus, quæstiones enim furtorum cum lance & licio (vid. Fest. in voce *Lance.* Gell. *ubi sup.*) quæ ex lege Attica venerant, jam ætate Gellij evanuerant. Gell. 16. *cap.* 10. Cujac. Hotom.

COMMENTARIUS.

1 *Vetus inquirendi furti ratio cum lance & licio.*

COnceptum furtum, item oblatum, non tam esse genera furti, quam species actionum furti cohærentes, didicimus §. *prec.* quamvis Paulus 2 *sent.* 31. & Gaius 2. *Inst.* 11. etiam hæc inter genera furtorum numerent. Idemque habendum de duobus reliquis, quorum hic fit mentio, prohibito scilicet, & non exhibito.

Furtivas res quæsita & inventa] Is, apud quem testibus adhibitis res quæsita & inventa erat, quamvis fur non esset, tenebatur actione furti concepti. Paulus *d. loc. Concepti*, inquit, *actione is tenetur, apud quem furtum quæsitum & inventum est.* Item, *Concepti is agere potest, qui rem concepit & invenit.*

Propria actio constituta] In triplum, ut testatur Gellius *lib.* 11. *cap.* 18. ubi scribit, ea furta, quæ per lancem & licium concepta essent, perinde ac si manifesta forent, duodecim tabulis vindicata: post vero tripli pœnam ordinario jure constitutam.

Oblatum furtum] Oblati furti is tenebatur, sive fur, sive alius quis, qui rem furtivam alij obtulerat, ne apud se deprehenderetur, atque ita pœnæ turpitudinem effugeret. Hic ei, apud quem res concepta erat, propria adversus eum, qui obtulerat, actio dabatur, quæ dicebatur oblati; cujus vis in triplum item erat, ut testantur Gellius & Paulus iisdem locis.

Prohibiti furti actio] Prohibiti furti actione tenebatur, qui furtum apud se testibus præsentibus investigari prohibebat, Furti non exhibiti, qui rem furtivam apud se quæsitam & inventam non exhibebat. Utraque igitur hæc actio pendebat ex furto concepto.

In desuetudinem abierunt] Quatuor superiores actionum species tempore Iustiniani dudum obsoleverant, & ideo nullam earum mentionem in Pandectis fieri solvit.

Requisitio rei furtivæ secundam veterem observationem] Ratio inquirendi furti cum lance & licio vetustissima est, utpote ex lege duodecim tabularum, teste Gellio *d. loc. & lib.* 16. *cap.* 10. Ex Festo autem discimus, lance & licio apud antiquos dici, quod qui furtum ibat quærere in domo aliena, licio cinctus intrabat, lancemque ante oculos tenebat propter matrumfam. aut virginum præsentiam. Quod sumptum videtur ab institutis Athenienſium. Nam & Plato *lib.* 12. *de legibus*, sic scribit: φωρᾶν ζ ἂν ἐθέλῃ τις παρ' ὁτῳοῦν, γυμνὸς ἢ χιτωνίσκον ἔχων ἄζωστος, &c. ὅπως φωρᾷν. Id est, Si quis furtum apud quempiam velit quærere, is id faciat nudus aut licium habens, & discinctus. Nudi ædes suspectas ingrediebantur, amicti tantum simplici cincticulo, quod hic veteres licium vocant, ne quid forte vestibus conditum inferrent, dominoque ædium falsum crimen objectare possent. Hanc autem furti investigandi rationem jam suo tempore sublatam fuisse, refert Gellius *d. cap.* 10. ut verisimile sit, in locum ejus

ejus successisse, quod hic scribit Iustinianus, aut testibus adhibitis furtum in domo aliena quæreretur: quod tamen & ipsum, ut durum atque inhumanum, quoniam hoc modo secreta cujusque hominum nimiæ curiositati panduntur, postea exoleverit.

Furti nec manifesti obnoxij sunt] Quid si rei criminis plene convinci non possint, adsint autem non levia susceptæ & celatæ rei furtivæ indicia? Admitterur hodieque ejus rei inquisitio in ædibus alienis, sed auctoritate publica, missis executoribus justitiæ, non eo, cui furtum factum dicitur, *D. Tulden. comm. hic, cap. 13. post DD commun.*

TEXTUS.

5, *Pœna manifesti furti quadrupli est, tam ex servi, quam ex liberi persona: nec manifesti, dupli.*

Notæ.

5. Tam ex servi, quam ex liberi] Hoc dicit respiciens ad pœnam furti manifesti ex lege 12. tab. qua servi è saxo præcipitabantur, liberi verberibus cæsi addicebantur ei, cui furtum factum esset. Gell. 11. *cap.* 18. Prætores autem id furtum quadruplo lui voluerunt; nulla facta distinctione inter liberos & servos, convenit *cap.* 3. *Exod. c.* 5. *Deut.*

COMMENTARIVS.

1 *Furta varie multata, etiam apud Romanos, à decemviris, à prætoribus, & n.* 5.

2 *Procedente tempore etiam criminaliter furti agi cœptum: & tandem civiliter agi desitum.*

3 *Quæ furti pœna ex constitutionibus Friderici & Caroli Impp. & quomodo nunc fere fures plectantur.*

4 *Ostenditur, non pugnare cum justitia attributrice, quod fures interdum etiã morte afficiantur.*

1 POena furti nec una apud omnes, nec eadem semper apud Romanos fuit. Nam alij pœna pecuniaria tantum; alij flagellatione, alij fustigatione; alij effusione oculorum, aut alicujus membri amputatione, alij gravius etiam, adeoque morte furta multarunt, *vid. Alex. ab Alex 6. genial. dier.* 10. *Bodin. 6. de repub.* 6. Decemviri fures manifestos verberibus affectos in servitutem tradi jusserunt ei, cui furtum factum esset: servos furti manifesti prensos, cædi & è saxo præcipitari; furtis autem non manifestis tantum pecuniariam pœnam dupli imposuerunt: quorum in altero severitatem Draconis, qui furta omnia capite plectebat, in altero Solonis leniratem, qui ea dupli tantum pœna vindicabat, secuti videntur. *Gell. lib.* 11. *cap.* 18. Cæterum prætoribus pœna illa furti manifesti adhuc nimis acerba visa fuit: itaque eam in pecuniariam quadrupli mutaverunt: dupli fures non manifestos intactam reliquerunt. Procedente vero tempore etiam criminaliter furti agi cœptum est, & vindictæ publicæ causa extraordinaria animadversione fures coërceri, pœnam statuente judice pro qualitate circumstantiarum: eaque persecutio criminis jam tempore mediæ jurisprudentiæ frequentiore in usu erat, quam actio furti civilis, *l. ult. hoc tit.* Moderamen autem attulit Iustinianus novissima sanctione, qua cavit, ne pro furto vel mors, vel ullius membri abscissio infligatur; sed ut aliter fures castigentur, puta pœna pecuniaria, vel exilio, vel simili, quam constitutione sua non excepit, *Nov.* 134. *cap. ult. auth. sed novo, C. de serv. fugit.* Posterioribus vero sæculis civilis furti actio, pœnæque pecuniariæ, quæ ei, cui res ablata erat, applicabantur, in totum abolitæ sunt. Cæterum severius furta vindicari placuit, propter crescentem hominum audaciam furtorumque frequentiam, ad quæ coërcenda pœnæ antiquæ iam non amplius sufficere videbantur. Extat Friderici Imperatoris constitutio *lib.* 2. *Feud. tit. de pac. ten. & eius viol.* qua jubet eum, qui quinque solidos aut rem ejusdem valoris furatus fuerit, laqueo suspendi, eum vero, qui minus furtum commiserit, scopis & forcipe excoriari & tundi, sive, ut Hotomannus legit, tonderi, *§. ult. dict. tit.* eamque pœnam idem Imperator confirmare videtur, *eod. lib. Feud. tit. de pac. ten. inter subdit. §. iniuria seu furtum.* Quod autem plerique Fredericum loqui putant non de simplici furto, sed seditioso, id est, eo, cum quo concurrit & crimen violatæ pacis, argum. rubricæ vid. *Lud. Gomez, ad §. ex maleficiis* 18. *num.* 3. 4 *& §. inf. de act. Clar. §. furtum, num.* 7. *Schneid. in §. ult. hoc, tit. num.* 6. id vix confutatione dignum videtur. Quid enim commune habet furtum cum violatione pacis: Sed & violatio pacis publicæ per se crimen capitale est, neque in eo locum habet distinctio, quam Fredericus facit. Recentior est constitutio Caroli Quinti, qua cavetur, ut fures, præsertim non manifesti, neque magnæ rei, & semel duntaxat furti convicti, lenius, iterum & tertio convicti gravius & capite puniantur; habita tamen ratione sexus, ætatis, &c. *art.* 157. *& seq. const. imp. caus. crim.* Atque hanc Caroli Imperatoris constitutionem mores hodierni fere sequuntur.

2 Prima

Prima enim vice nunc virgis fures cædi solent : iterum paratro facinore acrius castigantur, atque insuper tergis eorum stigma inuritur, ut hoc sit eis cauterium emendationis vitæ : denique tertio convicti, in patibulum attolluntur, ut vitam, quæ flagris, aut alia etiam graviore coërcitione emendari non potuit, reste finiant. Qui tamen ordo animadversionis nonnunquam mutatur, circumstantiis judicem aliter moventibus. *Gomez. ad l. §. ex maleficiis, num. 4. Chassan. ad consuet. Burg. rubr. 1. §. 5. vers. simplex, num. 2. Clar. d § furtum, num. 12. Covar. 2 resol. 9. num. 7. & 10. n. 2. Damhoud. prax. crim. cap. 110. num. 28. & seq. Gudelin. 5. de iur. nov. 19.* Privatis tantum relicta est ejus, quod surreptum est, judicio civili persequendi facultas. Sunt, qui hasce pœnas, præsertim capitalem illam laquei, ut duras nimis, & proportionem pœnæ ad delictum longe excedentes, in totum damnant, negantque, justitiæ attributricis rationem pati, ut puniatur morte, qui in rebus duntaxat externis alteri nocuit ; maxime cum etiam lex divina Hebræis per Mosen data non majore pœna, quam pecuniaria, fures plecti jubeat *Exod. cap. 22.* Verum respondent alij, nos legibus pœnalibus Mosaïcis, utpote politicis, non teneri, utique quoad gradus pœnarum observandos, quibus delicta coërceantur : satis esse leges nostræ congruant ad hanc regulam, ut maleficia puniantur ; gradus pœnarum permittendos esse legum conditoribus : quibus proinde fas sit, severius delicta punire, atque ea quoque, per quæ fortunæ tantum bonis nocetur, capite plectere, si viderint publice id expedire, neque mitiore ratione cives à flagitio deterreri posse. Illam vero proportionem, quæ debeat esse culpam inter & pœnam, non spectare absolute & unde materiam delicti, sed habere respectum ad hunc finem, ut inquieto sit vita communis, & imperturbata maneat civium inter se societas. Quare si talis sit pœna, cujus metu cives à delinquendo non videantur revocari posse, eam proportionatam non esse, quamvis alias per se & ratione damni, quod illatum est, satis sit gravis. Neque enim proportionem hanc exigere, ut materia pœnæ examussim respondeat materiæ culpæ, hoc est, ut bonum, qui pœna privat, neutiquam excedat bonum illud, quo delinquens privavit proximum suum : sed æstimandum esse ex fine, publico scilicet bono, & transgressione legis atque inobedientia. Idque etiam Aristotelem docere 2. *polit. cap. ult. l.* ubi ait, legislatores in puniendis delictis sæpe respicere πρὸς τὸ συμφέρον, id est, ad id, quod publice expedit. Et intellexisse Claudium Saturninum in *l. aut facta 16. in fin. de pœn.* ubi scribit supplicia exacerbari oportere, quoties nimium multis grassantibus exemplo opus est : in quam sententiam etiam disserit Cæcilius apud Gell. *lib. 20. cap. 1.* ubi ait, acerbitatem ulciscendi maleficij plerumque bene atque caute vivendi esse disciplinam. Postremo neque furta quælibet hodie morte puniti, sed ea duntaxat, quæ vel enormia sunt, aut conjuncta cum vi publica, vel quæ sæpius perpetrata leviori animadversione corrigi non potuere. *Covar. 2. resol. 9. n. 7. Dan. Moll. 1. semestr. 37. n. 5. & seq. Vveseml. par. de fur. in fin.* latè *Lud. Molin. de iust. & iur. tom. 3. tract. disp. 2. Perez. in C. de furt. n. 15. & seqq.*

Tam ex servi, quam ex liberi persona] Respicere videtur ad pœnam furti manifesti ex lege 12. tabularum. Nam ea pro conditione personæ ejus, qui furtum fecisset, diversa erat : servi è saxo præcipitabantur ; liberi verberibus cæsi addicebantur ei, cui furtum factum esset, ut ex Gellio supra retulimus. At præteres mutata legis pœna, & pecuniaria quadrupli furto manifesto imposita, id furtum quadruplo lui voluerunt, nulla facta distinctione inter liberos & servos, ut scilicet nomine servi furis manifesti dominum pœnali in quadruplum actione convenire liceret, non quidem pure & directe, ut homo liber convenitur ex maleficio proprio, sed judicio noxali, *inf. tit. de nox. act.* Quod si quis furti à servo commissi criminaliter agere velit, ipse servus conveniendus est. 5

TEXTUS.

6. Furtum autem fit, non solum cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet : sed generaliter cum quis alienam rem invito domino contractat. Itaque sive creditor pignore, sive is, apud quem res deposita est, ea re utatur ; sive is, qui rem utendam accepit, in alium usum eam transferat, quam cujus gratia ei data est, furtum committit : veluti si quis argentum utendum acceperit, quasi amicos ad cœnam invitaturus, & id peregre secum tulerit : aut si quis equum gestandi causa commodatum sibi, longius aliquo duxerit, quod veteres scripserunt de eo, qui in aciem equum perduxisset.

NOTÆ.

6. IN ALIUM USUM TRANSFERAT] Vel etiam alij utendum concedat. Species enim lucri est ex alieno largiri, & beneficij sibi debitorem acquirere, *d. l. 54. §. 1.*

SI QUIS ARGENTUM, &c. AUT EQUUM GESTANDI CAUSA] *l. 5. § 8. commod. leg. 40. de furt.* Gell. *lib. 7. cap. 15.* Val. Max *lib. 8. cap. 2.* ubi memorabile exemplum. Et apud Symmach. 7. *Epist. 69.*

QUI IN ACIEM] Cuiacio legendum videtur, *Qui in Ariciam acceptum equum longius perduxisset*, ex Valerio & Symmacho *dd. loc.* quanquam constans est hæc lectio, *in aciem* Theoph. εἰς παράταξιν.

COMMENTARIUS.

1 *Quid moribus horum temporum circa hunc §. observetur.*

FUrtum fieri intelligitur non tantum si quis rem alienam clam domino amoveat, ipsius rei intervertendæ causa; verum etiam si quis id faciat, solius usus rei in lucrum suum transferendi gratia; adeoque non amovendo tantum, sed etiam aliter contrectando furtum committitur, nempe si quis ea re, quam voluntate domini aliter se habet, non ex voluntate domini utatur. In summa, ut Sabinus ait apud Gellium *lib. 11. c. 18. Qui alienam rem attrectavit cum id se invito domino facere judicare deberet, furti tenetur.*

Si creditor pignore, &c.] Pignus non ad utilitatem, sed ad securitatem datur, § *ult. sup. quib. mod. re con. t. obl.* depositum custodiæ causa, non usus, *tot. tit. depos.* Itaque si creditor pignore, is apud quem res deposita est, ea re utatur, furtum committi intelligitur. Idem est, si commodatarius in alium usum, quam in quem accepit, rem commodatam transferat; & magis idem, si quis pecuniam, quam ad alium perferendam accepit, convertat in usus suos, *l. qui iumenta 40. l. si pignore 54. l. qui re 76. hoc tit. l. 7. C. eod.* Sed & eum, qui quid utendum accepit, si id alij commodaverit, furti obligari tractatum est; nec quem movere debere, quasi hic nihil lucri sui causa faciat: speciem enim lucri esse ex alieno largiri & beneficij sibi debitorem acquirere. Unde eum quoque furti teneri, qui ideo rem amovet, ut alij donet, *d. l. si pignore*, §. 1.

Veluti si quis argentum, &c. aut equum gestandi causa] *l. 5. § quinimo 8. commod. d. l. 40. hoc tit. Gell. lib. 7. c. 15.* Memorabile est, quod refert Val. Max. *lib. 8. cap. 2.* & Symmach. 7. *epist. 69.* furti quendam damnatum esse, quod equo, cuius usus illi usque Ariciam commodatus fuerat, ulteriore eius municipij clivo vectus esset. Quod tamen mihi per quam durum videtur: neque puto criminaliter ex huiusmodi causis agi potuisse. Sane pœna corporalis, qua nunc fures afficiuntur, tantum locum habet in amotione rei è loco, in quo dominus eam posuerat, non etiam cum alias ignorante domino contrectata est, puta à creditore, aut depositario pignore aut re deposita utentibus, aut à commodatario excedente præscriptum utendi modum. Excipit D. Tuldenus *comm. hic, cap. 2.* fraudem publici tabularij: & merito Moribus horum temporum creditor aut depositarius re pignerata aut deposita utentes, aut commodatarius re commodata aliter, quam utendam accepit, furti actione, quæ soli fisco nunc competit, non tenetur, sed tantummodo actione civili in id, quod eius, qui pignori dedit, depositi, aut commodavit, interest, id factum non esse. *Zype, not. jur. Belg. de furt. vers. pen. Autumn. confer. du droict, in l. qui iumenta 40. hoc tit. Groenew. de ll. abrog. hic.*

TEXTUS.

7. *Placuit tamen, eos, qui rebus commodatis aliter uterentur, quam utendas acceperint, ita furtum committere, si se intelligant id invito domino facere; eumque, si intellexisset, non permissurum: at si permissurum credant, extra crimen videri: optima sane distinctione; quia furtum sine affectu furandi non committitur.*

NOTÆ.

7. AT SI PERMISSURUM CREDANT, &c.] Nihil enim dolo facit, qui putat dominum consensurum fuisse, sive falso id, sive vere putet, *l. 46. §. 7. de furt. fac. l. 76. eod.*

SINE AFFECTU FURANDI] *l. 37. de usur.* Furtum non committitur χωρὶς κακῆς ἐπιθέσεως, Ptell. cum facto etiam animum furis exigit, *l. 41. ad leg. Aq.* nec tam factum quæritur, quam faciendi causa, *l. 39. eod.* Nam maleficia ex proposito delinquentis æstimantur, *l. 53. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Species quædam notabilis.*

CUm furtum sine animo & affectu furandi, χωρὶς κακῆς ἐπιθέσεως, non committatur, *l. furtum 37. de usur.* neque tam factum quæratur, quam faciendi causa: *l. verum 39. hoc tit.* recte dictum est eum, qui putavit se voluntate domini rem attingere, non esse furem. Qui enim dolo facit, qui putat dominum consensurum fuisse, sive falso id, sive vere putet? Is ergo solus fur est qui

attrectavit, quod invito domino se facere scivit, *l. inter omnes 46. §. recte 7. eod.*

Rebus commodatis aliter uterentur] Idem est, si quis utatur re, quæ utenda quidem data non est, sed custodiæ aut pignoris causa tradita, existimans se id facere domino non invito, *l. qui re 76. eod.* Sed quid dicendum, si quis rem aliquam usus sui causa ex ædibus alienis amoverit hoc obtentu, quod dicat se putasse dominum id permissurum fuisse? Equidem si vir sit integræ famæ, & justam causam hujus opinionis habeat, puta quæ mutua amicitia, necessitudine, familiaritate nitatur, dixerim nec hunc furem habendum esse, cum *Ioan. Fab. & Ang. hic*, per text. generalem in *d. l. inter 46. §. recte hoc*, *sic.* alias suspicione furti & gravi præsumptione onerabitur, *arg. l. qui vas 48. §. 3. eod.* Nam ut recte ait Bald. in *l. 6. C. de dol.* in his, quæ sunt de genere prohibitorum, semper dolus præsumitur. Quæ sententia etiam communi calculo comprobata est, in *l. 5. C. de iniur.* Et ideo ne domini quidem attestatio, profitentis consensu suo rem amotam esse, furem liberabit, utpote quæ pretio aut precibus emendicata creditur, nisi accedant idoneæ in contrarium conjecturæ. Cæterum hoc tunc locum habet, cum furti criminaliter agitur: nam privatam sui juris persecutionem unusquisque remittere potest. Ita post *Bard. in d. l. inter §. recte, hoc tit. & DD. in l. transigere, C. de transact.* concludit Gomez 3. *resol. 5. num. 2.*

TEXTUS.

8. *Sed & si credat aliquis invito domino se rem commodatam sibi contrectare, domino autem volente id fiat, dicitur furtum non fieri. Unde illud quæsitum est, quum Titius servum Mævij sollicitaverit, ut quasdam res domino surriperet, & ad eum perferret, & servus id ad dominum pertulerit: Mævius autem dum vult Titium in ipso delicto deprehendere, permiserit servo quasdam res ad eum perferre, utrum furti, an servi corrupti judicio teneatur Titius, an neutro? Et cum nobis super hac dubitatione suggestum est, & antiquorum prudentium super hoc altercationes perspeximus, quibusdam neque furti, neque servi corrupti actionem præstantibus, quibusdam furti tantummodo: nos hujusmodi calliditati obviam euntes, per nostram constitutionem sancimus, non solum furti actionem, sed & servi corrupti contra eum dari. Licet enim is servus deterior à solicitatore minime factus est, & ideo non concurrant regulæ quæ servi corrupti actionem introducunt: tamen consilium corruptoris ad perniciem probitatis servi introductum est, ut sit ei pœnalis actio imposita, tanquam si re ipsa fuisset servus corruptus: ne ex hujusmodi impunitate & in alium servum, qui facile posset corrumpi, tale facinus à quibusdam perpetretur.*

NOTÆ.

8. SI CREDAT INVITO, &c. DOMINO AUTEM VOLENTE] Pomponius *l. 46. §. pen. eod.* ait furtum quidem fieri: sed negat hoc casu furti agi posse; quia dominus in usum consentiens re ipsa fraudatus non est, arg. *l. 145. de reg. iur.*

NEQUE FURTI] Quia cui volenti furtum factum est, furti agere non potest, uti modo dictum.

NEQUE SERVI CORRUPTI] Quippe quæ ei tantum à prætore proponitur, cujus servus persuasione alterius corruptus est, *l. 1. de serv. corrupt.* quod hîc factum non est.

QUIBUSDAM FURTI TANTUMMODO] Quoniam voluntas ista domini non fuit seria, sed simulata, ut fur deprehenderetur.

PER NOSTRAM DECISIONEM] *l. 20. de furt.* ubi vel conatum tam improbum solicitatoris vult puniri, proque furto & corruptione haberi.

NON OCCURRANT REGULÆ] Quia conatus revera effectum non habuit.

TAMEN CONSILIUM CORRUPTORIS, &c.] Id est, effectum habuit consilium opinione pernicioſi suasoris, atque res est pessimi exempli. *d. l. 20.*

TAMQUAM SI RE IPSA, &c. CORRUPTUS] Si autem servus re ipsa corruptus fuisset, in duplum, quanti ea res est, in corruptorem judicium daretur, *l. 1. de serv. corrupt.*

COMMENTARIUS.

1. *Eum qui rem alienam, licet insuper habente domino fraudulenter contrectat, revera furtum facere: furti tamen non obligari.*
2. *Cur dubitatum, utrum solicitator servi in hypothesi proposita actione furti aut servi corrupti teneretur, necne.*

QUod hic ait Iustinianus furtum non fieri, etiamsi quis credat se rem invito domino attrectare,

attrectare cum id faciat domino volente, id non de facto ipso, sed de pœna facti accipiendum est videlicet in proposito non eo effectu furtum committi; ut is, qui contrectavit, pœnali actione furti teneatur. Neque enim negari potest, quin
2 reverra furtum faciat, & peccato conscientiam obstringat, qui rem alienam lucri sui causa fraudulenter contrectat, etiamsi illo ignorante dominus insuper habeat. Quod & Pomponius fatetur, *l. inter 46. § pen. hoc tit.* Cæterum negat cum hoc casu furti obligari, id est furti cum eo agi in foro civili posse: quoniam dominus, qui eum uti voluerit, etiamsi id fur ignoret, re ipsa fraudatus non sit, *arg. l. nemo 145. de reg. jur.* Sunt vero & alij casus quibus licet furtum committatur, actio tamen furti certis de causis à magistratu denegatur, *vid. l. 1. in fin. rer. amot. l. servi 17. l. si libertus 89. hoc tit. §. hi qui 12. inf. eod.*

Unde illud quæsitum, &c.] Quoniam placet furti non obligari eum, qui rem alienam contrectat, si id faciat domino volente, licet hoc ipse ignoret quæsitum inde, an furti teneatur, qui servum alienum sollicitavit, ut res aliquas domino furriperet, & ad se perferret, si dominus per servum ejus rei certior factus permiserit servo res quasdam sollicitatorem perferre, quo eum in delicto deprehendat. Quibusdam visum est furti actionem non magis hoc casu competere, quam superiore: quia cui volenti furtum factum
3 est, furti agere non potest. Aliis vero contra quoniam voluntas ista non seria fuit, sed simulata, ut fur deprehenderetur. Simul illud quoque quæsitum, an suasor iste seu sollicitator in proposita hipothesi teneatur actione servi corrupti, quæ in duplum quanti ea res est, à prætore proponitur adversus eum, cujus persuasione servus corruptus aut deterior factus est, *l. 1. de serv. corrupt.* Veteribus placuit non teneri, quia prætor de eo tantum loquitur à quo servus persuasus & corruptus est, in proposito autem suasisse quidem sollicitatorem pravumque consilium servo dedisse; at non persuasisse & fecisse deteriorem; proinde nec esse quod hic æstimari & duplari possit. Cæterum Iustinianus *l. si quis 20. C. hoc tit.* non attenta disputatione veterum censuit, vel conatum tam improbum sollicitatoris puniendum esse, proque furto & corruptione habendum: nam etsi is conatus effectum non habuit, habuisse tamen opinione pernicioſi suasoris, atque rem pessimi exempli; ut *hic. & d. l. 20.* latius differit. Quantum igitur hoc casu judicio servi corrupti postulabitur? Quantum scilicet deberetur, si revera servus coruptus fuisset.

TEXTUS.

9. *Interdum etiam liberorum hominum furtum fit; veluti si quis liberorum nostrorum, qui in potestate nostra sunt, subreptus fuerit.*

NOTÆ.

9. SI QUIS LIBERORUM NOSTRORUM] *leg. 14. §. 13. de furt.* Cujus rei ratio ex jure antiquo Quiritium sumenda. Quoniam autem in libero homine nulla æstimatio corporis fieri potest, *l. 1. §. 5. de his qui effud.* multiplicabitur, quod patris interest. Cæterum etiam locus hic est judicio publico legis Fabiæ de plagiariis, *l. ult. C. ad leg. Fab.*

QUI IN POTESTATE] Igitur mater actionem furti non habet, *l. 38. de furt.*

COMMENTARIVS.

SI filiusfam. subreptus, palam est, patrem habere furti actionem, inquit *Vp. l. 14. § si filiusfam. hoc tit.* Cujus rei ratio ex jure antiquo Quiritium sumenda est, quo filius instar servi in patris manu, potestate, ac ditione erat: unde etiam liberi, qui in potestate sunt, vendicari potuerunt, hac adjecta clausula, *Ex lege Quiritium l. 1 §. 2. de rei vend.* Ob furtum igitur filiifam. tripliciter agi poterit. Iudicio criminali extra ordinem *l. ult. hoc tit.* judicio publico legis Fabiæ de plagiariis, *l. ult C. ad leg. Fab. de plag.* & civiliter in duplum aut quadruplum. Quoniam autem in libero homine nulla æstimatio corporis fieri potest, *l. 1. § sed cum 5. de his qui effud.* multipleabitur hic secundum interpr. id quod patris interest. Mater filij furrepti actionem non habet, quia nec in potestate eum habet, *l. mater 38. hoc tit.* Sed nec patri datur condictio utpote quæ non nisi vero domino competit. *l. 38. §. 1.*

TEXTUS.

10. *Aliquando etiam suæ rei furtum quis committit; veluti si debitor rem quam creditori pignoris causa dedit, subtraxerit.*

NOTÆ.

10. QUAM CREDITORI PIGNORIS CAUSA] *l. 12. § 2. d. l. 19. § pen. l. 79. de furt.* Minus autem proprie hic dicitur debitor rei suæ furtum facere,

cum eatenus tantum faciat, quatenus id quod in ea re creditoris est, intervertit. Rei enim nostræ furtum facere non possumus. Paul. 2. *sent.* 31. Aristot. 5. *Eth. ult.*

COMMENTARIVS.

QUI rem pigneri dat, eamque surripit, furti actione creditori tenetur, *l. itaque* 12. §. 2. *l. in actione* 19 §. *pen. l. si debitor* 79. *l. creditor* 87. *hoc tit.* Furtum autem rei pignoratæ dominus non tantum tunc facere videtur, cum possidenti sive tenenti creditori aufert; verum & si eo tempore absulerit, quo non possidebat, ut puta si rem pignoratam vendidit: nam & hic furtum eum facere, sæpissime responsum est, *d. l. in actione* 19. §. *ult. l. si is qui* 66. *in pr. eod. l.* 6. *Cod. pro empt.* Cæterum minus proprie hic dicitur debitor rei suæ furtum facere, cum eatenus tantum faciat, quatenus id, quod in ea re creditoris est, intervertere conatur. Rei enim nostræ furtum facere non possumus. *Paul* 2. *sent.* 21. *Aristot.* 5. *eth. ult.* Neque hæc species ad rigorem nostri temporis pertinet.

TEXTUS.

11. *Interdum quoque furti tenetur, qui ipse furtum non fecit: qualis est is, cujus ope & consilio furtum factum est. In quo numero est, qui tibi nummos excussit, ut alius eos raperet; aut tibi obstiterit, ut alius rem tuam exciperet; aut oves tuas, vel boves fugaverit, ut alius eas acciperet. Et hoc veteres scripserunt de eo, qui panno rubro fugavit armentum. Sed si quid eorum per lasciviam, & non data opera, ut furtum admitteretur, factum est, in factum actio dari debet. At ubi ope Mævij Titius furtum fecerit, ambo furti tenentur. Ope & consilio ejus quoque furtum admitti videtur, qui scalas forte fenestris supponit, aut ipsas fenestras vel ostium effringit, ut alius furtum faceret; qui ve ferramenta ad effringendum, aut scalas, ut fenestris supponeretur, commodaverit, sciens, cujus rei gratia commodaverit. Certe qui nullam opem ad furtum faciendum adhibuit, sed tantum consilium dedit, atque hortatus est ad furtum faciendum, non tenetur furti.*

NOTÆ.

11. CUIUS OPE, CONSILIO] Hæc verba separatim accipienda: aliud enim est factum ejus, qui ope, aliud ejus, qui consilio furtum facit, *l.* 53. §. *ult. de verb. sign. nisi leg* 50 §. *pen. de furt.* unde alibi, *opem ferre, vel consilium dare, leg.* 52. *pr.* & §. 19. *eod.*

UT ALIUS EOS RAPERET] Dummodo & rapuerit: nam si nummi perierint, & ad neminem pervenerint, damni injuriæ actio datur, *d. l.* 27. §. 21. *ad leg. Aq.*

IN FACTUM ACTIO DARI DEBET] *d. l.* 50. §. *ult* prætoria scil. aut si pecora præcipitata sunt, in factum civilis, sive utilis actio damni injuriæ quasi ex lege Aquilia, *d. l.* 27. §. 21. *ad leg. Aq. l.* 51. *de furt.*

VEL IPSAS FENESTRAS, &c. *l.* 50. §. *pen. l.* 54. §. *per. eod.*

NON TENETUR FURTI] Simplex consilium sine instructione neminem furti obligat; quantumvis furtum secutum sit. Nam si secutum non sit, nec is, qui consilio instruxit, aut instrumenta, &c. commodavit, furti tenetur.

COMMENTARIVS.

1 *Verba* ope, consilio, *separatione accipienda, an conjunctim.*

2 *Explicatur homonymia verbi* consilium, *& effectus secundum singula significata indicantur. & n.* 3.

NOnnumquam & ille furti tenetur, qui ipse furtum non fecit, id est, rem ipse non contrectavit, veluti is, cujus ope, consilio, furtum factum est; in quem prodita est hæc formula, *ope, consilio tuo, furtum factum esse ait, l. si servus* 27. §. *si quis* 21. *ad leg. Aquil.* Illud satis expeditum non est, verba hæc, *ope, consilio*, separatim accipienda sint, an conjunctim. Nam Paulus respondet separatim accipienda, idque convenienter sententiæ Labeonis, quod aliud sit factum ejus, qui ope, aliud ejus, qui consilio furtum facit, *l. sæpe* 53. §. *ult. de verb. sign.* Idem quoque Ulpianus non obscure indicat *l. si quis* 52. *in pr.* & §. *neque verba* 19. *hoc tit.* ibi, *opem ferre, vel consilium dare.* Et clarius in *leg.* 6. *de condict. furt.* qui etiam alibi hæc si distinguit, *Consilium*, inquit, *dare videtur, qui persuadet & impellit atque instruit consilio ad furtum faciendum. Opem fert, qui ministerium atque adiutorium ad surripiendas res præbet, l. in furti* 50. §. *pen. hoc tit.* Secundum quæ actione furti tenebitur non solum cujus ope & consilio simul furtum factum est; sed etiam si, qui vel consilium tantum dedit, vel tantum opem tulit,

tulit, *d. l. 6. de cond. furt.* Verum ex adverso conjunctim potius utrumque factum accipiendum esse, neque alterum absque altero furti quempiam obstringere, multis locis significari videtur, uti in *l. qui servo 36. in fin. pr. l. in furti 50. §. 1. hoc tit. l. si servus 27. §. si quis 21. ad leg. Aquil.* atque ab ipso adeo Paulo in *d. l. sæpe 53. §. ult. de verb. sign.* cum ait, post veterum auctoritatem eo perventum esse, *ut nemo ope videatur fecisse, nisi & consilium malignum habuerit, nec consilium habuisse noceat, nisi & factum fuerit.* Denique hoc ipso loco in calce §. nostri, ait Imperator, furti non teneri eum, qui tantum consilium dedit atque hortatus est ad furtum faciendum. Sic sentio, utrumque factum seorsum ad obligationem furti sufficere, vel inquam consilium dare, vel opem ferre: neque enim ex eo, quod hæc verba, *ope consilio* sæpè conjunctim proponuntur, aut in hypothesi utrumque factum concurrit, protinus sequitur, furti non aliter agi posse, quam si utrumque concurrat: neque ea aut Pauli in *d. l. sæpe*, aut Iustiniani hoc §. sententia est, ut planum fiet explicata homonymia, quæ est in verbo *consilium*. Triplex vero hujus verbi in re proposita usurpatio est. 2 Nam aliquando generaliter verbo consilij significatur malitiosum propositum seu animus dolosus: quo sensu nemo dici potest ope furtum facere sine consilio, *l. in furti 50. §. 2. l. si pignore 45. §. pen. h. tit.* verbi gratia, qui furi scalas commodavit, ignorans cujus rei gratia commodato petererentur, furti non tenetur: atque hoc est, quod sibi vult Iurisconsultus *d. l. sæpe in fin. de verb. sign.* Nonnunquam consilium usurpatur pro simplici suasione seu monitione, veluti si quis de paupertate conquerentem hortetur, ut furto sibi pecuniam quærat: cujusmodi simplex consilium furti neminem obligat, quantumvis furtum secutum sit: quod significat Iustinianus in fine hujus text. Tertio consilium strictius accipitur, ut sit idem quod persuasio, impulsio, simulque instructio ad furtum faciendum; quale est, exempli causa, si quis furi rationem penetrandi in ædes, locumve, ubi pecunia reposita est, commonstret: in quo significatu consilium opponitur operæ, quæ actum proximè ad furtum directum, auxiliumque, quod in ipso furto præstatur, designat, *d. l. in furti §. pen.* Hæc consilij species; etsi nullum porro ministerium seu opera accedat, consulentem obligat; utique si alter consilium datum secutus furtum commiserit: nam si ille relicto consilio à furto abstinuerit, verius est, nec eum, qui tale consilium dedit, furti astringi, *arg. l. qui servo 26. pr. l. si quis 52. §. neque 19. h. t. d. l. sæpe. §. 1. in fin. de verb. sign.* quo loco quod notandum est, Iurisconsultus primum voce consilij intelligit malignum propositum & scientiam opem ferentis, mox persuasionem atque instructionem ad furtum faciendum; uti & in *pr. ejusd. §.*

Qui tibi nummos excussit, &c.] *l. si quis 52. §. si quis 13. hoc. tit.* Sabinus hoc casu etiam in factum dari posse actionem ait, *l. si servus 27. §. si quis 21. ad leg. Aquil.* Idem Sabinus apud Gellium *lib. 11. c. 18.* refert, furem esse hominis judicatum, qui cum fugitivus præter oculos domini fortè iret, obtentu togæ, tanquam se amiciens, ne videretur à domino, obstitisset.

Qui panno rubro] *l. in furti 50. §. ult. hoc. t.* Tauros & boves rubicundi coloris adspectu excitari & furorem eis acui, scribit Seneca *lib. 3. de ira.* Ovid. 12. *Metam.* eoque alludit Cicero *lib. 2. de divin.* cum quærit, an taurus is, cujus cor in sacrificio non erat inventum, conspecta Cæsaris, purpura sic expaverit, & terrore examinatus sit, ut repente cor amiserit.

Per lasciviam] Si quis non furti faciendi causa, sed per petulantiam quid eorum, quæ dicta sunt fecerit, non actione furti, sed in factum tenetur, *d. l. in furti. §. ult.* Quod si res ita perierit, ne ad aliquem perveniret, utilis actio damni injuriæ quasi ex lege Aquilia datur: neque hic distinguitur, furti faciendi animo, an per lasciviam quid factum fuerit, *l. si servus 27. §. si quis 21. ad leg. Aquil. nam & 51. hoc tit.*

Qui scalas fenestris supposuit] Qui vel ostium effregerit, vel ferramenta sciens commodaverit ad effrigendum ostium vel armarium, vel scalam supposuerit, vel sciens commodaverit ad adscendendum, licet nullum ejus consilium principaliter ad furtum faciendum intervenerit, tamen furti actione tenetur, *l. si pignore 54. §. pen. hoc. tit.*

Tantum consilium dedit atque hortatus est] Quod ante diximus, ob simplex consilium aut hortationem ad furtum faciendum furti actionem non dari, etiamsi furtum secutum fuerit, id verum esse, perspicuè ostendit hic noster textus: quem proinde malè nonnulli sic limitant, nisi furtum fuerit secutum: nam si furtum secutum non sit, nec is, qui furem consilio instruxit; aut instrumenta ad furtum faciendum sciens commodavit, furti tenetur: quippe ubi nulla contrectatio intervenit, furtum intelligi non potest. Hodie in universum mitius, quam fures puniuntur, quorum ope, consilio, furtum factum est. Neque enim caput aut corpus eorum sævitur, nisi in ipso actu furandi auxilium furibus præstiterint, ut hic docent interpretes.

TEXTUS.

12. *Hic, qui in parentum, vel dominorum potestate sunt, si rem eis furripiunt, furtum*

tum quidem faciunt, & res in furtivam causam cadit, nec ob id ab ullo usucapi potest, antequam in domni potestatem revertatur : sed furti actio non nascitur ; quia nec ex alia ulla causa potest inter eos actio nasci. Si vero ope & consilio alterius furtum factum fuerit, quia utique furtum committitur, convenienter ille furti tenetur : quia verum est, opi & consilio ejus furtum factum esse.

NOTÆ.

12. NEC OB ID USUCAPI POTEST] Quia cum furtum revera factum sit, etiam furti vitio res afficitur, ut proinde usucapi non possit, §. 2. *sup. de usuc.*

SED FURTI ACTIO NON NASCITUR] Quia pater & dominus privatæ animadversionis jus habent, *l.* 17. *de furt.* vel quia non magis cum his, quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsi agere possumus, *l.* 16. *eod.* nisi filius habeat castrense peculium, *l.* 4. *de judic. l.* 52 §. 5. *de furt.*

COMMENTARIVS.

1 *Cur servi & filij furtum nobis facientes furti non teneantur.*
2 *Quid si filius castrense peculium habens patri furtum fecerit, aut pater illi.*
3 *Furtorum domesticorum coercitio vetus & hodierna.*

1 SErvi & filij nostri furtum quidem nobis faciunt, ipsi autem furti non tenentur. Cujus rei duplex affertur ratio : tum quod dominus & pater in servum & filium privatæ animadversionis jus habent, *l. servi.* 17 *h.t.* qua eadem ratione placet, nec libertum patrono, nec mercenarium patrifamilias furtum facientes actione furti conveniri posse, *l. l.* 14. §. 3. & 4. *eod. si libertus* 89. *eod.* tum quod non magis cum his, quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsi, agere possumus, *l. nec cum* 16. *eod.* Et domino quidem nulla unquam cum servo actio esse potest : at potest aliquando patri lis esse cum filio, quem in potestate habet, nempe si filius castrense habeat peculium, atque ex ea causa conveniatur, *l.* 4. *de judic.* Quid ergo si filius castrense peculium habens furtum patri fecerit ? Defendi potest, utili actione eum teneri, cum habeat, unde satisfaciat,
2 *l. si quis* 52 § *sed si* 5. *hoc tit.* Ex converso quoque si pater rem castrensis peculij filij subtraxerit, furti patrem teneri, responsum est, *d. l.* 52. *an autem* 6. quod tamen, ut rectè plerique monent, accipiendum erit de utili in factum actione : neque enim ulla actio famosa, qualis est furti, filio adversus patrem datur, *l.* 5. *de obseq. par. præst.*

Nec ab ullo usucapi potest] Etsi ex causa furti, à servo aut filio facti, domino aut patri actio non conceditur ; tamen quia furtum revera factum est, res vitio furti afficitur ; ac proinde usucapi non potest, antequam vitium purgetur : quod fit, cum in potestatem domini reversa est, §. 2. *& seq sup. de usuc.*

Si vero ope & consilio l. qui servo 36. §. 1. *h.t.* Et hoc quoque consequens est ei, quod dixit verè, in proposito furtum fieri. Pari ratione si quis uxori pes mariti subtrahenti opem consiliumve accommodaverit, furti tenetur, etsi illa non tenetur, sed rerum amotarum, *d. l. si quis* 52. *pr. junct. l.* 1. *& 2. de act. rer. amot.* Furta domestica, puta famulorum aut mercenariorum, qui apud nos degunt, licet graviorem pœnam, quam alia mereri videantur propter perfidiam & difficultatem ab iis cavendi ; tamen leges, præsertim si viliora sunt, publicè ea vindicari vetant, *l. perspiciendum* 11. §. 1. *de pœn.* nimirum quoniam antiquitus coercitio eorum permissa erat ipsi patrifa. Sed quoniam privata illa emendatio hodie ab usu recessit, non minus severè hæc, quam cætera furta, publicè nunc vindicanda censeo cum D. Tuldeno *comm. hic c.* 3. *in fin. add. Grœnevv. de ll. abrogand. hic.*

TEXTUS.

13. *Furti autem actio ei competit, cujus interest rem salvam esse, licet dominus non sit. Itaque nec domino aliter competit, quam si ejus interfit rem non perire.*

NOTÆ.

13. ET COMPETIT, CUJUS INTEREST] Ex honesta scil. causa, *l.* 10. *l.* 11. *sed* nam ex improbitate sua nemo actionem consequitur, *l.* 12. §. 1. *l. l.* 14. §. 3. *& 4. eod.*

LICET DOMINUS NON SIT] Hoc non ad omnes pertinet, quorum quolibet modo interest rem salvam esse, *d. l.* 14. *pr. l.* 49. *eod.* sed ad eos duntaxat, quorum negligentia res surrepta est, cum eam ex voluntate domini suo periculo tenerent, veluti ex causa commodati, pignoris, &c. *d. l.* 14. § 10. *& multis seqq.*

COMMENTARVS.

1 *Temperatio regulæ à Justiniano hic traditæ.*
2 *Remotio eorum, qua huic loco obstare videntur.*

1 DOcet hic Justinianus, cui competat actio furti, & primum generaliter definit, actionem hanc

hanc competere omnibus, quorum interest, furtum factum non esse: mox quasi hoc amplians, subjicit, idem etiam obtinere, quamvis dominus non sit, cui res surrepta est, denique nec ipsi domino aliter furti actionem competere, quam si ejus interfit rem salvam esse: quæ omnia indigent explicatione. Ad definitionem quod attinet, illa sic temperanda est, si interfit ex honesta causa, *l.* 10. *cum seq. h. t.* Neque enim furi aut malæ fidei possessori, quamvis eorum interfit rem non surripi, actio furti datur; cum nemo ex improbitate sua actionem consequi debeat, *l. itaque* 12. §. 1. *l. eum qui* 14. §. 3. *& l. quire* 76. §. 1. *eod.* Ab Ulpiano tamen unus casus profertur, quo fur furti agere potest, *l. qui vas* 48. § *si ego* 4. *eod.* Illud in universum hic tenendum, sufficere ad actionem furti, quod tunc interfuit; cum furtum fieret, licet eo tempore, quo agitur, non amplius interfit, ut docet Iurisconsultus *l. inter omnes* 46. *in pr. eod.* Quod vero addit Iustinianus, *licet dominus non sit*, ei multa obstare videntur. Primum quod emptori, cui res non tradita est, actio furti denegatur solum ob hoc, quod dominus non est, §. 3 *sup. de empt. d. l.* 14. *in p. iunct. l. si vendidero* 80. *h. t.* cum tamen constet, emptoris etiam hic interesse; quippe ad quem perfecta emptione, licet res nondum tradita sit, omne damnum pertineat, *d.* §. 3. *empt.* Deinde etsi creditoris interest habere idoneum debitorem, scribit tamen Gajus, creditorem ob rem debitoris surreptam furti agere non posse, quamvis aliunde creditum servare nequeat, *l. interdum* 49. *h. tit.* Denique traditum est, nec eum, cui ex stipulatu vel testamento res aliqua debetur, ea surrepta actionem furti habere, quamvis ejus interfit, *l. is cujus* 85 *in fin. eod.* Cæterum ad hæc respondemus, quod dicitur, actionem furti dari iis, quorum interest, etsi domini non sunt, id non pertinere ad omnes, quorum quoliber modo interest, rem salvam esse, aut surripi; sed ad eos duntaxat, quorum culpa res surrepta est, cum eam ex voluntate domini suo periculo tenerent, veluti ex causa commodati, locati, pignorisve accepti, *d. l.* 14. §. *anpater* 10. *& multa seq. hoc tit.* Atque hoc perspicuè etiam docet Paulus *d. l. is cuius* 85. *in pr. eod.* Postremo quod Iustinianus ait, nec domino actionem furti competere, nisi interfit rem non perire, in eo respicit ad casus jam dictos, & qui tractantur §§. *proximè seqq.* quibus scilicet dominus actionem ex contractu ad rem ejusve æstimationem consequendam adversus alios habet. Nam extra hujusmodi casus solum dominium vicem obtinet ejus, quod interest, ut ostendit *l. si vendidero* 80. *pr. hoc tit.* ubi venditori, re ante traditionem surrepta, actionem furti competere Papinianus scribit, quoniam ejus interfit duplici de causa, vel ideo, quod adhuc dominus est, vel quia ad præstandas actiones tenetur.

TEXTUS.

14. *Unde constat creditorem de pignore surrepto furti actione agere posse, etiamsi idoneum debitorem habeat, quia expedit ei pignori potius incumbere, quam in personam agere, adeo quidem, ut quamvis ipse debitor eam rem surripuerit, nihilominus creditori competat actio furti.*

NOTÆ.

14 PIGNORE SURREPTO FURTI AGERE] *l.* 11. §. *ult. l.* 14. §. 5. 6. *& l.* 16. *l.* 19 § *pen. & ultim. l.* 49. *eod.*

PIGNORIS POTIUS INCUMBERE] *l.* 25. *de reg. iur.* Unde etiam creditori actio furti competit, etiamsi culpa ejus absit, aut debitor solvendo sit, *d. l.* 12. §. *ult.* adeoque licet ipse debitor rem surripuerit, §. 10. *sup. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Quibus de causis creditori in proposito furti detur: & quid interfit, adversus dominum, an extraneum experiatur.*

IN numero eorum, quorum interest rem non surripi, & qui ex ea causa furti actionem habent, quamvis non sint domini, in primis creditor est; non quidem si surrepta sit res quævis debitoris, sed si ea, quæ pignori data erat: nec refert, debitor ipse eam surripuerit, an extraneus, *l. itaque* 12. §. *ult. l. eum qui* 14. §. 5. *& 6. & § qualis* 16. *l. in actione* 19. §. *pen. & ult. l. interdum* 49. *hoc tit.* Duplici vero respectu ac ratione hic interest creditoris, actioque furti ei datur; tum quia ad rem, si culpa ejus surrepta est, restituendam tenetur actione pigneratitia, *d. l. eum qui* §. *idem scribit* 6. tum quia etiamsi culpa ejus non intervenerit, tamen alia de causa adhuc ejus interest: quoniam expedit ei, pignori potius incumbere, quam in personam agere juxta *l. plus cautionis* 25. *de reg. iur.* Itaque creditori omnimodo furti actio competit, nimirum etsi culpa ejus absit, aut debitor solvendo sit, *d. l. itaque* §. *ult.* eoque amplius licet ipse debitor rem surripuerit: de quo dictum *sup.* §. *aliquando* 10. Quamvis autem in proposito creditori æquè adversus dominum atque extraneum actio furti detur; tamen hoc interest quod

creditori

creditori contra extraneum agenti duplatur æstimatio ipsius pignoris: agenti vero contra dominum summa pecuniæ debitæ cum usuris, *l. creditori* 87. *eod.* Item quod priore casu quicquid percepit creditor, debito imputare, & quod excedit, restituere teneatur: posteriore, quod ipse debitor furti actione præstitit, creditoris lucro cedat, *l. si pignore* 22. *de pign. act. l.* 12 §. 1. *de distr. pign. l. creditor.* 13. *pr. hoc tit.*

TEXTUS.

15. *Item si fullo polienda curandave, aut sarcinator farcienda vestimenta mercede certa constituta acceperit, eaque furto amiserit, ipse furti habet actionem, non dominus; quia domini nihil interest eam rem non perire, cum judicio locati à fullone aut sarcinatore rem suam persequi possit. Sed & bonæ fidei emptori surrepta res, quam emerit, quamvis dominus non sit, omnino competit furti actio, quemadmodum & creditori. Fulloni vero & sarcinatori non aliter furti actionem competere placuit, quam si solvendo fuerint, hoc est, si domino rei æstimationem solvere possint. Nam si solvendo non sint, tunc quia ab eis suum consequi non possit, ipsi domino furti competit actio: quia hoc casu ipsius interest, rem salvam esse. Idem est &, si in parte solvendo fuerit fullo aut sarcinator.*

NOTÆ.

15. ITEM SI FULLO] *d. l.* 12. aut quivis conductor, si modo culpa ejus res surrepta sit, *d. l.* 14. §. 12. quoniam tunc conductoris interest rem non surripi, propterea quod judicio locati tenetur in rei æstimationem. Neque ut creditor, restituere cogitur, quod actione furti consecutus est, *l. 6. locat.* Fullo autem semper agit, quoniam custodiam præstare debet, *d. l.* 12 *pr.*

QUAM EMERIT] Atque emptam ab eo, quem dominum esse putabat, acceperit: nam antequam res tradita est, furti actio emptori non competit, *d. l.* 14. *pr.*

COMMENTARIVS.

1 *Discrimen circa actionem furti inter fullonem & cæteros conductores, item creditorem.*

2 *Cur bonæ fidei emptoris duntaxat hic fiat mentio.*

ETiam is, qui conduxit, furti actionem habet, sed ita si culpa ejus res surrepta sit, *l. eum qui* 14 §. *quod si* 12. *hoc tit.* nam tunc etiam conductoris interest rem non surripi, propterea quod judicio locati tenetur in rei æstimationem: neque, ut creditor, restituere cogitur, quod actione furti consecutus est, *l. 6. locat.* At si sine culpa conductoris res surripiatur, solus dominus actionem furti habet, utpote cujus tunc solius interest, actione locati eo casu deficiente, *d. l. eum qui* §. *idem scribit* 6. Fullo autem semper agit, quoniam custodiam præstare debet, § *seq. l. itaque* 12 *pr. eod.* id est, fullo furti actionem habet, etiamsi sine culpa ejus res furto amissa sit, modo ne casu, quem præcavere non poterat: nimirum fullo, non ut regulariter alij conductores, levem tantum culpam præstat, sed ut illi, qui operam offerunt, etiam levissimam, seu, ut nostri loquuntur, & culpam & diligentiam. De sartore idem habendum: repete quæ notavimus, *sup. ad* § *pen. de locat.*

Bonæ fidei emptori surrepta, quam emerit] Atque emptam ab eo, quem dominum esse putabat, acceperit: nam antequam res tradita est, furti actio emptori non competit, *d. l.* 14 *pr. h. tit.* Consulto autem bonæ fidei emptoris tantum hic fit mentio, quoniam ei, qui titulo lucrativo possidet, placet furti actionem non dari; cum non ejus, qui lucrum facturus, sed qui damnum passurus est, interesse videatur, *l. ejus rei* 71 §. 1. *eodem.* Hinc igitur temperanda *d. l. itaque* §. 1. *h. t.*

Omnino competit] In aliis est, *omnimodo*, nempe sive solvendo sit bonæ fidei emptor, sive non sit: Cujac. nam emptoris semper interest, propter pretium, quod ei abest. In fullone autem & sartore id secus esse, mox docetur. Quanta igitur hic æstimatio facienda? Responsum est, si dominus cum bonæ fidei emptore concurrat, emptori duplo, quanti ejus interest, æstimari, domino autem duplo, quanti res est, *l. furtivam* 74. *hoc tit.* Putarem autem, non concurrente domino, emptori ipsius pretium rei duplari.

Non aliter, quam si solvendo] Fulloni & sarcinatori cæterisque conductoribus actio furti non aliter competit, quam si solvendo sint. Nam ut Ulpianus ait, qui non habet, quod perdat, ejus periculo nihil est, *d. l. itaque* 12. *eod.* Solvendo autem esse nemo intelligitur, nisi qui solidum solvere potest, *l. solvendo* 114. *de verb. sign.*

TEXTUS

TEXTUS.

16. *Quæ de fullone & sarcinatore diximus, eadem & ad eum, cui commodata res est, transferenda, veteres existimabant. Nam ut ille fullo mercedem accipiendo custodiam præstat, ita is quoque, qui commodatum utendi causa accepit, similiter necesse habet custodiam præstare. Sed nostra providentia etiam hoc in nostris decisionibus emendavit, ut in domini voluntate sit, sive commodati actionem adversus eum, qui rem commodatam accepit, movere desiderat, sive furti adversus eum, qui rem surripuit; & alterutra earum electa, dominum non posse ex pœnitentia ad alteram venire actionem: sed si quidem furem elegerit, illum qui rem utendam accepit, penitus liberari: sin autem commodator veniat adversus eum, qui rem utendam accepit, ipsi quidem nullo modo competere posse adversus furem furti actionem: eum autem, qui pro re commodata convenitur, posse adversus furem habere actionem. Ita tamen, si dominus, sciens rem esse surreptam, adversus eum, cui res commodata fuerit, pervenit. Sin autem nescius & dubitans rem esse surreptam, apud eum commodati actionem instituerit: postea autem re comperta voluerit remittere quidem commodati actionem, ad furti autem actionem pervenire, tunc licentia ei concedatur & adversus furem venire, obstaculo nullo ei opponendo: quoniam incertus constitutus movit adversus eum, qui rem utendam accepit, commodati actionem: nisi domino ab eo satisfactum fuerit: tunc etenim omnino furem à domino quidem furti actione liberari; suppositum autem esse ei, qui pro re sibi commodata domino satisfecit: quum manifestissimum sit; etiamsi ab initio dominus actionem commodati instituerit, ignorus rem esse surreptam, postea autem hoc ei cognito, adversus furem transierit, omnino liberari eum, qui rem commodatam acceperit, quemcumque causæ exitum dominus adversus furem habuerit: eadem definitione obtinente, sive in parte, sive in solidum solvendo sit is qui rem commodatam acceperit.*

NOTÆ.

16. ET AD EUM, CUI COMMODATA] Quippe cujus periculo vel maximè res commodata est, cum non levem duntaxat, sed etiam leviſſimam culpam præstet; *l.* 5. §. 2 *commod.* quam ob causam etiam fulloni hic comparatur.

QUI COMMODATUM UTENDI CAUSA] Quod & à veteribus constanter traditum est: *d. l.* 5. *in fin.* cum 2. *ll seqq. commod. l.* 14 §. 14. cum *seqq. de furt.*

IN NOSTRIS DECISIONIBUS] Scriptæ sunt à Iustiniano post priorem Codicis editionem 50. leges, quas decisiones appellavit, propterea quod maximas quasque veterum controversias diriment. Harum una est, quam hic significat, *l. ult. C. de furt.* cujus hæc est summa. Dat in proposito Iustinianus domino optionem, ut is pro libitu suo vel judicio commodati commodatarium convenire, vel contra furem furti agere possit. Cæterum electione semel facta, non liceat variare, nisi ex causa ignorantiæ, idque ante factam solutionem. Electo fure, ut commodatarius liberetur, commodatario electo, huic ut fur obnoxius fiat.

REM ESSE SURREPTAM,] Cujac. *rem non esse subreptam apud eum, commodati actionem,* &c. & ita legitur, *d. l. ult.*

QUEMCUMQUE EXITUM DOMINUS HABUERIT] Id est, sive contra furem agens vicerit, sive victus sit, aut fur non fuerit solvendo. Th.

COMMENTARIUS.

HOc admisso, furti actionem competere omnibus, quorum periculo res alienæ sunt etiam commodatario surrepta re commodata eadem actio danda fuit: quippe ad quem periculum illud vel magis pertinet, quam ad creditorem pigneratitium aut simplicem conductorem, cum hic culpam duntaxat levem, ille etiam leviſſimam præstet, *l.* 5. §. 2. *commod.* §. 2 *sup quib. mod. re contr. obligat.* Unde commodatarius in eadem causa cum fullone hic ponitur. Atque hoc etiam constanter à veteribus traditum est, *d. l.* 5. *in fin.* & 2. *ll. seqq. commod. l. eum qui* 14. §. *si res* 14. *cum* §§. *seqq. hoc tit. l. si uxori* 28. *rer. amot.* quod tamen ab iis sic acceptum fuit, si commodatarius solvendo esset, *arg. l. itaque* 12 *pr. hoc. tit.* Iustiniano autem visum est, non debere commodatario, qui gratuitum usum habet, idem jus hic concedi quod illis tribuitur, qui pro usu rei mercedem

dem præstant, aut pro mercede operam. Cumque inter veteres non satis conveniret, an si furti tempore commodatarius solvendo esset, postea vero fortunis exueretur, actio furti ad dominum migraret, nec ne; tum etiam utri danda foret actio, domino ne, an commodatario, si hic ex parte tantum solvendo esse comperiretur: hanc simul contentionem sustulit. Itaque optionem actionis dedit domino ut is pro libitu suo vel judicio commodati commodatarium convenire, vel contra furem furti agere posset. Cæterum electione semel facta, non liceret variare, nisi ex causa ignorantiæ, idque ante factam solutionem: electo fure, ut commodatarius liberaretur; commodatario electo, huic ut fur obnoxius fieret *l. ult. c. hoc tit.*

TEXTUS.

17. *Sed is, apud quem res deposita est, custodiam non præstat; sed tantum in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit: qua de causa, si res ei surrepta fuerit, quia restituendæ ejus rei nomine depositi non tenetur, nec ob id cujus interest rem salvam esse, furti agere non potest: sed furti actio domino competit.*

NOTÆ.

17. IS APUD QUEM RES DEPOSITA] Hic locus sumptus est ex Ulp. *l.* 14. §. 3. *de furt.*

SI QUID IPSE DOLO MALO] Hoc casu quidem interest depositarii, quia tenetur actione depositi *§. fin. sup. quib. mod. re contr. obl.* Sed nihilo magis furti actionem habet; quoniam nemo ex dolo suo & improbitate actionem consequitur, *d. l.* 14 §. 3. *l.* 12. § 1. *eod.*

FURTI AGERE NON POTEST] Nisi convenerit, ut culpam quoque præstet *§ pen. tit. seq.* aut si depositio obtulerit, arg. *l.* 1. §. 35. *depos.*

COMMENTARIVS.

1 *Probatur D. Cujacii interpunctio l. 2. §. 23. & 24. vi bon. rapt.*

1 RE deposita surrepta placet, domino non depositario actionem furti dari *eum qui* 14. §. 3. *hoc tit.* Et merito placet: neque enim interest depositarii, rem ope surripi, qui præter fidem nihil præstat *§. pen. sup. quib. mod. re contr. obl.* Quod si dolo ejus furtum factum sit jam quidem ejus interest, quia tenetur actione depositi: sed nihilo magis actionem furti habet: quoniam nemo ex dolo & improbitate sua actionem consequitur, *leg. itaque* 12. §. 1. *d. l. eum qui* §. 3. *hoc tit.* Quid vero si convenerit, ut culpam quoque præstet, aut quid si depositio se obtulit, pretiumve depositionis, quasi honorarium, acceperit? Ratio juris postulare videtur, ut hic ipsi depositario actionem furti demus, eo quod his casibus rem suo periculo tenet, *d. l. eum qui* §. *qualis* 16. *eodem* §. *furti* 13. *sup. eod.* cumque id etiam satis manifestè evincat §. *pen. tit. seq.* omnino verum esse existimo, quod Cujac. ibi notat, locum Ulp. ic *d. l.* 2. §. *& generaliter* 23. *&* §. *seq.* 24. *vi bon. rapt.* mendosum esse; nimirum perperam principium *d.* §. 24. separari à fine §. præcedentis, cum quo jungendum erat, & sic legendum; *Nam & furti actionem habeo, si in re depositâ culpam quoque repromisi, vel pretium depositionis, non quasi meum edem accepi*: hic demum novum §. inchoandum; *Utilitas dicendum est, &c.*

TEXTUS.

18. *In summa, sciendum est, quæsitum esse an impubes rem alienam amovendo furtum faciat. Et placuit, quia furtum ex affectu furandi consistit, ita demum obligari eo crimine impuberem, si proximus pubertati sit, & ob id intelligat se delinquere.*

NOTÆ.

18. SI PUBERTATI PROXIMUS] Ætas pubertati proxima, uti doli capax est, ita & furandi & injuriæ faciendæ pœnisque legum delicta vindicantium obnoxia, *l.* 13. *de furt. l.* III. *de reg. jur. l.* 13. § 1. *de dol. l.* 5. § *pen. ad leg. Aquil.* Gell. *lib.* 11. *c. ult.* infantes & infantiæ proximos innocentia consilij tueri debet.

COMMENTARIVS.

1 *Ex impuberibus soles pubertati proximos delicti & pœnæ capaces esse.*

2 *Qua concurrere debeant, ut impuberes pœnam ex delicto sustineant.*

3 *Capite plectendos non esse, nec legibus de adulteriis teneri.*

QUOD hic traditur, quæsitum esse, an impubes rem alienam amovendo furti obligetur, id de aliis quoque delictis & criminibus omnibus quæsitum est, Et quoniam maleficia ex voluntate 1

iunxtate & proposito delinquendi æstimatur, *l. qui injuria* 53. *hoc tit. cap. illud relatum* 15. *q.* 1 non possunt videri delinquere, ac proinde nec pœnis legum delicta vindicantium obnoxij esse debent infantes, *l. impuberem* 23. *hoc tit l.* 5. § *penult. ad leg. Aquil. l. infans* 12. *ad leg. Corn. de sicar. Clem. un. de homicid.* Sed nec infantiæ proximi: quippe nos non minus, quam infantes, innocentia consilij tueri debet, *arg.* §. *pupillus* 9. *sup. de inut. stip. Gomez.* 3. *resol.* 1. *num.* 57. quod certius apparebit ex sequentibus. Sed in ætatem pubertati proximam uti dolus & culpa cadere potest, ita & impuberes, qui hujus ætatis sunt & doli capaces, delinquere possunt, & pœnam ex delictis obligantur, *hoc text. l. pupillum* 111. *de reg. jur. l. impuberem* 23. *hoc titul. l.* 2. §. *vi bonorum* 19. *lib.* 5. *penult. ad leg. Aquil. l. excipiuntur* 14. *de sent. Silan. l.* 3. §. 1. *de sepulcr. viol. cap.* 1. *x. de delict. puer.* Duo vero hæc concurrere debent ut impuberes infantiam egressi ex delicto pœnam sustineant; ut non procul absint à pubertate; ut doli sint capaces: nam hoc ex illo non præsumitur, ut rectè docet Boër. in add. ad Decium in *l. fere.* 108. *de reg. jur.* Atque huc accommodari potest locus Apulei *apol.* 2. ubi in hujusmodi pueros his verbis declamat; *Sed enim malitiæ præcoci puerum quis nō adversetur atque oderit? cum videt velut monstrum quoddam prius robustum scelere, quam tempore, ante nocentem, quam potentem, viridi pueritia tana malitia? vel potius hoc magis noxium, quod cum venia perniciosius est: & nondum pœna, jam injuriæ sufficit.* Sed & delictum tale esse debet, quod in facto, non in omissione aut nuda negligentia consistat, *l.* 2. *C. si adv. del. Gomez. d. resol. num* 59. item quod jus commune seu naturale violet non merum civile aut positivum, *cap.* 2. *x. de del. puer.* Postremo ut hæc concurrant, tamen puerum pœna capitali quamvis grave crimen admiserit, plectendum non esse, sed mitiore, quæ intra supplicium mortis consistat, censent interpretes. *Gomez. d. loc. num.* 63. quippe mobilem adhuc & incerti tenoris animum non nisi in emendationem puniri debere, ac proinde etiam sine amputatione membri. *Clar.* §. *ult. quæst.* 60. quanquam alij judicis arbitrio hoc committunt: quod in adultis minoribus 25. annis facilius admiserim, per *l. auxilium* 37. §. 1. *de minor. Gomez. d. loc. num.* 62. & *seq.* Illud generaliter tenendum, impuberem, quantumvis pubertati proximum non teneri legibus, quæ adulteria aut stupra, aliave carnis delicta puniunt, *l. si minor.* 36. *ad leg. Iul. de adult. Gomez. d. resolut. num.* 59. ubi refellit eos, qui excipiunt impuberem præcoci in Venerem vigore. Quod enim Canones circa matrimonium favorabiliter constituerunt *cap. fin. de despons. impuber.* id transferendum non esse ad exacerbandas pœnas juris civilis, *add. D. Tulden. in C. si adu. del. & commit. hic cap.* 6.

TEXTUS.

19. *Furti actio, sive dupli sive quadrupli, tantum ad pœnæ persecutionem pertinet. Nam ipsius rei persecutionem habet dominus, quam aut vindicando aut condicendo potest auferre. Sed rei vindicatio quidem adversus possessorem est, sive fur ipse possidet, sive alius quilibet. Condictio autem adversus furem ipsum, hæredemve ejus, licet non possideat, competit.*

NOTÆ.

19. TANTUM AD POENÆ PERSECUTIONEM] §. 18. *inf. de act. l.* 7. §. 1. *de cond. furt.* Potest & crimen aliter furti agi ad pœnam corporalem furti infligendam, *l. ult. de furt.*

EXTRINSECUS] Id est, *aliunde.* Furti actio pœnam persequitur legitimam, condictio rem ipsam: quæ res facit, in altera alteram non consumat; *l.* 7. §. 1. *de cond. furt.*

FUREM HÆREDEMVE EIUS] Quia condictio furtiva rei habet persecutionem *l.* 7. §. 2. *de cond. furt.* At furti actio in hæredem non datur quia pœnalis est ex maleficio; cujusmodi actiones in hæredem non dantur, nisi lis cum defuncto contestata, fuerit §. 1. *inf. de perp. & temp. act.*

COMMENTARIVS.

1 *An furti actio civilis concurrat cum criminali.*
2 *Vendicatio & condictio rei furtivæ cur soli domino competant.*
3 *Adversus quos hæ actiones dentur.*
4 *Cur condictio in hæredem detur, cum actio furti non detur.*
5 *An hæres condictione furtiva teneatur in solidū.*

ACtio furti sive manifesti sive nec manifesti mere pœnalis est, id est, solius pœnæ persecutionem continet, ita ut in extra duplum aut quadruplum adhuc res ipsa restituenda sit, §. *ex maleficiis* 18. *inf. de action.* Estque ad eam rem recuperandam duplex actio domino prodita, vendicatio & condictio; quarum altera quidem alterius electione consumitur, sed neutra earum consumitur per actionem furti, receptaque

re nihilominus salva est furti actio, *leg. si pignore* 54. *§. cum furti. 2. hoc titul. leg. 7. §. 1. de condict. furti.* Illud quæritur, an is, qui furti civiliter egit, & pœnam consecutus est, posset adhuc extra ordinem criminaliter agere ad pœnam corporalem furi infligendam. Et verius, est non posse, sed altero judicio alterum consumi, *leg. interdum* 56. *§. 1. hoc titul.* Neque obstat *lex unic. C. quand. civil. action. crimin. præjud.* Nam regula *de leg. unic.* pertinet ad actiones civiles rei persecutorias, cum quibus ex eodem facto criminales concurrunt: item ad publica judicia, quæ omnibus parent, & concurrunt cum ex eodem facto pœnalibus civilibus, *vid. Cuiac. 20. observ. 26. Besold. ad tit. de furt. quæst. 7. diss. Gomez. 3. resolut. §. numer. 4. add. Christin. vol. 4. decis. 201.* Illud certum est, pœnam corporalem non impedire, quominus fur hæresve ejus ad rem restituendam efficaciter conveniri possint, *Besold. d. quæst. 7.*

Habet dominus] Furti actio datur omnibus, quorum interest furtum factum non esse, *§. furti. 13. sup.* At rei furtivæ persecutio soli domino competit, sive de vendicatione quæratur, sive de condictione furtiva: nam & hæc, ut illa, jure dominij duntaxat datur, *d. §. ex maleficiis 18. inf. de* 2 *action. l. 1. leg. 10. §. ultim. de condict. furt.* Quod solus dominus rem furreptam vindicare potest, mirum non est; cum nemo actionem in rem habeat, nisi qui dominus sit, *l. in rem. 23 de rei vend. l. act 25. de obl. & act §. 1. infr. de act.* Quod autem domino adversus furem datur etiam condictio rei, id contra rationem juris receptum est odio furum. Nam regulariter suam rem nemo condicere potest, *l. ult. in fin. usufr. quem cau. §. itaque 14. inf. de action.* Sed cur non datur ei, cujus interest, dominus non sit? Quoniam ejus solius est rem repetere, cujus ea prius fuit. Non fuit autem, nisi domini.

Rei vendicatio adversus possessorem] Quemcumque, sive fur sit, qui possideat, sive alius: nam in rem actio semper adversus eum est, qui rem possidet, *leg. actionum 25. de obligat. & action. §. 1. inf. de action.*

Adversus furem] Condictione furtiva nunquam alius tenetur, quam fur ipse hæresve ejus, *hoc text. l. 5. de cond. furt.* Furem autem verum accipimus, id est, eum, qui ipse furtum fecit & rem contrectavit, *d. l. 5.* nam is, cujus ope consiliove furtum factum est, tenetur quidem etiam furti, sed quia rem non contrectavit, non tenetur condictione, *leg. 6 de condict. furt.* Plane si res aliter adversus furem salva esse non potest, placet, etiam eum, qui opem tulit, condictione teneri, nimirum in subsidium, *l. sæpe 53. §. ultim. de verbor. signif. & ibi Alciat.*

Hæredemve ejus, licet non possideat] Rei vendicatio adversus omnes competit, qui rem possident, sed adversus eos solos, itaque nec adversus furem hæredemve ejus aliter competit, quam si possideant. Condictio autem furtiva etiam in eum datur, qui non possidet, sed adversus furem tantum hæredemve ejus *hoc text. leg. 1. de cond. furt. leg. 1. de priv. delict.* Quod condictio etiam 4 in hæredem furis datur, in eo quoque differt ab actione furti, quam constat in hæredem non transire, nisi lis cum defuncto contestata sit, *§. 1. inf. de perp. & tempor. action.* Cur vero tam varié? neque enim minus condictio rei furtivæ ex causa maleficij descendit, quam actio furti, *l. 2. l. 3. n. 5. & l. 9. de cond. furt. leg. si ambo. 10. §. 2. de compens. l. 3. §. pen. de pecul. l. mulier. 21. §. pen. de act. rer. am. l. cessat. 26. de oblig. & action.* Nimirum quia una rei persecutoria est, altera pœnalis: id est, quia condictio furtiva tantum comparata est ad persequendum id, quod ex patrimonio nobis abest; furti actio ad puniendum ipsum maleficium, *leg. 7. §. 2. de cond. furt. iunct. d. §. 1. inf. de perp. & temp. action.* Sic enim legis Aquiliæ actio negatur in hæredem transire, non quia ex delicto est, sed quia pœnalis, transitura utique, si ultra damnum datum lis nunquam æstimaretur, *§. his autem 9. inf. de leg. Aquil.* Estque hujus rei etiam evidens hoc argumentum, quod regula de actionibus, quæ in hæredem non dantur concepta est de iis, quæ pœnales sunt ex maleficio, *d. §. 1. inf. de perp. & temp. action. l. hac actio. 13. de serv. corr. l. 1. de priv. del. l. sicuti 38. l. pœnalia 164. l. pupillum 111. §. 1. de reg. jur. & simil.* An igitur condictione ex causa furtiva tenebitur hæres furis in solidum? Sic sentio. Nam præterquam quod hoc differtè responsum est in *leg. 9. de cond. furt.* moveor eo quod nunquam actio in hæredem absolutè dari dicitur, cum non datur in solidum: cum autem eatenus tantum datur, quatenus ad eum pervenit, aut hoc adjicitur, aut dari simpliciter negatur, *d. §. 1. inf. de perp. & temp. act. d. §. his autem 9. inf. de leg. Aquil. l. 5. de calumn. l. 1. in fin. l. 3. de vi. l. in hæredem 26. de dol. l. 1. de priv. del. l. 2. §. ultim. ut bon. rapt. leg. Iulianum 16. de judic. l. 13. de serv. corr. leg. 9. §. 1. quod falsi tut. l. inde Neratius 23. §. hanc actionem 8. ad leg. Aquil. l. 3. §. penult. si mens. falsi. mod. l. in honorarius 35. de oblig. & action. l. sicuti 38. l. pupillum 111. §. 1. de reg. jur.* & sexcentis aliis locis. Dicitur sane, aliquando actiones ex delicto venientes in hæredes non dari, nisi quatenus ad eos pervenit, nec adjicitur, pœnales, ut in *l. un. C. ex del. defunct.* Sed istæ definitiones, utpote ex eo, quod plurimum & ferè semper fit, concepræ, sic accipiendæ sunt, si agatur de eo, quod defunctus deliquit, sive ad pœnam:

atque

atque hæc communis est DD. sententia *Dissent. Cuiac. 7. observ. 37. & 13. obs. 39. Vultei, hic, Lyciam. 1. membr. 18. & lib. benedict. passim.* Quorum argumentis occurrimus sub §. 1. *inf. de perpet. & tempor. action. Adde. Anton Fabr. 4. conject. 1. Donel. ad d. l. uc. C. ex. del. defunct.*

TITULUS II.

De vi bonorum raptorum.

Continuatio. Violentia varia genera, & de qua hic agitur.

SECUNDA species delicti privati rapina dicitur: inter quam & furtum hoc interest, quod furtum est clandestina rei alienæ ablatio, rapina violenta. Est vero hoc crimen tanto gravius furto, quanto vis magis est adversus bonos mores, magisque turbat quietem publicam quam clandestina rerum amotio. Qua de causa etiam legibus publicorum judiciorum rapina vindicatur, videlicet lege Iulia de vi publica, & lege Iulia de vi privata, *leg. 2. §. 1. hoc tit.* Inscribitur hic titulus *de vi bonorum raptorum.* Subaudi *actione.* Quod in quibusdam libris etiam exprimitur. Sciendum autem est, neque vim omnem unius esse generis, neque uno coërceri modo. Interpretes vulgo quintuplicem eam faciunt, turbativam, inquietativam, compulsivam, expulsivam, & ablativam, Nos inquietativam, quam vocant, sub turbativa comprehendimus. Turbativa est, cum possessor in possessione manens impeditur re sua libere uti, sive id fiat manu & corpore, sive opere, facto: illic adversus turbantem comparata sunt interdicta duo, *uti possidetis* in rebus soli *utrubi*, in rebus mobilibus: hic interdictū *quod vi aut clam.* Compulsiva vis est, cum quis minis justoque metu illato alium compellit ad aliquid gerendum, tradendum, aut alienandum: quæ vis edicto *quod metus causa* coërcetur. Expulsiva est, cum quis de possessione alicujus rei dejicitur. Adversus quam comparatum est interdictum *unde vi.* Et præterea vindicatur hæc vis etiam sacris constitutionibus, item legibus Iuliis de vi publica & privata, *§ recuperanda 6. inf de interd.* Ablativa vis (de qua hic agitur) est, quando per vim alicui res eripitur; quæ & ipsa iisdem legibus, quibus expulsiva, coërcetur, *d. l. 2. §. 1. hoc tit.* & præterea ei, cui res erepta est, privata actio proposita vi bonorum raptorum; quæ sola hujus est loci. Iustinianus primum originem hujus actionis commemorat. deinde quid in eam veniat, adversus quos & quibus detur, ostendit.

TEXTUS.

Qui vi res alienas rapit, tenetur quidem etiam furti, (quis enim magis alienam rem invito domino contrectat, quam qui vi rapit? ideoque recte dictum est, eum improbum furem esse) sed tamen propriam actionem ejus delicti nomine Prætor introduxit, quæ appellatur vi bonorum raptorum: *& est intra annum quadrupli, post annum simpli. Quæ actio utilis est, etiamsi quis unam rem, licet minimam, rapuerit. Quadruplum autem non totum pœna est sicut in actione furti manifesti diximus; sed in quadruplo ineſt & rei persecutio: ut pœna triplici sit, sive comprehendatur raptor in ipso delicto, sive non. Ridiculum enim esset, levioris conditionis esse eum, qui vi rapit, quam qui clam amovet.*

NOTÆ.

QUI RES ALIENAS RAPIT] Fur sine vi subtrahit & clam aufert, *l. 59. de furt. l. 9. C. eod.* raptor vi & palam deripit. Rapi enim sine vi non potest, *l. 3. §. 5. de incend. ruin.* Plaut. Epid. *act. 1. scen. 1.* Th. *Minus jam furtificus sum quam antehac.* Ep. *Quid ita? T. Rapio propolam.*

TENETUR ETIAM FURTI] Et quidem etiam in quadruplum, si in ipso delicto deprehensus sit, *l. 52. §. ult. l. 80. §. 3. de furt.* Alias in duplum, *l. 1. l. 88. eod.* quamquam vi bon. rapt. semper in quadruplum.

IMPROBUM FUREM] *l. 2 §. 10. hoc tit. l. 14. §. 12. quod met. ca.* id est, *ἀναιδῆ, ἀναίσχυντον, impudentem, audacem.* Chrysost. *Homil. 53. in Matth.* *ὁ γὰρ κλέπτων ἐφ' ἁρπάζειν χείρων* fure peior est raptor. Aliud tamen judicium Aristot. *in Rhet. ad Alex. cap. 12.*

PROPRIAM ACTIONEM] Ut innotesceret, prætorem quoque curam agere reprimendæ temeritatis hoc genus hominum.

UNAM REM LICET MINIMAM] *d. l. 2. §. 11.* quippe non æstimationis pecuniariæ, sed atrocitatis facti ratio habetur.

INEST REI PERSECUTIO] Itaque non est mere pœnalis, ut actio furti, sed mixta, *§. 19. inf. de act.*

RIDICULUM LEVIORIS CONDITIONIS, &c.] Gravioris enim delicti asperior pœna esse debet. Sed & legibus publicorum judiciorum ra-

pina vindicatur, legibus Iuliis de vi publica & privata, *d.l.* 2. §. 1.

COMMENTARIVS.

1 *An furti actione electa servetur eadem distinctio in rapina & pœna rapinæ, quæ in furto.*
2 *Quando levius ducitur, quod palam, quam quod clam committitur.*

Qui vi res alienas rapit] Fur sine vi subtrahit & clam aufert, raptor vi & palam deripit, *l.* 3 §. *aliud* §. *de incend ruin. naufr. Plaut. Epid. actu* 1. *scen.* 1. *Th. Minus iam furtificus sum quam antehac. Epid. Quid ita? Rh. Rapio propalam*

Tenetur etiam furti] An igitur furti actione electa eadem distinctio & in rapina & in pœna rapinæ servabitur, quæ in furto in specie sic dicto, ut scilicet raptor manifestus, seu in ipso delicto deprehensus, quadrupli; nec manifestus dupli pœnam sustineat? Id quidem & ratio suadet, & satis perspicue significari mihi videtur in *l. si quis* 52. §. *ultim. l. si vendidero* 80 §. *cum raptor.* 3. *de furt.* & denique ex eo evincitur, quod hoc loco, & *l.* 2. §. *caterum* 10. & §. *penult. hoc tit.* simpliciter traditum est, eum, qui vi rem alienam rapuit, etiam furti teneri. Quod autem in *leg.* 1. *hoc tit.* & *l. si quis egerit.* 88. *de furt.* tantum mentio fit actionis furti nec manifesti, ex eo non protinus concludendum est, furti manifesti cum raptore nunquam agi posse. Nam vel ideo id factum dici potest, quoniam furti nec manifesti actio semper competit, etiam adversus raptorem manifestarium, (nemo enim prohibetur experiri actione mitiore) vel quia in sola furti nec manifesti actione locum habet, quod illic docent Iurisconsulti, si quis in duplum egerit, ei adhuc superesse actionem vi bonorum raptorum in id, quod in hac amplius est. Sunt qui putant cum raptore, ut cum fure manifesto, semper in quadruplum agi posse; quasi raptor non possit non esse manifestarius. Quod refellit *l. si quis* 52. §. *ult. de furt.* ubi Iurisconsultus & exemplum proponit raptoris non deprehensi, videlicet si quis rapuerit ex ædibus in quibus nemo erat; & cum de bonis quidem raptis in quadruplum posse conveniri scribit; sed furti non, nisi nec manifesti. Sed nec conspectio furem aut raptorem manifestum facit, verum apprehensio, aut ad apprehendendum concursio & acclamatio, *l.* 3. *l.* 7. §. 1. & 2. *de furt.*

1

Improbum furem esse] Id est, ἀναιδῆ, ἀναιςχυντον. impudentem, audacem, atrocem. Chrysostomus *in Matth. hom.* 53. Ὁ δὲ ἁλίσκεται & ὁ ἀρπάζων χείρων. Et sane is qui rapit; fur est improbior atque impudentior, quam qui clam amovet, cum hic celet suum delictum ille publicet, & crimen etiam publicum admittat, *l.* 1 §. *caterum* 10. §. *si in re deposita* 24. *hoc tit.* quanquam aliud judicium Aristoteli *in Rhetor. ad Alex. cap.* 12 ubi hæc legimus, δεινότερος μοι δοκεῖν ὁ κλέπτοντος τὸν λαμβάνοντα μᾶλλον. οἱ μὲν γὰρ λαθραίως, οἱ δὲ φανερῶς τὰ χρήματα ἁφαιροῦνται.

Propriam actionem] Etiam speciali edicto contra ea, quæ vi committuntur prætor consuluit, *d. l.* 2. §. 1. scilicet ut innotesceret prætorem quoque curam agere reprimendæ improbitatis hoc genus hominum, tum ut raptores pluribus actionibus conveniri possint, *arg. l.* §. 1. *naut. caup. st ab. junct.* §. *itaque*, *infr. de action.*

Intra annum quadrupli] *d. l.* §. *in hac actione* 13. Nimirum actio hæc honoraria est & ideo, ut cæteræ ejusdem generis pœnales anno finitur, *l. in honorariis* 35. *de obl. & act.* speciale enim est, quod actio furti manifesti, quæ & ipsa ex prætoris Iurisdictione proficiscitur, perpetuo competit, vide *inf. tit. deperp. & temp. act.*

Unam rem licet nimiam] *d. l.* 2. §. *vel cujus* 11. Quippe non rei aut æstimationis pecuniariæ, sed atrocitatis facti ratio ducitur. Cur ergo ob rem modicam non placet dari actionem de dolo, *l.* 9. §. *ult. cum. ll. seqq. de dolo*? Quoniam actio de dolo extraordinarium remedium est comparatum ad rescindendum, quod jure civili ratum est: non putavit prætor, ob rem minimam contractum jure validum rescindi debere.

In quadruplo inest & rei persecutio] Actio vi bonorum raptorum in quadruplum à prætore præposita; non est mera pœnalis, sed mixta. quippe in quadruplo etiam ipsius rei persecutio continetur, ut pœna tantum sit tripli, §. *vi autem* 19. *infr. de action.* In quo distat hæc actio ab actione furti, quæ tantum pœnæ persequendæ causa comparata est, sive manifesti agatur in quadruplum, sive nec manifesti in duplum, §. *ex. maleficiis* 18. *infr. de action.* §. *ult. tit. prec.*

Sive comprehendatur raptor, &c.] His verbis Imp. perspicue duo genera raptorum facit, ut alij sint manifesti; alij non manifesti; uti & Ulp. in *l. si quis* 52. §. *ult. de furt.* Cæterum in hac actione, pœna pro qualitate rapinæ non variatur, sicut in actione furti alia pœna est manifesti alia non manifesti, sed in omnes ereptores pœna est eadem.

2

Ridiculum est] Atqui raptor tantum triplo multatur, fur manifestus quadruplo. Præterea actio de bonis raptis annua est, furti perpetua. Resp. Sufficit ad defensionem hujus loci, quod raptores in delicto comprehensi eadem etiam actione teneantur, qua fures manifestarij; ex causa autem

autem delicti non manifesti gravius semper puniantur raptores, quam fures.

Qui vi rapit, quam qui clam amovet] Eadem ratione Iurisconsultus in *l. 2. §. si in re 24. hoc tit.* furem cum raptore conferens factum furis extenuat, raptoris exaggerat; quoniam scilicet fur celat suum delictum, raptor publicat, quæ impudentia crimen auget. Quod autem aliquando levius ducitur, quod palam committitur, quam quod clam, id tunc locum habet, cum factum clandestinum, vel plus flagitij, vel plus periculi habet, vel conscientiam coli magis arguit; ut in specie *l. ult. de rit. nupt. & l. non existimo 54. de adm. tut.* quod hic dici nequit.

TEXTUS.

1. *Ita tamen competit hac actio, si dolo malo quis rapuerit. Nam qui aliquo errore ductus, rem suam esse existimans, & imprudens juris, eo animo rapuerit, quasi domino liceat etiam per vim rem suam auferre à possessoribus, absolvi debet. Cui scilicet conveniens est, nec furti teneri eum, qui eodem hoc animo rapuit. Sed ne dum talia excogitantur, inveniatur via, per quam raptores impunè suam exerceant avaritiam, melius Divalibus constitutionibus pro hac parte prospectum est, ut nemini liceat vi rapere vel rem mobilem, vel se moventem licet suam eandem rem existimet. Sed si quis contra statuta Principum fecerit, rei quidem suæ dominio cadere: sin autem aliena res sit, post restitutionem ejus, etiam æstimationem eiusdem rei præstare. Quod non solum in mobilibus rebus, quæ rapi possunt, constitutiones obtinere censuerunt, sed etiam in invasionibus quæ circa res soli fiunt: ut ex hac causa ob omni rapina homines abstineant.*

NOTÆ.

1. ABSOLVI DEBET] Hoc scil. judicio de bonis raptis *d. l. 2. §. 18. h. t.* Sed nec furti tenetur, ut est in textu. x

REI SUÆ DOMINIO CADIT] Qui rebus suis manum iniecit dominium earum amittit. Qui rebus alienis dupli vel tripli restituere cogitur. Creditor, qui rem debitoris sibi debitam occupat jus crediti amittit, *l. 13. quid met. ca.*

COMMENTARIUS.

1 *Quæ pœna afficiuntur, qui sine dolo malo rem rapiunt, aut invadunt.*

2 *Pœnâ rapinæ, qua privatis applicatur, exolevisse: & an non etiam alie, de quibus hic agitur.*

QUemadmodum furti nemo tenetur nisi qui quid amovit dolo malo, & lucri faciendi causa, ita nemo tenetur vi bonorum raptorum, nisi qui dolo malo rapuit. Proinde si quis cum crederet se rei dominum esse, eam per vim possessori ripuerit, existimans, licere domino quovis modo rem suam à possessoribus auferre, hoc judicio de vi bonis raptis non tenetur, *l. 2. §. hac actione 18. hoc tit.* sed nec furti tenetur, *hoc text.* Cæterum aliis pœnis obnoxius est, ut statim audimus.

Imprudentia juris] Secundum hoc explicandum est, quod Iurisconsultus in *d. l. 2. § hac actione*, simpliciter scribit, si quis suam rem rapuit, vi bonorum raptorum non teneri; nempe si id sibi licere crediderit errans in jure; nam à dolo quævis vel fatua causa excusat *gl. & ff. Bart. Ias. & DD. in l. unic. si quis ius dic. non obtemp.*

Sed ne dum talia excogitantur] Bene ac prudenter constitutum est, ut sine vi & tumultu cives cum civibus contendant, nihil manu, nihil proprio agant impulsu; sed si quis putet se habere aliquas petitiones, ut actionibus, non vi experiatur, & per judicem, quod suum esse dicit, reposcat. Nam si cuivis privato permitteretur id, quod suum esse, aut sibi deberi putat, vi & auctoritate propria occupare, in eoque sibi jus dicere, vincula quietis publicæ dirumpi necesse est, civesque ad rixam & arma quotidie procedere, *l. non est 176. de reg. iur.* Itaque etsi is, qui sine dolo rem rapuit, suam esse putans, non tenetur in quadruplum actione vi bonorum raptorum, aliter tamen eum multari placuit, & siquidem dominus fuit, domino rei suæ cadere; si non fuit dominus, post restitutionem rei etiam æstimatione ejus vim passo præstare, *hoc text.* Creditor qui rem debitoris neglecto juris ordine temere occupat, jus crediti amittit, *l. extat 13. quod met. caus. l. pen. ad l. Iul. de vi privat.* atque hic insuper etiam vi bonorum raptorum, *l. 3. C. hoc tit.* & publico judicio legis Iuliæ de vi privata tenetur, *l. ult. ad leg. Iul. de vi priv.* 1

In invasionibus] *l. si quis 7. C. unde vi.* Soli res mobiles amoveri, subtrahi, rapi possunt: qui autem rem immobilem seu prædium vi occupat, invasor & invadere dicitur. Pœna rapinæ legitima, quæ privatis adscribitur, exolevit, sicut & furti, cujus qualificati rapina est species. Nunc 2

enim

enim tantum criminaliter rapinæ agitur ad vindictam publicam, & enormior violentia etiam morte punitur. De pœna *l. si quis in tantum 7. C. unde vi.* Et similium rescriptorum, inter interpretes non convenit. Nam eam communi totius Christiani orbis usu antiquatam esse testatur *Covarr. 3. resol. 16. num. 7. post Specul. tit. de restit. spol. §. 1. & Gulielm. Benedict. in cap. Raynutius 2. de testam. Gutier. pract. quæst. lib. 1. quæst. 77.* Sarmientus quoque *2. select. interp. 13 n. 7.* refert, se nunquam vidisse pœnam illius legis practicari, aut remedium illud intendi. Contrarium tradit. Menoch. *recup. post remed. 9. num. 8.* qui censet, in praxi eam dispositionem omnino servandam esse: neque enim solo non usu leges abrogari. Sane in foro nostro etsi nemo est, qui de contrario usu testetur, tamen plerique arbitrantur, rigorem talium constitutionum sectæ & praxi nostrorum temporum non convenire, quod etiam notat *Christin. vol. 3. decis. 15. n 19. & Groenewv. de legib. abrog. hic.*

TEXTUS.

2. *Sane in hac actione non utique expectatur rem in bonis actoris esse. Nam sive in bonis sit, sive non: si tamen ex bonis sit, locum hæc actio habebit. Quare sive locata, sive commodata, sive etiam pignorata, sive deposita sit res apud Titium sic, ut interfit ejus eam rem per vim non auferri, (veluti si in deposita re culpam quoque promisit) sive bona fide possideat, sive usumfructum quis habeat in ea, vel quid aliud juris, ut interfit ejus non rapi, dicendum est, ei competere hanc actionem, non ut dominium accipiat, sed illud solum, quod ex bonis ejus, qui rapinam passus est, id est, quod ex substantia ejus ablatum esse proponatur. Et generaliter dicendum est, ex quibus causis furti actio competit in re clam facta, ex iisdem causis omnes hanc habere actionem.*

NOTÆ.

2. SIVE DEPOSITA, &c. SICUT INTERSIT] Locus Ulp. in *d. l. 2. §. 23. & 24. eod.* male interpunctus est, perperamque principium §. 24. separatur à fine §. præcedentis. Sic enim omnino legendum; *Nam & furti actionem habeo si in re deposita culpam quoque repromisit, vel pretium depositionis non quasi mercedem accepi.* Hinc demum novus §. inchoandus; *Utilius dicendum est*, &c. Cujac.

COMMENTARIVS.

1 *Ex bonis esse quæ hic dicantur.*
2 *Explicatur locus obscurus Ulpiani.*

VI bonorum raptorum agit, qui in eum qui clam amovit, furti agere potest, id est, is cujus interest; neque solum dominus rei, qui eam in bonis habuit, sed etiam bonæ fidei possessor; fructuarius, commodatarius, credi or, conductor, & interdum depositarius, si videlicet culpam quoque in re deposita repromisit; Horum omnium interest rem, quam tenent aut possident, non rapi, quoniam vel commodum ex re capiunt, vel eam salvam & incolumem præstare debet, *l. 2. §. in hac actione 22. hoc tit. junct. §. furti 13. & 2. seqq. tit. prec.*

Sive ex bonis] Ex bonis esse hic ea dicuntur, 1
quorum, cum aliena sint, vel emolumentum vel usus, vel periculum ad nos pertinet, *ut ex text. & d. l. 2 §. 22.* In bonis ea, quæ jure civili aut gentium ita bonis acquisita sunt, ut ea alienare possimus alibi hæc verba, in bonis latius accipiuntur, *l. bonorum 49. de verb. sign. l. rem in bonis 52. de acq. rer. dom.* Nonnunquam promiscue utrumque dicitur & idem valet, in bonis, & ex bonis, *l. 1. de usufr. legat.*

Non ut dominium accipiat, &c.] Obscura est 2
hujus loci sententia. Apud Ulp. *l. 1 §. in hac actione 22. h. t* unde totus hic §. descriptus est, sic legitur; *dicendum est, mihi competere hanc actionem; non ut dominium accipiamus, sed illud solum ex bonis meis hoc est, ex substantia mea, res ablata esse proponatur.* Quorum verborum hic sensus esse videtur, competere mihi, cujus ex bonis res est, actionem vi bonorum raptorum, non utique ut jure dominij agere possim, sed tantum ut proponam, ex substantia mea rem ablatam esse, verbo substantiæ largius accepto, quasi ex bonis meis etiam illud ablatum videatur, cujus æstimationem domino præstare debeo.

TEXTUS. III.

De lege Aquilia.

Continuatio, & summa tituli.

TERTIA species delicti, ex quo civilis actio oritur, est damnum injuria datum. Damnum generaliter significat omnem detractionem

ctionem & deminutionem rei alienæ, sive illa lucri causa fiat sive nullius lucri gratia, & sive salvis rebus, sive peremptis aut corruptis; Nam damnum ab ademptione, & quasi deminutione matrimonij dictum est, *l. 3. de damn. infect.* Hoc autem loco damnum in specie accipitur pro eo, quod contingit cum interitu aut corruptione rei, & proinde sine lucro damnum dantis, puta si quis servum alienum aut pecudem aliudve animal occiderit aut vulneraverit, aut quid alienum usserit, ruperit, fregerit injuria, seu non iure, aut, quod idem valet, culpa, §. 2. & 3. *inf.* Atque hoc damnum est, quod vindicatur lege Aquilia; cujus legis tria capita fuerunt, quorum primum & postremum hoc titulo explicantur, secundum in desuetudinem abiit.

TEXTUS.

Damni iniuriæ actio constituitur per legem Aquiliam. Cuius primo capite cautum est, ut si quis alienum hominem, alienamve quadrupedem, quæ pecudum numero sit, iniuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare damnetur.

NOTÆ.

DAMNI INIURIÆ] Damnum generaliter significat omnem deminutionem rei alienæ, &c. *leg. 3. de damn. inf.* Hoc autem loco in specie accipitur pro eo, quod contingit cum interitu aut corruptione rei, & proinde sine lucro damnum dantis.

QUADRUPEDEM, QUÆ PECUDUM NUMERO] Lex igitur Aquilia servis exæquat quadrupedes, quæ pecudum numero sunt, *l. 2. §. 2. eod.* Quamobrem in *pr. d. l. 2.* pro *quadrupedem vel pecudem*, legendum est, *quadrupedemve pecudem.* Hotom.

TANTUM DOMINO DARE] *d. l. 2 pr.* In lege Aquilia videtur scriptum fuisse, *tantum as dare ero damnas esto*, arg. *l. 11. §. 6. eod. ero* tenuiter, id est, *domino*, ut in Florent. & Gloss. Græc. Lat. in δεσπότης. Cujac. 27. *obs.* 11.

COMMENTARIVS.

1 *Si liber homo occisus sit, & de damno sarciendo agatur, quid iuris, & potissimum hodie.*

1 DAmni iniuria] Legendum videtur, *damni iniuria, l. impuberem 23. de furt. l. si servus 27. §. si fur. num. 10. & seq. l. quemadmodum 29. §. item Labeo 3. hoc tit.* Cic. pro Q. Rosc. *lite contestata, iudicio damni iniuria constituto.* Præcise videlicet, pro, *damni iniuria dati.* Haud scio tamen an posteriores Iurisconsulti Græci homines damni iniuriæ dixerint in genitivo, pro ex injuria, ut cum dicimus, damnum incendij vel naufragij, pro ex incendio vel naufragio.

Alienum hominem alienamve quadrupedem quæ pecudum numero] Primum legis caput animalia pretiosiora, hoc est, ad rationem rei familiaris magis utilia ac fructuosa complectitur, servis exæquans quadrupedes, quæ pecudum numero sunt; & tantum ad damnum gravius, id est, ex cæde datum, pertinet, *l. 2. hoc tit.* Occiso homine libero non agitur ex lege Aquilia; quia liberi corporis nulla est æstimatio: sed legi Corneliæ locus est, si dolo occisus: si culpa; pœna lenitur, *l. 1. §. 3. de sicar.* Cæterum si de damno sarciendo civiliter disceptetur, tenetur is, qui injuste occidit, solvere impensas funeris, & si quæ factæ sunt in medicos, iisque, quos occisus alere ex officio solebat, puta liberis, uxori, parentibus dare tantum, quantum illa spes alimentorum, ratione habita ætatis occisi, valebat. *Grot. lib. 3. introd. c. 33.* Sic Hercules legitur Iphiti à se occisi liberis multam pependisse, quo facilius expiaretur. Atque ita censuit Senatus Dolanus apud *Ioan. Grevell. decis. 25. & Card. Puteus lib. 3. decis. 180.* Sed & Cujac. 14. *obs.* 4. exemplo Hadriani & Const. Porphyrogennetæ probat, novum non esse, ut pars bonorum addicatur occisi liberis, vel patri, vel uxori, maxime si paupertate premantur, quamvis cædes citra dolum facta, injuste tamen. Michaël Ephesius ad 5. 5. *Nicom. Arist.* scribit, eum ipsum, qui cæsus est, quodammodo capere, quæ uxor aut liberi, aut cognati ex bonis homicidæ ferunt. Idque in Gallia obtinere usque ad modum lucri amissi testatur *Costal. ad l. 3. si quadr. paup. fec. add. Gomez. 3. resol. 3. numer. 37. Grot. 2. de iur. bell. 17. num. 12. & seq. Tuld. ad tit. 5. cap. 3. Christin. vol. 2. decis. 35. num. 10.* Libero homine vulnerato aut mutilato quid iuris sit, videbimus *inf. §. cap. 3.*

Quæ pecudum numero sit] Ita quoque Gaius in *d. l. 2. §. 2. hoc tit.* quamobrem recte mihi admonere videtur Hotomannus in principio *d. l. 2.* mendose legi, *Quadrupedem vel pecudem*; legendum enim esse, *quadrupedemve pecudem.*

In eo anno plurimi] Primo legis capite qui hominem aut pecudem iniuria occidit, quanti ea res eo anno plurimi fuit, damnatur, *d. l. 2. in pr.* de quo plura *inst. §. his autem.*

TEXTUS.

1, *Quod autem non precisè de quadrupede, sed de ea tantum, quæ pecudum numero est, cavetur, eo pertinet, ut neque de feris bestiis, neque de canibus cautum esse intelligamus; sed de iis tantum, quæ gregatim proprie pasci dicuntur, quales sunt equi, muli, asini, oves, boves, capræ. De suibus quoque idem placuit. Nam & sues quoque pecudum appellatione continenter: quia & hi gregatim pascuntur. Sic denique & Homerus in Odyssea ait, (sicut Ælius Marcianus in suis institutionibus refert)*

Δῆμος τὸν γε σύων παρὲκ ἤμενον, οἱ ἕ νέμον᾽)
Ἠδὲ Κόρακος πέτρηϊσι τῇ κρήνῃ Ἀρεθούσῃ.

Hoc est,

Assidet is suibus, quorum grex magnus in agris
Pascitur, Ad Coracis saxum, fontemque Arethusam.

NOTÆ.

1. NON PRÆCISE] Non simpliciter, aut indistincte, non ἁπλῶς, aut ἀδιορίστως, ut Th.

QUÆ GREGATIM PASCI] Hoc est, in grege pastoris imperio subjecto. Itaque Cajus bestias à pecudibus distinguit *d. l.* 2. § 2.

DE SUIBUS IDEM PLACUIT] *d. l.* 2. § 2. *l.* 64. § 4 *de leg.* 3. Dubitandi forte causa fuit, quod sues non ut reliquæ pecudes, gramine & viridibus pabulis commode alantur; sed (ut Varro & Columella tradunt) maxime faba, hordeo, glande, &c. indigent: & si rure sint, tamen caducis arborum baccis, & effossis radiculis, &c. potius quam gramine vescuntur. Hotom.

HOMERUS] Locus est apud Poëtam Odyss. 13. citatur à Marciano *d. l.* 65. § 4. *de l.* 3.

COMMENTARIUS.

1 *Cur dubitatum de suibus, an pecudum numero sint.*

PEcudum numero esse ea animalia proprie intelliguntur, quæ gregatim pascuntur, id est, in grege pastoris imperio subjecto; ut equi, asini, muli, boves, oves, capræ. Itaque canes in pecudum numero non sunt, multoque minus feræ bestiæ, veluti ursi, leones, pantheræ. Enimvero cameli & elephanti, licet feræ naturæ sint, ad primum tamen caput pertinent, propterea quod jumentorum operam præstant, *dict. leg.* 2. § 2.

De suibus idem placuit.] An sues pecudum appellatione contineantur, dubitatum fuit. Dubitandi quæ causa fuerit, haud facile dixerim. Hotomannus hanc affert, quod sues non ut reliquæ bestiæ, gramine & viridibus pabulis commode alantur, sed ut Varro & Columella tradunt) maxime faba, hordeo, glande, & cætero frumento indigent; & si rure sint, tamen caducis arborum baccis, & effossis lumbricis & radiculis potius, quam gramine, vescuntur. Aliis probabilius videtur, ideo de suibus dubitarunt, quoniam sues neque operam hominibus præstant, puta gestando, arando, ut equi, muli, asini, boves; neque lacte aut lana prosunt, ut vaccæ, oves, capræ. Vtut sit, placuit etiam sues pecudum numero haberi, quia & ipsi gregatim sub imperio pastoris pascuntur *d. l.* 2. § 2 *hoc tit. l. legatis* 65. § *pecoribus* 4 *de leg.* 3. Ubi Martianus Jurisconsultus auctoritate Homeri hanc sententiam confirmat. Locus est apud Poëtam *Odyss.* 13. ubi Minerva Ulyssem in patriam ex longo errore reductum monet, ut non recta domum ad uxorem & procos introeat: sed prius ad Eumæum subulcum adeat, à quo de rebus omnibus interea edoceatur, dum ipsa Telemachum filium reducat. Quo eodem loco leguntur versus, quos post Marcianum hic citat Justinianus.

TEXTUS.

2. *Injuria autem occidere intelligitur, qui nullo jure occidit. Itaque qui latronem insidiatorem occidit, non tenetur: utique si aliter periculum effugere non potest.*

COMMENTARIUS.

1 *Qui hac actione non teneantur.*

Qui nullo jure occidit.] Injuriam hic accipere nos oportet, non quemadmodum circa injuriarum actionem, contumeliam quandam, sed quod non jure factum est, seu damnum culpa facientis datum, *l.* 5. § 1. *hoc tit.* & nimirum quodcumque prævideri potuit, nec provisum est, *l. si putator* 31. *l.* 44. *eod.* Ex quo intelligimus eum, qui occidit, aut alias damnum dedit, hac lege teneri, etiamsi animum nocendi non habuit, *d. l.* 5. §. 1. Deinde teneri hac lege omnes, quorum culpa vel levissima damnum datum esse arguatur, *l. in* 1 *lege* 44. *eod.* Postremo non teneri eos, qui vel culpæ capaces non sunt. Qualis est furiosus, infans & impubes infantiæ proximus, *d. l.* 5. §. 2. vel quorum factum à culpa abest; veluti si non fuit in

potestate

potestate ejus, qui damnum dedit, non facere; puta, si ab alio impulsus damnum dederit *l. 7. §. 3. l. si ex plagis 52. eod.* vel si jure tuo id fecit puta furem nocturnum aut diurnum telo se defendentem, vel aggressorem, aut taurum irruentem occiderit, *hoc text. l. 4. d. l. 5. eod.* aut si quis casu alium læsit, quem divinare non potuit. Aut si in eo, qui læsus est, culpa sit, cur sit læsus, *vid. infr. §. 4 & 5.* Plerique putant, nec culpam, quæ in omittendo seu negligendo consistit, ad legem Aquiliam pertinere, quoniam lex factum exigit. *Covar. de sponsal. part. 2. c. 6. §. 8. n. 23. Donell. 16. com c. 7.* Alij putant hoc nomine utilem saltem actionem competere, *l. 8. l. si servus 27. §. si fornacarius 9. & ibi Busc. hoc tit.* quod verum est, si negligentia circa factum aliquod antecedens causam damni præbuit. Ita opiniones conciliat D. Tuldenus *hic. c 7.*

Qui latronem insidiantem] Adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere, *d. l. 4. hoc tit. l. 5. l. 45. §. 4. h. etiam tit* & quod quis ob tutelam corporis sui fecit, jure fecisse existimatur *l. 6. de just. & jur.* Quamobrem si servum aggressorem aut latronem insidiantem mihi occidero, securus ero, sed & si alium quemcunque ferro se petentem quis occiderit, non videtur injuria occidisse, *d. l. 4. & l. 5. eod.*

Si aliter periculum effugere] Vim nobis illatam vi repellere licet: cæterum ita, si aliter periculum vitari non potest, *l. scientiam 45. §. pen. eod.* Itaque si quis, cum posset intentantem periculum apprehendere, occidere maluit, injuria fecisse videtur, *d. l. 5.* Nec ultio permissa, sed defensio, quæ ita excusata est, si in defendendo servata sit moderatio inculpatæ tutelæ, *l. 1. C. unde vi.* Cuncta exequi, quæ ad materiam defensionis pertinent, non est hujus loci.

TEXTUS.

3. *Ac ne is quidem hac lege tenetur, qui casu occidit, si modo culpa ejus nulla inveniatur. Nam alioqui non minus ex dolo, quam ex culpa quisque hac lege tenetur.*

COMMENTARIUS.

NOn *minus ex dolo, quam ex culpa*] Inversio est; dicere voluit, *non minus ex culpa, quam ex dolo* occidentem teneri: nam de dolo minor est dubitatio. Similis verborum trajectio occurrit in *pr. supra de hared. instit.* apud Ulpianum *leg. jurisgentium 7. §. pactorum 8. de pact. l. 3. §. 2. de incend. ruin. naufr.* apud Callistratum *l. solidum 85. de solut.*

TEXTUS.

4. *Itaque si quis, dum iaculis ludit, vel exercitatur, transeuntem servum tuum trajecerit, distinguitur. Nam si id à milite in eo campo, ubi solitum est exercitari, admissum est, nulla culpa ejus intelligitur; si alius tale quid admiserit, culpa reus est. Idem juris est de milite, si alio loco, quam qui ad exercitandum militibus destinatus est, id admiserit.*

5. *Item si putator ex arbore ramo dejecto servum tuum transeuntem occiderit, si prope viam publicam aut vicinalem id factum est, neque proclamavit, ut casus evitari posset, culpæ reus est; sed si proclamavit, nec ille curavit præcavere, extra culpam est putator. Æque extra culpam esse intelligitur, si forsum à via forte, vel in medio fundo cadebat, licet non proclamavit: quia in eo loco nulli extraneo jus fuerat versandi.*

6. *Præterea si medicus, qui servum tuum secuit, dereliquit curationem ejus, & ob id mortuus fuerit servus, culpæ reus est.*

7. *Imperitia quoque culpæ adnumeratur; veluti si medicus ideo servum tuum occiderit, quia male eum secuerit, aut perperam ei medicamentum dederit.*

8. *Impetu quoque mularum, quas mulio propter imperitiam retinere non potuit, si servus tuus oppressus fuerit, culpæ reus est mulio. Sed & si propter infirmitatem eas retinere non potuerit; quum alius firmior eas retinere potuisset, æque culpæ tenetur. Eadem placuerunt de eo quoque, qui cum equo veheretur, impetum ejus aut propter infirmitatem, aut propter imperitiam suam retinere non potuerit.*

NOTÆ.

5. VIAM PUBLICAM AUT VICINALEM] Via publica est, quæ Græcis βασιλικὴ, regia, dicitur, Romanis, prætoria & consularis, item militaris. Vicinalis, quæ in vicos ducit, quæ & ipsa

publica fere est, *l.2.§.22.ne quid in loc.publ.* Sic. Flacc. *de condit. agror.* Sueton. *August.49.* Theophil. hîc.

LICET NON PROCLAMAVIT] Quoniam divinare non potuit, an per eum locum aliquis transiturus esset. Quod si etiam per locum privatum vulgo iter fiat, de culpa agi poterit, *d.l.* 31.

6. QUI SERVUM SECUIT] Quamvis bene *l.18. eod.* Solebant olim medici venas incidere, & ægris sanguinem mittere. Cic. *Pisoniana.*

7. SI MEDICUS] *l.7.in fin.& d.l.8.pr.eod.* quanquam eventus mortalitatis medico imputari non debet, *l.7.§.7.de off.pref.* & extra culpam esse intelligitur, ὅταν ἡ μείζων τὸ πάθος ἡ ἰατρικῆς βοηθείας Alex. Aphrod. in 1. *Top. Arist.*

PERPERAM EI MEDICAMENTUM] ἁμαρτῶς τῇ ἀπαιρεσίᾳ ut Hippocr. *de pharm. purg.* imperite, temere, inconsiderate.

8. IMPETU MULARUM] Ex Caio *d.l.8 §.1. hoc tit.*

PROPTER INFIRMITATEM] Neque iniquum est infirmitatem culpæ adscribi, quoniam nemo temere affectare debet, in quo vel intelligit, vel intelligere debet, infirmitatem suam alij periculosam futuram, *d.l.8.§.1.*

COMMENTARIVS.

1 *Quod de militibus in loco exercitij se exercentibus hic dicitur, id etiam ad paganos cer o loco se exercere solitos pertinere.*

2 *Medicorum culpam raro nunc in judicium vocari.*

AFferuntur hic varia exempla hominis occisi, & damni dati citra dolum & animum nocendi, & fere culpa levissima. Nam ut antea dictum est, per legem Aquiliam non solum dolus, sed etiam culpa vindicatur, ita, ut ne levissima quidem hic excusationem habeat, *l. in lege 44. hoc tit.* & recte: nam cum potior semper sit causa ejus, qui damnum patitur, quam qui dat, æquum est damnum quacunque culpa datum sarciri ab eo, qui dedit.

A milite in eo campo] Duæ circunstantiæ in proposito efficiunt, ut factum à culpa absit & Aquilia cesset; locus exercitationi destinatus, & persona se in eo loco exercitantis. Altero autem horum deficiente Aquiliæ locus est. Qua de causa si vel paganus in loco exercitationi militum constituto jaculans servum transeuntem occiderit, sive miles extra campum jaculatorium, uterque Aquilia tenebitur, *d.l.9.§.ult. hoc tit.* Quid vero dicemus de conventiculis sagittariorum ex paganis qui certo loco collineando ad scopum certare solent? Et quamvis hi milites non sint, tamen si quis eorum die & loco solito se exercens, intempestive per eum locum transcurrentem transfixerit, extra culpam esse respondit *Vvamesl. cent. 2. cons. 51. fac. Grot. 3. juriſp. Bat. c. 33.* Plane si consulto ictum in transeuntem direxerit, aliud juris est, *d.l.9.§. ult. & ibi gloss.*

Si putator ex arbore dejecto ramo) Arborem putare, factum plane licitum est: cæterum in dejectione rami amputati culpa esse potest. Quod ex loco in quo putatur arbor, æstimandum est. Nam si is locus sit prope viam publicam aut vicinalem, aliamve per quam vulgo iter fit aut unicuique transire jus est, & frondator seu is, qui arbores amputat, ramum in eum locum, quantumvis privatum, sine proclamatione dejiciens servum prætereuntem occiderit, culpæ obnexius est: si vero proclamavit nec alter curavit casum evitare, extra culpam est. Similiter extra culpam esse intelligitur, si in eum locum dejecerit, in quo nulli extraneo versandi jus erat, quamvis non proclamaverit; quoniam divinare non potuit, an per eum locum aliquis transiturus esset, *l. si putator 31. hoc tit.* Via publica est, quæ Græcis βασιλικὴ, regia dicitur, Romanis prætoria & consularis, item militaris. Vicinalis, quæ in vicos ducit; quæ & ipsa fere publica est, *l.2.§.22. ne quid in loc. publ. Sic Flacc. de cond. agr. Suet. Aug. 49. Th. hic.*

Si medicus qui servum tuum secuit] Qui medicus servum alienum secuit, etsi bene secuit; (venæ sectionem seu incisionem intellige) tamen si susceptam ejus curationem dereliquit, & servus ob id mortuus sit, culpæ reus intelligitur, *l.8. hoc tit.* Nimirum qui susceptam curationem deseruit, causam mortis præbuisse videtur.

Imperitia quoque culpa, &c.] Imperitia alicujus rei se culpa non est, sed in eo, qui peritiam aut artificium aliquod profitetur, culpæ adscribitur; si quid circa ea, quæ ad illaud artificium pertinent, per imperitiam commissum sit, *l.9.§. pen. l. item quæritur 13.§. si gemma 5. locat. si servum 27.§. scalicem 29. hoc tit* eoque pertinet *l. imperitia 132. de reg. jur.* Itaque si medicus servum tuum imperite, ἁμαρτῶς τῇ ἀπαιρεσίᾳ τοῦ, secuerit, vel medicamento perperam usus mortem attulerit, hac lege tenebitur, *l.7. in fin. & l. seq. in pr. eod.* Homicidij crimen est in hominis salute peccare, ait Cassiod. *6. var. 19.* Diligenter autem considerandum est, ne, quod vi morbi contigit, id medici imperitiæ aut culpæ adsignetur: nam eventus mortalitatis medico imputari non debet, sed tantum quod commisit per imperitiam, *l.6.§. sicuti 7. de off. pref.* & extra culpam esse intelligitur, ὅταν ἡ μείζων τὸ πάθος ἡ ἰατρικῆς βοηθείας. Alex. Aphrod. in 1. *Top. Arist.* Culpa in dicitur in judicium vocatur: quoniam, ut ille dicebat, errata medico 2

mediorum terra occultat : beneficia autem soli illustrat. Et Plinius alicubi scribit, soli medico hominem occidere impune esse. Papon. 23. *tit.* 8. *art.* 1. refert medicum, qui fortiorem solito potionem agrotanti præbuerat, impune quidem pro ea vice arresto Parensi dimissum fuisse, sed cum interminatione severæ animadversionis, nisi in posterum ab hujusmodi remediis temperaret, *add. Grænevv. de ll. abr. hic.*

Impetu quoque mularum, &c.] Mulio cujus ob imperitiam vel infirmitatem impetu mularum servus alienus obtritus est, hac actione tenetur. Idem juris est in persona ejus, qui impetum equi, quo vehebatur, propter imperitiam vel infirmitatem retinere non potuit. Neque iniquum est infirmitatem culpæ adnumerari. Quippe cum nemo temere affectare debeat in quo vel intelligit vel intelligere debet, infirmitatem suam alij periculosam futuram *l.* 8. §. 1. *eod.*

TEXTUS.

9. *His autem verbis legis*, Quanti id eo in anno plurimi fuerit, *illa sententia exprimitur, ut si quis hominem tuum, qui hodie claudus, aut mancus, aut luscus erit, occiderit, qui in eo anno integer, aut pretiosus fuerit, non tanti teneatur, quanti hodie erit, sed quanti in eo anno plurimi fuerit: qua ratione creditum est pœnalem esse hujus legis actionem, quia non tanti quisque obligatur, quantum damni dederit, sed aliquando longè pluris. Ideoque constat, in hæredem eam actionem non transire, quæ transitura fuisset, si ultra damnum nunquam lis æstimaretur.*

NOTÆ.

9. QUANTI EO ANNO PLURIMI] Annus enim retrorsus computatur, ex quo quis occisus est, *l.* 21. §. 1. 23 §. 3. *eod.* repetitis scil. ex die cædis 365. diebus.

COMMENTARIVS.

Quanti id eo in anno plurimi] Hæc clausula æstimationem habet damni quod per cædem datum est. Tenetur itaque qui servum occidit, non quanti is erat, cum occideretur, sed quanti eo anno plurimi fuit, *l. ait lex* 21. *l. inde Neratius* 23. §. *ult. Instit. hic* ubi Ulpianus scribit, hominis occisi æstimationem ad id tempus referri, quo eo anno plurimi fuerit, repetitis ex die vulneris trecentis sexaginta quinque diebus. Quippe annum retrorsus numerari, ex quo quis occisus est. Et ideo si pretioso pictori pollex fuerit præcisus, & intra annum quo præcideretur, fuerit occisus, posse dominum Aquilia agere, pretioque eo æstimandum, quanti fuit prius, quam artem cum pollice amisisset. Si mortifere vulneratus sit servus, deinde post, etiam longiori tempore interjecto, mortuus sit, secundum Julianum inde annum numerari placet, ex quo vulneratus est, licet Celsus contra senserit, *d. l. ait lex.* 21. §. 1.

Pœnalem esse hujus legis actionem] Actio legis Aquiliæ pœnalis est. Nam etsi interdum lis ultra damnum datum non æstimetur, veluti si res intra annum depretiata non sit, tamen ad hoc, ut pœnalis habetur, sufficit posse præsentem æstimationem exuperari, & pœnam generaliter in damnosos statutam esse.

In hæredem non transire] Constat hanc actionem hæredi dari : sed in hæredem non datur, cum sit pœnalis ; nisi fortè ex damno locupletior hæres factus sit, *d. l. in de Neratius* 23. §. *hanc actionem* 8. *hoc tit.* aut lis cum defuncto fuerit contestata, §. 1. *inf. de perp. & temp. act.*

Quæ transitura fuisset] Ait, actionem legis Aquiliæ in hæredem non transire, non quia ex delicto est, sed quia pœnalis, transituram, si pœnalis non esset. Itaque hic locus apertè confirmat eorum sententiam, qui existimant, actiones non pœnales, etiamsi ex delicto veniunt, in hæredem dari de quo latius alibi, §. *ult. supr. de obl. quæ ex del. & inf.* §. 1. *de perp. & temp. act.* Hodie actio legis Aquiliæ pœnalis non est : nam solum eatenus ea nunc utimur, ut damnum injuria datum persequamur ; non etiam quanti plurimi supra id res in eo anno aut in diebus 30. proximis fuit : & quando aliquid propter occasionem conjugis vel parentis, vel propinqui adjudicatur, id potius ejus qui agit idemnis servandi, quam coërcendi adversarij causa fieri existimatur. *Gudel. de jur. nov. lib.* 3. *c.* 13. *Grot.* 3. *introd.* 32. & 34. *Grænevv. de ll. abrog. hic.*

TEXTUS.

10. *Illud non ex verbis, sed ex interpretatione placuit, non solum perempti corporis æstimationem habendam esse secundum ea quæ diximus ; sed eo amplius, quicquid præterea pereunte in corpore damni nobis illatum fuerit, veluti servum tuum hæredem ab aliquo institutum ante quis occiderit, quam is jussu tuo hæreditatem adierit : nam*

hæreditatis quoque amissæ rationem esse habendam constat. Item si ex pari mularum unam, vel ex quadrigis equorum unum quis occiderit, vel ex comœdis unus servus occisus fuerit, non solum occisi fit æstimatio, sed eo amplius id quoque computatur, quanti depretiati sunt, qui superfuerunt.

NOTÆ.

10. QUICQUID PRÆTEREA DAMNI ILLATUM] Extra rem principalem: quod variis exemplis illustratur, *l.* 22. § *ult.* cum *ll. seqq. eod.*

EX PARI MULARUM] *l.* 22. § *eod.* ubi Paulus scribit, etiam causas corpori cohærentes æstimari.

DEPRETIATI SUNT] Utitur eo verbo Paul. *d. l.* 22 § 1. Tertull. *ad Nation. cap.* 10. Gloss. Lat. Gr. depretiati, ἐλαττωθέντες.

COMMENTARIVS.

Non ex verbis legis, sed ex interpretatione] Lex de æstimatione perempti corporis tantum locuta videtur: cæterum illud quoque damnum in æstimationem venire placet, quod occasione perempti corporis in re alia patimur: quod variis exemplis illustratur, *l. ait lex* 21. § *ult. cum ll. seqq. hoc. tit.* Ait autem Iustinianus id per interpretationem placuisse, nimirum quia legislatorem id quoque voluisse prudentes existimaverunt: non enim tam ex scripto & sententia hæc controversia nata videtur, quam ex scripti ambiguitate: ut bene Horoman. *hic.* & ideo de hoc quoque damno directam ex lege actionem competere verius est, *vid.* §. *ult. inf.*

Quicquid præterea damni] Quicquid præterea extra rem principalem nostra interest, *d. l. ait lex.* 21. §. *ult.* Nam omnia commoda, quæ intra annum, quo verbi causa servus interfectus est, pretiosiorem hunc servum facerent, ad æstimationem ejus accedunt, *d. l. inde Neratius* 23. §. *in summa. 6. eod.* Damnum autem intelligo pecuniarium: nam affectionis ratio non habetur. Ut ecce si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emptum velles, non pluris æstimabitur, quam quanti omnibus valet. Quippe pretia rerum non ex affectu nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur, *l. si servum* 33. *hoc tit. l. pretia.* 63. *ad l. Falcid.*

Si servum tuum hæredem] Si servus hæres institutus, antequam jussu domini hæreditatem adiret, occisus sit, etiam hæreditatis amissæ damnum in æstimationem venit, *d. l. inde Neratius* 23. *hoc tit.*

Item si ex pari mularum] *l. proinde* 22. §. 1. *eod.* Vbi Paulus scribit, etiam causas corpori cohærentes æstimari. Itaque si quis ex comœdis, aut symphoniacis, aut gemellis, aut quadriga, aut ex pari mularum unum vel unam occiderit, non solum perempti corporis æstimationem faciendam esse, sed & ejus rationem haberi debere, quo cætera corpora depretiata sunt.

TEXTUS.

11. *Liberum autem est ei, cujus servus occisus fuerit, & ex judicio privato legis Aquiliæ damnum persequi, & capitalis criminis eum reum facere.*

NOTÆ.

11. ET CAPITALIS CRIMINIS REUM FACERE] Iudicio publico legis Corneliæ de sicariis, *l.* 23. §. 9 *eod. l.* 3 *C. eod.* Nam lex Cornelia non distinguit, quis homo occisus sit, *l.* 1. § 2. *ad leg. Corn. de sicar.* modo dolo malo occisus sit, *d. l.* 23. §. 9. nam in hac lege dolus tantum pro facto accipitur, non culpa, ne lata quidem, *l.* 7. *ad leg. Corn. de sicar.*

COMMENTARIVS.

Si dolo servus occisus sit, non tantum privato judicio legis Aquiliæ dominus agere potest: sed etiam publico legis Corneliæ de sicariis, *l. inde Neratius* 23. §. *si dolo* 9. *h. t. l.* 3 *C. eod.* nam lex Cornelia non distinguit, cujus conditionis homo occisus sit, *l.* 1. §. 2. *ad l. Corn. de sicar.* Addit Vlp. in *d. l. inde Neratius* §. *si dolo.* si lege Aquilia dominus egerit, non ob id tamen præjudicium fieri legi Corneliæ; scilicet, quo minus quod privato judicio judicatum erit, publico retracterur, *l. unic. quand. act. civ., crim.* alio sensu Paulus in *l.* 4 *de publ. jud.* dicit, in actione legis Aquiliæ, cæterisque privatis judiciis, in quibus de re familiari agitur, evenire interdum, ut præjudicium judicio publico fiat; nimirum non sic, ut agi amplius non possit, sed ad probationem delicti quod attinet, ut judicium privatum, ante finitum, urgeat aut juvet reum in executione criminis.

Capitalis criminis reum facere] Modo, ut diximus, dolo malo homo occisus sit. Nam in lege Cornelia dolus tantum pro facto accipitur, nec in hac lege lata culpa pro dolo habetur, *l.* 7. *ad leg. Corn. de sicar. add. Schneid.* §. *injuria* 2. *n.* 11. *supr. ad hunc* §. *n.* 1. De libero homine occiso, si de damno farciendo agatur, dixi sub. *pr. hujus tit.*

TEXT.

TEXTUS.

12. *Caput secundum legis Aquiliæ in usu non est.*

COMMENTARIUS.

SEcundum hujus legis capitulum jam tempore mediæ jurisprudentiæ in desuetudinem abierat, ut testis est Ulpianus in *l. si servum* 27. §. 4 *hoc tit.* Quid autem hoc capite cautum fuerit, cum id nusquam proditum sit, haud temerè dixerim: neque de eo laborandum. Qui otio abundant, talia sibi negotia sumant. Cujacio, videtur, pertinuisse ad interceptam nobis civilitatem quandam, re nostra illæsa.

TEXTUS.

13. *Capite tertio de omni certo damno cavetur. Itaque si quis servum, vel eam quadrupedem, quæ in pecudum numero est, vulneraverit; sive eam quadrupedem, quæ in pecudum numero non est, veluti canem, aut ferum bestiam, vulneraverit, aut occiderit; hoc capite actio constituitur. In cæteris quoque omnibus animalibus, item in omnibus rebus, quæ anima carent, damnum per injuriam datum vindicatur. Si quid enim ustum, aut ruptum, aut fractum fuerit, actio ex hoc capite constituitur; quanquam poterat sola rupti appellatio in omnes istas causas sufficere. Ruptum enim intelligitur, quod quoquo modo corruptum est. Unde non solum fracta, aut usta, sed etiam scissa & collisa, & effusa, quoquo modo perempta atque deteriora facta, hoc verbo continentur. Denique responsum est, si quis in alienum vinum aut oleum id miscuerit, quo naturalis bonitas vini aut olei corrumperetur, ex hac parte legis Aquiliæ eum teneri.*

NOTÆ.

73. CAPITE TERTIO] Verba capitis tertii referuntur ab Ulp. *l.* 27. §. 5. *eod.* ejusdemque *l.* §. 6. & deinceps fusè explicantur.

COMMENTARIUS.

1 *Caput tertium legis Aquiliæ declaratur variis exemplis.*

2 *Quid juris si liber homo vulneratus: & quid eo casu hodie.*

TErtio capite ait eadem lex Aquilia; *Cæterarum rerum, præter hominem & pecudem occisos, si quis alteri damnum fuxit, quid usserit, fregerit, ruperit injuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum æs domino dare damnas esto, l. si servus* 27. §. *tertio* 5. *hoc tit.* Si quis igitur non occiderit hominem vel pecudem, sed usserit, fregerit, ruperit, sine dubio ex his verbis legis agendum erit. Proinde si faciem servo meo objeceris, & eum adusseris, teneberis mihi. Idem est si loris, vel virgis, vel pugnis, vel telo cecideris, ut corpus ei scinderes vel tumorem faceres, *d. l.* 27. §. 17. Item si quis multum meum plus justo oneraverit, & aliquid membri ruperit, *d. l.* 27. §. 23. Sed & si arbustum meum vel villam meam incenderis, Aquiliæ actionem habeo, *d. l. si servus* §. *item si.* 7. Æque si quis vinum effuderit, spurcaverit, vitiaverit, vestimentum sciderit, inquinaverit, milium aut frumentum meum in flumen effuderit, ex hoc capite tenetur, *d. l.* 27. §. *cum ea.* 15. & §. *si quis* 18. *cum* §. *seq. eod.* Hac quoque actione ex hoc capite de omnibus animalibus læsis agendum est, quæ pecudes non sunt, puta de cane. Sed & de apro & leone, cæterisque feris & avibus idem erit dicendum, *l. quemadmodum* 29. §. *hac actione* 6. *eod.* In summa hoc capite servorum & pecudum vulnera, reliquorum animalium, vel vulnera vel cædes, omnium denique rerum animatarum corruptiones, in judicium vocantur. 1

2 Liber homo vulneratus directam ex hoc capite actionem non habet: quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur. Sed tamen utilem actionem ei dari placet, in qua non corporis, quod nullam æstimationem recipit, sed operarum cessantium & impendiorum æstimatio fiet, §. *liber homo* 12. *eod.* quam æstimationem etiam pater utili legis actione persequi potest, ob vulnus inflictum filiofam. *l.* 7. *eod. l. cum duobus* 52. §. *socium.* 16. *pro soc. Cuiac.* 21. *obs.* 20. *add. Grot.* 3. *introd. c.* 34. Moribus harum regionum etiam dolorum & deformationis corporis, si quando id petitur, æstimatio fit, quamvis propriè hæc pecuniæ fariri non possunt, neque juri Romano id conveniat, *l. ult. de his qui defec. l.* 3. *si quadr. paup. Grot. d. loc.*

Ruptum intelligitur, quod quoquo modo corruptum] Verbum *ruperit* ferè omnes veteres sic intellexerunt, *corruperit.* Itaque rupti appellatione continentur & usta & fracta, & scissa & collisa, & effusa

effusa & quoquo modo vitiata, deteriora facta, aut perempta. Neque obstat quod lex distinctim hæc tria exprimit, usserit, fregerit, ruperit. Nam, ut Celsus dicebat, non est novum, ut lex specialiter quibusdam enumeratis generale subjiciat verbum, quo specialia complectatur, *d. l. si servus* 27. § *inquit.* 13. *cum* 2. §§. *seqq.*

TEXTUS.

14. *Illud palam est, sicut ex primo capite demum quisque tenetur, si dolo aut culpa ejus homo aut quadrupes occisus occisave fuerit, ita ex hoc capite, de dolo aut culpa, & de catero damno quemque teneri: ex hoc tamen capite, non quanti in eo anno, sed quanti in diebus triginta proximis res fuerit, obligatur is, qui damnum dederit.*

COMMENTARIUS.

Si dolo aut culpa] In hac quoque actione, quæ ex hoc capitulo oritur, tam culpa quam dolus punitur. Ideoque si quis in stipulam suam vel spinam comburendæ ejus causa ignem immiserit, & ulterius evagatus & progressus ignis alienam segetem vel vineam læserit, requiremus, num imperitia ejus aut negligentia id accidit. Nam si die ventoso id fecit, culpæ reus est. Nam & qui occasionem præstat, damnum fecisse videtur. In eodem crimine est & qui non observavit, ne ignis longius procederet. At si omnia, quæ oportet, observavit, & subita vis venti ignem longius prodixit, caret culpa, *l. qui occidit* 30. §. *pen h. t.*

Quanti in diebus triginta] Hoc capitulo, quanti res fuerit triginta diebus proximis, tanti lis æstimatur, *d. l. si servus* §. *tertio* 5. *eod.* qui excessus præsentis æstimationis hic pro pœna est: quæ lævior in hoc capite, quam in primo, tanquam in delicto leviore.

TEXTUS.

15. *Ac nec* plurimi *quidem verbum adjicitur. Sed Sabino rectè, placuit, perinde habendam æstimationem, ac si etiam hac parte* plurimi *verbum adjectum fuisset: nam plebem Romanam, quæ Aquilio Tribuno rogante hanc legem tulit, contentam fuisse, quo prima parte eo verbo usa esset.*

COMMENTARIUS.

HÆc verba, *quanti in diebus triginta proximis fuit*, etsi non habent *plurimi*, sic tamen accepta sunt, *l. quemadmodum* 29. §. *ult. hoc tit.* nimirum ut vox *plurimi* in primo capite posita, in tertio repetita intelligatur: & alioqui incerta esset damni ex hoc capite æstimatio.

Aquilio tribuno rogante hanc legem tulit, &c. Rectius dixisset *Legem jussit*, & mox, *eo verbo usus esset*, ut hic notat Hotoman.

TEXTUS.

16. *Caterum placuit, ita demum directam ex hac lege actionem esse, si quis præcipuè corpore suo damnum dederit. Ideoque in eum, qui alio modo damnum dederit, utiles actiones dari solent: veluti si quis hominem alienum, aut pecus ita incluserit, ut fame necaretur: aut jumentum ita vehementer egerit, ut rumperetur: aut pecus in tantum exagitaverit, ut præcipitaretur: aut si quis alieno servo persuaserit, ut in arborem adscenderet, vel in puteum descenderet, & is adscendendo, vel descendendo aut mortuus, aut aliqua parte corporis læsus fuerit; utilis actio in eum datur: sed si quis alienum servum aut de ponte aut de ripa in flumen dejecerit, & is suffocatus fuerit, eo quod projecit, corpore suo damnum dedisse non difficulter intelligi potest: ideoque ipsa lege Aquilia tenetur. Sed si non corpore damnum fuerit datum, neque corpus læsum fuerit, sed alio modo alicui damnum contigerit, quum non sufficiat neque directa, neque utilis legis Aquiliæ actio, placuit, eum qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri: veluti si quis misericordia ductus alienum servum compeditum solverit, ut fugeret.*

NOTÆ.

16. SI QUIS PRÆCIPUE CORPORE SUO] Directa legis actio ita demum conceditur, si quis corpore suo damnum dederit, *l.* 51. *eod.* Directa actio hîc intelligitur, quæ ex verbis legis eoque, quod scriptum est, descendit.

Qui

QUI ALIO MODO, &c. ÚTILES ACTIONES] Quæ eædem & in factum; cæterum civiles *l. 7. §. 3. & 6. l. 9. eod.* Actio, quæ inducitur per interpretationem & extensionem aliquam, tanquam ex mente legislatoris, non directa, sed utilis dicitur: quanquam vi & effectu à directa nihil differt, *l. propen. de neg. gest.* Sic patri nomine filij, bonæ fidei possessori, item libero homini suo nomine utilis actio legis Aquiliæ datur. Directam habere non possunt, quoniam in lege domini tantum mentio fit, *leg. 7 l. 11. §. l. 13. hoc titul.*

ALIENUM SERVUM DE PONTE] Si quis de ponte aliquem præcipitaverit, Celsus ait sive ipso ictu pericrit aut continuo submersus est, aut lassatus vi fluminis victus pericrit, lege Aquilia teneri: quemadmodum si quis puerum saxo illisisset, *d. l. 7. §. pen.*

IPSA LEGE AQUILIA] Ex ipsis verbis legis Aquiliæ, ut directa in eum actio competat, ut rectè interpretatur Theoph.

NEQUE CORPUS LÆSUM] Ubi corpus integrum manet, neque ex verbis legis directa, neque ex sententia utilis actio competit: ac proinde subsidiaria in factum opus est, *l. 33. in fin. h. t. l. 7. §. 7. de dolo*, quæ à prætore defectum legis supplente datur, *l. 11. de præscr. verb.*

MISERICORDIA DUCTUS] *d. l. 7. §. 7. de dolo.* Intempestiva misericordia damnosa est. Similiter actione in factum tenetur, qui fumo facto apes fugaverit vel etiam necaverit, *l. 49. eod.* Apes fumo abigi & necari notissimum est, Fabrot.

COMMENTARIVS.

1 *Directa actio quot modis dicatur.*
2 *Actio utilis quid: & qua ratione, quando, à quibus introducatur.*
3 *Directam actionem esse, tam quæ ex sententia legis descendit, quam quæ ex verbis: utilem, quæ tanquam ex sententia per interpretationem extensivam, in factum, cui nec oratio nec sententia convenit.*
4 *Utilem, quæ tanquam ex sententia legis, & ipsam interdum in factum appellari.*

1 UT hic locus plenè intelligatur, sciendum est, non uno semper & ejusdem oppositionis intuitu nomen actionis aut directæ aut utilis à veteribus usurpari. Nam primum directa actio dicitur principalis opposita vel præparatoriæ, puta actioni ad exhibendum, *l. 3. §. ibidem 13. l. si quis 17. ad exhiben.* vel contrariæ, ut actio directa commodati, depositi, pigneratitia, &c. vide nostra ad §. 2. *sup. quibus modis re contr. oblig.* §. 1. *sup. de obligat. quæ quasi ex controv.* Deinde actio ordinaria ex delicto, opposita noxali, directa quoque vocatur, §. *omnis 5. inf. de nox. action.* Postremo directa actio dicitur ad differentiam actionis utilis: quæ consideratio huius loci propria est. Utilis actio sic in universum describi potest, quod sit actio, quæ deficiente stricta iuris ratione ex æquitate introducitur. Id vero fit bifariam: vel interpretatione iurisconsultorum; vel etiam iure expresso, tum prætorio, tum etiam civili æquitatem sectante. Actiones prætoriæ in relatione ad ius civile strictum omnes dicuntur utiles, tametsi apertè verbis edicti propositæ sint, §. *namque 4. inf de action. l. tut. 16 §. ult. de pign. act. l. electio 26. §. 2. de nox. act l. 1. de superfic. l. ult. C. quib. ex ca. mai.* Quamquam si ius prætorium absolutè spectamus, quædam actiones hoc iure proditæ directæ, quædam utiles appellari possunt: directæ, quæ ipsis edicti verbis proponuntur: utiles, quas verbis cessantibus prudentum interpretatio indixit, *l. pen. §. ult. de his qui dei. vel eff.* apparet ex *l. nec quasi 70. de rei vend. l. 1. l. si Titio 22. de pignor. l. in eum 19. in pr. de instit. act. l. 5. §. pen. de pec. const. l. 1. de precar.* Sed & ius civile nonnunquam verbis expressis utiles tantum actiones tribuit, nimirum quoties ratio iuris impedit, quominus directæ dentur; veluti si directæ iam sint apud alium. Nam ratio iuris non patitur ut, aut apud duos simul directa sit actio, aut ab eo, cui illa semel competere cœpit, avulsa in alium transferatur. Hinc est, quod ei, cui nomen venditum, legatum, donatumve est, non directa, sed utilis actio rescriptis Impp. datur, quia scilicet ex ratione iuris directa penes venditorem, hæredem, donatorem manet, *l. sicum 16. de pact. l. 1. C. de obl. & act, l. ex legato 18. C. de legat.* Pari de causa, quia ratio iuris civilis non patitur, ut nostra conventione alteri actionem quæremus, quibusdam casibus hic utilis actio constitutionibus introducta est, *l. 3. C. de don. quæ sub mod.* His autem casibus, & si qui sunt similes demptis, actio directa dicitur, quæ ex verbis legis eoque, quod rescriptum est, descendit. Scriptum autem etiam illud & verbis comprehensum intelligi oportet, quod voluisse legislatorem constat, etiamsi id verbis apertè expressum non sit. Ut ecce, lege Aquilia, qui damnum dedit, expresse iubetur eius damni æstimationem præstare. Illud non exprimitur, damnum tanti æstimandum quanti interfit damnum datum non esse. Cæterum quia damnum sarciri lex voluit ex voluntate legis hoc sic acceptum est, quasi scriptum esset, eius omnis, quod intereat, æstimationem fieri debere: ac proinde etiam eius nomine quod extrinsecus interest directa ex lege actio competit, ut notavimus ad §. *illud 10. supr. eod* At

vero ubi longius proceditur, atque ex scripto & sententia controversia orta, actio inducitur per interpretationem, & extensionem aliquam, tanquam ex mente legislatoris: ea non directa, sed utilis est; quanquam vi & effectu juris à directa non differt, *l. propen. de neg. gest.* Quod si & verba & sententia legis deficiunt, hic prætor defectum legis, utilitate id exigente, supplere solet reddendo actiones in factum, *l. quia actionum* 11. *de præsc. verb.* Quæ omnia exemplis in textu illustrantur. Illud etiam hic obiter notandum, appellatione actionis in factum nonnunquam significari actionem illam utilem, quam ex sententia legis per interpretationem induci diximus: ut videri est in *l. qua actione* 7. § *proinde* 3. *l. item si* 9. *in pr. l. item Mela* 11. § *sed si* 8. *l. quemadmodum* 29. § *pen. hoc tit.* Propriè autem eo nomine designari actionem ab illa utili distinctam; quæ scilicet id factum persequitur, cui nec oratio nec sententia legis convenit, *d. l.* 11. *de præscr. verb. l. si servum* 33. § 1. *hoc tit.* 7. § *idem Labeo* 7. *de dol. & hoc titul. in fin.* Illa in factum civilis, hæc in factum prætoria dicitur, & tota subsidiaria est.

Si quis corpore suo] *Add. l. ita vulneratus* § 1. *in pr. hoc tit.*

Qui alio modo damnum dederit, utiles actiones] Quæ eædem & in factum cæterum civiles, *l. qua actione* 7. § 3. & § *Celsus* 6. *l. item si* 9. *fere tot. per tit. eodem.* Sic patri nomine filij, bonæ fidei possessori, item libero homini suo nomine utilis Aquiliæ actio datur. Directam enim habere non possunt, quoniam in lege domini tantum mentio fit, *d. l. quia actione in pr. l. item Mela* 11. § *sed si* 8. *l. liber homo* 13. *pr. eodem.*

Alienum servum de ponte] Si quis de ponte aliquem præcipitaverit, Celsus ait, sive ipso ictu perierit, aut continuo submersus est, aut lassatus vi fluminis victus perierit, eum qui dejecit, ipsa lege Aquilia teneri, quemadmodum si quis puerum saxo inlisisset, *d. l.* 7. § *penult.*

Neque corpus læsum] Lex Aquilia de corpore perempto aut corrupto loquitur. Itaque ubi corpus integrum manet, neque ex verbis legis directa, neque ex sententia uti is actio competere potest: & proinde subsidiaria in factum opus est, secundum ea, quæ jam dicta sunt, *leg.* 11. *de præsc. verb. leg. si servum* 33. *in fin. hoc titul. l.* 7. § *idem. Labeo* 7. *de dolo.*

TITULUS IV.

De injuriis.

Continuatio: & argumentum tituli.

4 QUarta species delicti, unde obligatio & actio inter privatos nascitur, est injuria seu contumelia. Quæ quid sit, quomodo & quibus fiat, tum qua pœna vindicetur, quæ circunstantiæ eam augeant aut minuant, & denique quomodo aboleatur, hic docebitur.

TEXTUS.

Generaliter iniuria dicitur omne, quod non iure fit: specialiter, alias contumelia, quæ à contemnendo dicta est, quam Graci ὕβριν appellant: alias culpa, quam Graci ἁδίκημα dicunt, sicut in lege Aquilia damnum iniuria datum accipitur: alias iniquitas & iniustitia, quam Graci ἀνομίαν καὶ ἀδικίαν vocant: cum enim prætor vel iudex non iure contra quem pronuntiat, iniuriam accepisse dicitur.

NOTÆ.

GENERALITER INIURIA] Ex Paulo *apud Rufin. tit.* & Ulpiano *l.* 1. *h. t.* ubi I. C. ait, *iniuriam ex eo dictam, quod non iure fit.* August. *Confess* 3. *cap.* 8. *Sive per contumeliam, sive per iniuriam.*

ALIAS CONTUMELIA] *l.* 5. § 1. *ad leg. Aquil. l.* 27. § 2. *de pact.*

A COMTEMNENDO] Sen. *ad Seren. c.* 11. *Contumelia à contemnendo dicta est: quia nemo nisi quem contempsit, tali iniuria notat.*

SICUT IN LEGE AQUILIA] Lex Aquilia injuriæ verbo vel maximè dolum malum intelligit: cæterum eodem verbo & culpam comprehendit, atque id quoque, quod per imperitiam aut imprudentiam factum est: quod Aristoteles non ἀδίκημα sed ἀτύχημα appellat. vid. Arist 5. *Ethic.*

CUM IUDEX NON IURE CONTRA QUEM PRONUNTIAT] Si judex iniquè sententiam dixerit, quamvis per imprudentiam aut errorem, *l.* 41. *de evict.* eum, qui sententia læsus est, injuriam passum dicimus, *d. l.* 1. *h. t.* Iudex autem injuriam facit, non is, secundum quem judicatum est. Arist 1. *magn. mor.* 34.

COMMENT.

COMMENTARIVS.

Quod non jure fit] Quicquid non jure fit, generali verbo injuria dicitur, *l. 1. hoc tit.* ubi Ulpianus ait, injuriam ex eo dictam, quod non jure fiat. Itaque omne factum, quod nocetur detrahiturque quid alteri temere immeritove, id in genere injuria dicitur; eaque vox tam latè patet, quam injustitia. Est enim effectus injustitiæ, quæ in effectu & habitu animi consideratur. Cicero in paradox. *Quocumque aspexisti, ut furia, sic tum tibi secum injuriæ, quæ te respirare non sinunt.* *Injuria*, id est, actiones injustæ, flagitia, peccata. Injuriæ, sic generaliter dictæ, Justinianus tres species hic commemorat, uti & Iurisconsultus in *d. l. 1.* contumeliam, damnum culpa datum, iniquitatem sententiæ; quibus tamen genus propositum non exhauritur. Sed de eo unusquisque pro arbitratu existimet. Adeundus omnino Arist. *lib. 5. ethic.*

Specialiter alias contumelia] Speciatim injuria primum pro contumelia accipitur, ut in hoc tit. *l. 5. §. 1. ad l. Aquil. l. si unus 27. §. 2. de pact.* ubi Paulus scribit, actionem injuriarum nasci ex contumelia. In hoc significatu injuria sic ab auctore librorum ad Herennium definitur. *Injuria est, quæ aut pulsatione corpus, aut convitio aures, aut turpitudine vitam alicujus violat.* Ego sic, Injuria est omne dictum factumve ad contemptum, infamiam aut dolorem alterius directum.

A contemnendo) Contumelia à contemptu, Seneca quoque auctore, dicta est; quia nemo nisi quem contempsit, tali injuria notat.

Alias culpa, sicut in lege Aquilia) Lex Aquilia injuriæ verbo vel maximè dolum malum intelligit: cæterum eodem verbo & culpam comprehendit, atque id quoque, quod per imperitiam aut imprudentiam factum est, injuria factum existimat. Quod Aristoteles non ἀδίκημα, sed ἀμάρτημα appellaret: & ita fortè legendum; quia id nomen locum habet etiam ubi dolus abest. Atque hæc est secunda injuriæ species.

Non jure contra quem pronuntiat) Tertio circa judicia injuriam pro iniquitate accipimus. Nam si judex iniquè sententiam dixerit, eum qui sententia læsus, injuriam passum esse dicimus. Quanquam autem litigatori injuria fieri dicitur non tantum, cum judex dolo malo aut largitione corruptus perperam pronuntiat, sed etiam cum per errorem aut imprudentiam, *l. si per 51. de evict.* Effectu tamen juris inter hæc facta multum interest; & alterum vere maleficium est, alterum propriè non est, sed quasi maleficium; ἀμάρτημα utique: de quo vide *pr. tit. seq.* Illud huic loco contrarium non est, quod apud Paulum in *l. penult. de just. & jur.* legimus, Prætorem quoque jus reddere, cum iniquè decernit. Nam, ut ipse illud explicat, dicitur hoc relatione facta non ad id, quod prætor fecit, sed ad illud, quod prætorem facere convenit; sive nomine relato ad id quod videtur, non quod est; ὡς τὸ φαινόμενον, non ὡς τὸ ὄν.

TEXTUS.

1. *Injuria autem committitur, non solum cum quis pugno pulsatus, aut fustibus cæsus, vel etiam verberatus erit; sed & si cui convitium factum fuerit; sive cujus bona quasi debitoris, qui nihil deberet, possessa fuerint ab eo, qui intelligebat, nihil eum sibi debere: vel si quis ad infamiam alicujus libellum aut carmen scripserit, composuerit, ediderit, dolove malo fecerit, quod quid eorum fieret: sive quis matremfamilias, aut prætextatum prætextatamve adsectatus fuerit: sive cujus pudicitia attentata esse dicetur: & denique aliis plurimis modis admitti injuriam manifestum est.*

NOTÆ.

1. LIBELLUM AUT CARMEN] Pœna carminis famosi ex lege 12. tab. capitalis fuit, ut apparet ex loco Ciceronis, quem citat Augustinus 2. *de civ. Dei c. 9.* Sed pœna capitis postea sublata videtur, *l. 5. §. 9. h. t.* Novissimè id iterum capite sancitum, *l. un. C. de fam. lib.*

MATREMFAM. AUT PRÆTEXTATUM, &c. *l. 9. in fin. & l. seq. l. 15. §. 15. & multis seqq.* prætextati dicebantur, qui prætextu adhuc & bulla utebantur, Budæus *in l. ult. de senat.* erat autem prætexta puerile vestimentum, *l. 23. §. 2. de aur. & arg. leg. & ingenuitatis insigne,* σύμβολον ἐλευθερίας, Philostrat. *in Herode.*

COMMENTARIVS.

1. *Re quot modis injuria fiat.*
2. *Convitium quid, & an citra id verbis injuria fieri queat.*
3. *An & quando veritas convitij excuset injuriantem.*
4. *An eum relevet præfatio honoris.*
5. *Injuriam verbis factam an verbis liceat repellere.*
6. *Famosi libelli quam varia pœna.*
7. *Si inventor auctorem indicaverit.*
8. *Pœna capitali l. un. C. de famos. libel. quando locus.*

9 *Adfectari cur injuriosum.*
10 *Sermo prætextatus.*
11 *Cur injuriosa attentatio pudicitiæ.*

INterpretes vulgo injuriam in duo genera dividunt, in realem & verbalem: eam, quæ scripto fit, alii ad realem referunt, alij, & frequentius, ad verbalem: quod & Labeo fecisse videtur, *l.* 1. §. 1. *hoc tit.* & nos sequemur. Itaque dicimus, omnem injuriam aut re fieri, aut verbis, vel lingua scilicet nuncupatis, vel scripto expressis.

1 *Cum quis pugno pulsatus*] Propriè injuria realis est, quoties manus inferuntur, *d. l.* 1. §. 1. Sed & illa realis censetur, quæ citra illationem manuum aut læsionem corporis infertur, re aut facto aliquo, quod ad contumeliam alterius pertinet: veluti si quis vexandi causa aliquem in jus vocari curaverit, *l. injuriarum* 13. §. 3. *eod.* aut domum absentis debitoris signaverit sine auctoritate judicis, *l. si injuria* 20. *eod.* cui simile, quod hic proponitur de bonis quasi debitoris possessis: item si quis ad invidiam nobis concitandam mœroris indiciis publicè utatur, puta lugubri aut squallida veste, aut si demittat barbam, submittatve capillos, *l. item apud* 15. §. *generaliter* 27. *l. vestem* 39. *eodem. Cuiac.* 6. *obs.* 5. & alia hujusmodi quæ vel gestu ad infamiam aut contumeliam alicujus composito fiunt, οὐδεὶς γὰρ ἐκ μόνου τοῦ ἐν λόγῳ, ἀλλὰ καὶ τῇ πρᾶξιν ἔχει διαφοράν. *Eustath. ad Odiss. α.* adde *Dambaud. prax. crim. c.* 140. *Thess. aur. dec* 22. 9.

2 *Convitium factum l. item apud* 15. § *ait prætor.* 2. & *seqq. hoc tit. l.* 5. *C eod.* hæc injuria verbalis est. Convitium auctore Ulpiano dicitur vel à concitatione, vel à conventu, hoc est, à collatione vocum. Nam cum in unum complures voces conferuntur, id *convitium* appellari ait, quasi *convitium.* Atque ex eo apparere, non omne maledictum convitium esse, sed id solum quod cum vociferatione dictum est, sive unus sive plures in cœtu dixerint: quod autem non in cœtu nec vociferatione dicitur, convitium non propriè dici, sed infamandi causa dictum, *d. l. item apud* §. *convitium* 4. & §. *ex his* 9. *cum seq.* Verum hanc etymologiam & definitionem Jurisconsulti; reprehendit *Laur. Vall.* 6. *elegant.* 52. negans, usquam apud probatos auctores reperiri hanc differentiam custoditam inter convitium & maledictum. Inter quæ (si qua est) hanc fore ait, quod convitium est maledictum contumelioſum; nec uti que vociferatione semper convitium fieri. Idque probat primum auctoritate Quintiliani & Ciceronis: cujus verba in oratione pro Cælio hæc sunt; *Maledictio nihil habet propositi præter contumeliam, qua si petulantius jactatur, convitium; si facetius, urbanitas nominatur.* Atque ita quoque vox convitij usurpatur in *l.* 5. *C. h. t.* Quicquid sit, etiam verbis citra convitium injuriam fieri posse constat: veluti, si quis non debitorem quasi debitorem appellaverit, *d. l. item apud* 15. §. *si quis* 33. *eod.* aut si quis puellam blandis verbis sollicitet ad stuprum, *d. l. item apud* §. *appellare* 20. Tria ferè hic quæri solent. Primum est, an veritas convitij excuset injuriantem. Interpretes vulgo respondent, excusare, si id quod objicitur, tale est, ut publicè interfit illud sciri; veluti si quis latro, homicida, adulter, sacrilegus appelletur: eoque pertinere responsum Jurisconsulti in *l. eum qui* 18. *inpr. hoc tit.* ubi ait, eum, qui nocentem infamavit, non esse bonum & æquum condemnari. Peccata enim nocentium nota esse oportere & expedire. Hoc autem vel maximè procedet, si infamaverit apud magistratum: quoniam tum omnino præsumitur fecisse, ut super objecto crimine quod tamen utique probare debet, inquisitio institueretur. Alias si ex circumstantiis animus injuriandi adfuisse arguatur, veluti si in rixa id fecerit odio impulsus, petulantiam istam impunitam relinqui non debere, *l.* 3. *C. de off. rect. prov.* Sin autem quod objicitur innotescere nihil interest, puta si alter pœnam delicti sui sustinuerit, aut si vitium naturale objiciatur, claudus aliquis, luscus aut gibbosus vocetur, veritatem convitij non excusare, quominus animo injuriandi id factum præsumatur: contrarij tamen probationem hic admittendam, *arg. l.* 5. *C. eod. Ita ferme Gomez* 3. *resol.* 6. *num.* 2. *Mynsi.* 4. *obs. Gail.* 2. *observ.* 99. *Covarr.* 1. *resol.* 11. *n.* 6. & 7. *Clar. lib.* 5. §. *injuria num.* 15. *Vvesemb. parat. n.* 8. Atque hanc distinctionem passim in judicando servari tradit *Christin. vol.* 4. *dec.* 202. *n.* 32. *add. D à Sande lib.* 5. *tit.* 8. *defin.* 7. Alterum est, an injuriantem relevet præfatio honoris aut protestatio non animo injuriandi: veluti si quis dicat, tu es mendax, absit dicto contumelia, aut salvo honore tuo. Communis sententia est, non relevare, quia protestatio contraria facto nihil operatur: atque ita etiam pronuntiari solet, *vid. Gail.* 2. *obs.* 101. *num.* 1. *Guid. Pap. decis.* 465. *in fin. Covar.* 1. *resolut.* 11. *num.* 1. *Clar. lib.* 5. §. *injuria* 13. *Ant. Fab. Cod. suo. hoc t. decis.* 1. *n.* 3. Tertium est, an verbis factam injuriam verbis retundere liceat. Vulgo placet licere. Quippe ignoscendum ei, qui se ulciscitur provocatus, *arg. l. qui cum* 14. §. *si libertus* 6. *de bon. libert.* Cæterum non quibuscumque verbis injuriam illatam repellere fas est, non iis quæ ad vindictam tendunt, sed tantum quæ pro defensione honoris proferuntur, ad removendum crimen objectum: puta, qui vocavit aliquem latronem aut furem, ei non licet ea crimina retorquere, ut dicat, tu ipse es latro aut fur; quoniam hoc tendit ad vindictam: at impunè dici poterit, tu mentiris, cum hoc tendat ad defensionem honoris & innocentiæ, vid.

3 4 5

Mynsi.

Mynsc. cent. 5. obs. 17. Gail. 2. obs. 100. Tulden. in Cod. hoc tit. n. 4.

Sive cujus bona quasi debitoris] Quia cujus bona ex edicto possidentur, ejus fama & existimatio cum bonis simul possidetur, *ut ait Cicero pro Quint.* Est autem hæc injuria realis: cui similis species est quæ proponitur in *l. si injuria 20. h. t.* Ait, *ab eo qui intelligebat*; nam injuria, ut in hoc argumento accipitur, non sit sine proposito & affectu facientis, *l. 3. §. 1. hoc tit.*

Ad infamiam alicujus libellum, aut carmen] Ad injuriam verbalem, cum plerisque, retulimus etiam eam, quæ scriptura fit: cujus species atrocissima, est famosus libellus, sive, ut veteres locuti sunt, malum carmen. Nunc vulgo Pasquillus vocatur ex eo, quod Romæ ad truncam Pasquini cujusdam statuam hujusmodi scripta affigi soleant. Pœna mali carminis ex lege duodecim tabularum capitalis fuit. Vt apparet ex loco Ciceronis 4. *de republ.* quem citat Augustinus 2. *de civ. Dei, cap. 9. Nostræ*, inquit, XII. *tabulæ, cum perpaucas res capite sanxissent, in his hanc quoque sanciendam putaverunt, si quis carmen condidisset, quod infamiam faceret, flagitiumve alteri.* [1]*Præclare.* [2]*Judiciis enim ac magistratuum disceptationibus legitimis propositam vitam, non Poëtarum ingeniis, habere debemus: nec probrum audire, nisi ea lege, ut respondere liceat, & judicio defendere.* Sed pœna capitis postea sublata videtur: nam 6 lege Cornelia auctor famosi carminis intestabilis esse habetur, *l. 5. §. si quis 9. hoc tit.* ubi Vlpianus scribit. *Si quis librum ad infamiam alicujus pertinentem scripserit, composuerit, ediderit, dolove malo fecerit, quod quid eorum fieret, etiamsi alterius nomine ediderit, vel sine nomine, de ea re injuriarum agere licere, & si condemnatus sit, qui id fecit, intestabilem ex lege esse juberi.* Novissime id iterum capite sancitum posteriorum Principum constitutione, quæ extat in *l. unic. C. de famos. libell.* qua constitutione eadem pœna etiam is plecti jubetur, qui libellum inventum, quem abolere 7 debebat, in noritiam aliorum protulit. Quid ergo, si auctorem indicavit? Idem adhuc dicendum censet Salicetus in *d. l. un.* quem sequitur *Schneid. hic num. 5.* non quod auctorem edens puniatur, quasi ipse auctor sit; sed ob delictum proprium. Quippe utrumque flagitiosum esse, & componere famosum libellum & publicare. Verum hoc aliis displicet, & merito. Nam illum demum lex punit, quem auctorem esse præsumit. Indicanti vero auctorem etiam præmium alibi decernitur, *l. 5. §. ult. hoc tit.* ita uthoc recte factum compenset invidiam non aboliti scripti: cum nec convinci auctor possit, si scriptum aboleatur: ut disputat 8 *D. Tuld. hic. c. p. 3.* Cæterum tum demum pœna capitis prædicta constitutione imponitur, si in libello capitale aliquod crimen objiciatur ad creandum alicui periculum. Tunc enim talioni locus est, ut eadem animadversione coërceatur auctor, qua coërceri meretur crimen illud, quod in libello objicitur. Alias vero mitius & pœna extraordinaria hoc genus petulantiæ vindicatur, secundum *Gloss. Petr. Cyn. Salic. Angel. in d. l. unic. Joan. de Plat. & Schneid. hic, Gomez. 3. res 6. n. 1. Christin. vol. 4. decis. 202. num. 36.* Quod autem D. Ü Vesemb. in *add. ad Schneid.* notat, pro famoso libello eam solum scripturam haberi, in qua objicitur speciale, certum & capitale crimen, puta latrocinii, cædis, adulterii: sin autem nullum tale crimen objicitur, sed aut contumelia aliqua, qua existimatio lædituri, ut si quis spurius in scripto nominetur; aut in genere criminis arguatur, veluti si appelletur flagitiosus, sceleratus, nebulo, &c. libellum famosum non esse, sed simplicem scriptam injuriam: id, si quidem vim rerum nominumque spectes, perperam dicitur. Non male autem, si consideres, quod hodie auctor libelli non aliter capite punitur, quam si certum & capitale crimen objiciat. Ius Canonum hanc pœnam mutavit in flagellationem rei atque excommunicationem, *cap. 1. & 3. cap. 5. quæst. 1.* Atque hodie generali consuetudine pœna famosi libelli capitalis esse desiit. *Clar. §. fin. quæst. 68. num. 25. & Baiard. in add. ibid. num. 64. & sep. Zypæ, not. jur. Belg. Groëneuv. de ll. abrog. C. de fam. libell. Perez. ibid. in fin.*

Qui matremfam. aut prætextatum prætextatamve affectatus] Affectatur, qui tacitus frequenter sequitur. Assidua enim frequentia quasi præbet nonnullam infamiam. *Vip. l. item apud 15. §. aliud 22. hoc tit.* Quibus verbis meo judicio Iurisconsultus significat, affectationem propterea turpem esse, quia videtur quis quasi scortum sectari. Nam & hodie quoque solent homines improbi, dum sugillare volunt matronæ aut puellæ opinionem, in publico eis adambulare, quasi scortum ad locum constitutum sectantes. Matrefamilias dicitur quælibet mulier honesta, sive nupta sit, sive vidua, *l. probrum 46. §. 1. de verb. sign.* Prætextati dicebantur, qui prætexta adhuc & bulla utebantur, Quod fiebat usque ad annum decimum septimum. Quo tempore togam virilem sumebant, deposita prætexta puerili. Vt meminit Cicero in *proœmio Lælii.* Hinc æras prætextata Gellio *lib. 1. noct. cap. 23.* mores prætextati Iuvenali *satyr. 2.* sermo prætextatus, qui aliis est sermo aperte obscœnus. *Sueton. in Vespas. Macrob. 1. Saturnal.* Aliis qui nihil obscœnitatis habet Prætextatum enim sermonem quidam ab eo dictum putant, quod prætextatis nefas sit obscœno verbo uti. Alii dici putant, quod nubentibus depositis prætextis à multitudine puerorum obscœna cla- 9 10

mentur auctore Festo. Vide Budæum ad *l. ult. de S. nat. Ioan. Britan. in d. satyr. 2. vers. Sic pratex. tatos referunt Artaxata mores.* Prætextatæ etiam puellæ dicebantur ingenuæ & innuptæ, à prætextis, quas nubentes deponebant.

Pudicitia attentata Attentari pudicitia alicujus dicitur, cum id agitur, ut ex pudico impudicus fiat; & qui attentat, injuriam facit, atque hac actione tenetur *l. 9. §. ult. cum l seq. hoc tit.* Vt ecce si quis puellam aut matronam sollicitet ad stuprum, injuriam ei facit. Hoc enim ipso significat, se jam opinionem aliquam de inconstantia morum ejus concepisse. Prætor appellandi verbo usus est, ut appareret ex *d. l. item apud. §. appellare* 20. & *§. aliud* 22 Appellare, ait ibi Iurisconsultus, est blanda oratione alterius pudicitiam attentare. Quod quidem non est convitium facere, sed alia verbalis injuria.

TEXTUS.

2. *Patitur autem quis injuriam non solum per semetipsum, sed etiam per liberos suos, quos in potestate habet: item per uxorem suam; id enim magis prævaluit. Itaque si filiæ alicujus, quæ Titio nupta est, injuriam feceris, non solum filiæ nomine tecum injuriarum agi potest, sed etiam patris quoque & mariti nomine. Contra autem si viro injuria facta sit, uxor injuriarum agere non potest. Defendi enim uxores à viris, non viros ab uxoribus, æquum est. Sed & socer nurus nomine, cujus vir in ejus potestate est, injuriarum agere potest.*

NOTÆ.

2. SED ETIAM PER LIBEROS SUOS, &c.] *l. 1. §. 3. & seqq. l. 17. §. 10, & seqq. l. 41. eod. l. 2. C. eod.*

SED ETIAM PATRIS ET MARITI] Hic igitur ex una injuria tribus personis actio nascitur. Neque ullius actio per alium consumitur, *d. l. 1. §. ult.*

COMMENTARIVS.

PAtitur quis injuriam non solum directo per se, sed etiam oblique per alias personas. Per alios patitur, pater per liberos quos in potestate habet; dominus per servos; maritus per uxorem; socer per nurum cujus vir in potestate ejus est. Etenim ad nos quoque spectat injuria, quæ iis fit, qui vel potestati, vel affectui nostro subjecti sunt, *l. 1. §. 3. hoc tit.* Injuria funeri testatoris vel cadaveris post aditam hæreditatem facta, hæredi quodammodo facta censetur. Semper enim hæredis interest defuncti existimationem purgare. Idemque est, si fama ejus, cui hæredes extitimus, lacessatur. Si vero id ante aditam hæreditatem fiat, magis hæreditati fieri videtur, & sic hæredi per hæreditatem acquiritur, *d. l. 1. §. & si 4. & §. quoties 6.*

Per liberos quos in potestate] Hic immediate ipsis liberis fit injuria & mediate per liberos patri; qui & suo & liberorum nomine injuriarum agit. Nam & ipsi quoque filio injuria fieri dicitur, persecutio tamen injuriæ patri tantum datur, non illo; nisi pater aut præsens non sit aut sit vilis abjectæque conditionis persona, *l. sed si 17. §. ait prætor 10. cum §§ seqq. l pater 41. hoc tit. l. 2. C. eod.* addo tertium, nisi pater præmortuus sit. Itaque quod dicitur, in *l. 1. §. ult. eod.* filiæfam. actionem competere, sic accipiendum est, ut tamen solus pater eam suo jure exerceat. Quod ex eo etiam intelligitur, quod pater illatam filio injuriam remittere & condonare potest, *d. l. sed si 17. §. plane 12.* Plane ex lege Cornelia pater injuriarum non agit, sed ipse filius; patri autem prætoria actio competit, *l. 5. §. illud 6. & seq. eod.* Usque adeo autem injuria quæ liberis nostris fit, ad nos pertinere intelligitur, ut etiamsi illi ultro quid injuriosum patiantur, adhuc tamen nostro nomine eam injuriam persequi nobis liceat, *d. l. §. usque 5. l. si quis 26. eod.*

Per uxorem] Etiam per uxorem injuria intelligitur fieri marito. Et ideo non tantum uxor, si sui juris est, injuriam sibi factam exequi potest; sed etiam maritus suo nomine agere tanquam per latus uxoris sibi quoque simul injuria illata sit, *l. 1. § ult. l. non solum 11. §. quanquam 7. l. eum qui 18. §. 2. eod.* quod in sponso quoque & sponsa receptum est, *l. item apud 15. §. sponsum 24. eod.*

Filiæ alicujus, quæ Titio nupta] Hic igitur ex una injuria tribus personis actio nascitur, Titio marito, uxori Titij, & patri uxoris; neque ullius actio per alium consumitur, *d. l. §. ult.*

Vxor injuriarum agere non potest] Si viro facta sit injuria uxor non agit, *l. 2. eod.* Cujus rei causa hæc esse videtur; quia uxores virorum, non contra viri uxorum dignitatem participant. *l. 6. de senat.* Quare qui uxoris dignitatem violat, simul mariti dignitatem quæ in ea inest, violare intelligitur: non contra ὁ ἀνὴρ ἐστι κεφαλὴ τῆς γυναικός. *Paul. ad Ephes. c. 5. vers. 23.* Plane si injuria marito facta directo quoque tendat ad contumeliam uxoris, veluti si quis maritum appellet lenonem uxoris suæ, hoc casu etiam uxori actionem competere statuunt interpretes.

Sed

Sed & socer, &c.] Itaque nomine iniuriæ factæ filiæfam. nuptæ filiofam. quatuor personæ actionem habebunt; illa ipsa, pater eius, & maritus & socer. Per *hunc text.* contra quem socero actionem denegat *D. Tulden c. 9.*

TEXTUS.

3. *Servis autem ipsis quidem nulla iniuria fieri intelligitur, sed domino per eos fieri videtur: non tamen iisdem modis, quibus etiam per liberos & uxores; sed ita quum quid atrocius commissum fuerit, & quod aperte ad contumeliam domini respicit; veluti si quis alienum servum atrociter verberaverit; & in hunc casum actio proponitur. At si quis servo convitium fecerit, vel pugno eum percusserit: nulla in eum actio domino competit.*

NOTÆ.

3. SERVIS AUTEM IPSIS] Ex Ulpiano *l.* 15 § 44. *eod.*

QUOD APERTE AD CONTUMELIAM DOMINI] Et placet hic dominum suo nomine injuriarum agere posse, quasi non tam servo, quam ipsi injuria illata sit, *d. l.* 15. § 35.

AT SI QUIS SERVO CONVITIUM FECERIT] Graviorem autem injuriam servo factam, licet citra contemplationem domini, prætor invitam non relinquit, *d. l.* 15. § 34. & 35. & § 43. cum *seq. eod.*

COMMENTARIUS.

DUo hic docemur 1. servis, qua servis, non intelligi injuriam fieri; adeo contempros & pro nullis habitos apud Romanos fuisse. Proinde si servo convitium factum sit, aut pugnus impactus, ne domino quidem actionem injuriarum competere convenit, *l item apud* 15 § *itaque* 44. *hoc tit.* 2. si quid atrocius in servum admissum fuerit, & quod aperte ad contumeliam domini respiciat, dominum suo nomine iniuriarum agere posse, quasi hic non servo, sed ipsi domino iniuria illata sit, *d. l. item apud l. siquis* 35. Ex quibus efficitur, leviorem iniuriam servo factam, veluti si leviter percussus sit vel maledictum ei leviter, ad fugillationem domini factam non videri; alioqui utique domino actio daretur *d. l. item apud* 35. *iuncta* § 44. Proinde ne atrociorem quidem vindicari, nisi appareat eam servo factam in contumeliam domini. Et hoc quidem efficit summi iuris ratio, quo servi pro nullis habentur. Cæterum prætor, ut passim, ita hic quoque æquitatem secutus, graviorem iniuriam, licet servo factam, & citra contemplationem domini, inultam non reliquit. Et esset sane perabsurdum, inultum prorsus manere, si quid atrocius privato odio & libidine in servum sit designatum. Igitur hoc casu dominus iniuriam servo factam persequetur nomine servi, *d. l. item apud*, § *prætor* 34. *cum seq.* & § *prætor* 43. *cum seq.*

TEXTUS.

4. *Si communi servo iniuria facta sit, æquum est, non pro ea parte, qua dominus quisque est, æstimationem iniuriæ fieri, sed ex dominorum persona, quia ipsis fit iniuria.*

NOTÆ.

4. EX DOMINORUM PERSONA] Per enim absurdum esset duobus impari dignitate præditis parem iniuriam interpretari, veluti si unus sit senator, alter persona humilis, § 9. *inf. eod.* Nec obstat *l.* 16. *eod.* vide plura in comment.

COMMENTARIUS.

OB iniuriam servo communi factam singulis dominis pro ratione dignitatis ipsorum actio datur. Cuius rei summa æquitas est: nam quod in disjunctis valet, etiam in conjunctis valere par est. Denique si ubi maior est dignitas, ibi maior & atrocior iniuria infertur, § *atrox.* 9 *infr. eod.* iniquum esset, duobus impari dignitate præditis parem iniuriam interpretari. Quod si alterius iniuria maior est, (cum forte is senator sit, alter persona humilis) maiorem quoque pœnam statui oporter. Neque obstat, quod ex Pedio Paulus refert in *l. sed non* 16. *eod.* non esset æquum in casu proposito pro maiori parte condemnationem fieri, quam pro qua quisque dominus est; quoniam ibi non quæritur, utrum ex persona dominorum iniuria æstimanda sit, an pro portione dominica; sed utrum id quod in fine legis præcedentis dictum erat, *sc.* § *ult. l.* 15. *eod.* omnes dominos actionem habere, sic accipiendum sit, ut omnes habeant in solidum, an pro parte dominica duntaxat, & respondetur, actionem quidem omnes habere, sed non pro maiore parte, quam pro qua domini sunt. Ex quo minime efficitur, in æstimanda ea portione, personam & qualitatem dominorum non simul spectari: imo verba Pauli

contra

contrarium arguunt, cum portiones officio iudicis æstimari dicit.

TEXTUS.

5. *Quod si ususfructus in servo Titij est, proprietas Mavij, magis Mavio injuria fieri intelligitur.*

COMMENTARIUS.

SI servo injuria facta sit, in quo unus proprietatem, alter usufructum habet, magis est ut proprietario iniuria facta intelligatur, quam ei, qui habet usumfructum, *d. l. item apud, §. antepen. eod.* Quod enim usufructus alienus est, id non efficit, quo minus res tota adhuc nostra esse dicatur, *l. recte 15. de verb. sign.* sed hoc obtinet in re dubia servoque arroci iniuria affecto. Nam si aperte in contumeliam usufructuarij verberatus sit, usufructuario iniuriarum actio datur, *d. l. item apud §. pen.*

TEXTUS.

6. *Sed si libero homini, qui tibi bona fide servit, iniuria facta sit, nulla tibi actio dabitur, sed suo nomine is expediri poterit, nisi in contumeliam tuam pulsatus sit. Tunc enim competit & tibi iniuriarum actio. Idem ergo est & in servo alieno bona fide tibi serviente, ut toties admittatur iniuriarum actio, quoties in tuam contumeliam iniuria ei facta est.*

COMMENTARIUS.

SI iis, qui nobis bona fide serviunt iniuria facta sit, siquidem liberi sunt, nulla nobis actio competit, sed ipsi suo nomine experiri possunt: sin servi alieni, dominus iniuriarum agit. Sed & hic si in contumeliam nostram pulsati sunt, non domino, sed nobis actio datur, *d. l. item apud, §. antepen. & pen. eod.* His consequens est, ut, si famulo, mercenario, procuratori, vel subdito alicujus iniuria facta sit dominus, ex hac iniuria non aliter agere possit, quam si in eius contumeliam illata sit, verbi causa, mandata eius exponentibus vel exequentibus. *Gomez 3. resol. 6. n. 6. Schneid. hic, num. 2. Tulden. cap. 9.*

TEXTUS.

7. *Pœna autem injuriarum ex lege 12. tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat: propter os vero fractum nummariæ pœnæ erat constitutæ, quasi in magna veterum paupertate. Sed postea prætores permittebant ipsis, qui injuriam passi sunt, eam æstimare, ut judex vel tanti reum condemnet, quanti iniuriam passus æstimaverit, vel minoris, prout ei visum fuerit. Sed pœna quidem iniuriæ, quæ ex lege 12. tabularum introducta est, in desuetudinem abiit: quam autem prætores introduxerunt, (quæ etiam honoraria apellatur) in iudiciis frequentatur. Nam secundum gradum dignitatis, vitæque honestatem, crescit aut minuitur æstimatio iniuriæ. Qui gradus condemnationis & in servili persona non immerito servatur, ut aliud in servo actore, aliud in medij actus homine, aliud in vilissimo vel compedito ius æstimationis constituatur.*

NOTÆ.

7. PROPTER MEMBRUM RUPTUM TALIO] Nisi reus despectus esset de talione redimenda. Gell. 20. *cap.* 1. Talio reciprocam pœnam & parem vindictam significat. Fest. in *talionis*, *l.* 3. *C. Theod. exh. reis.* Quæ etiam imposita lege Mosaïca. *Exod.* 21. *Levit.* 22. *Deut.* 15. Ioseph. *antiq.* 4. *cap.* 6.

QUASI IN MAGNA VETERUM PAUPERTATE] Atque ideo graviores essent pœnæ nummariæ. Plutarch. *in Solon.* De maximo veterum censu sub Servio Rege vid. Halicarn. *lib.* 1. Gell. 11. *c.* 1. *Plin.* 18. *c.* 3.

EAM ÆSTIMARE] Vt scis, qui injuria affectus est, ita dicat, *injuriam mihi factam centum aureis æstime.* Iudex deinde moderetur & refrænet taxationem actoris.

IN DESUETUDINEM ABIIT] Cujus desuetudinis causa fuit Neratius, homo insigniter improbus, qui viginti quinque assibus datis pro oblectamento habebat os liberi hominis depalmare. Gel. *d. loc.*

COMMENTARIUS.

1. *Quæ quarum injuriarum pœna ex lege 12. tabb.*

2 *Instituto*

2. *Instituto prætorum quomodo injuria vindicentur.*

1 INjuriæ & legibus coërcentur & edicto prætoris. Lex antiqua XII. tabularum de omni injuria nominatim cavit, de carmine seu libello famoso; de membro rupto, de osse fracto, deque cæteris injuriis omnibus, quæ vel verbis fiunt, vel manu extra membri ossisve ruptionem, ut constat ex Gellio *lib.* 20. *noct.* 1. & Paulo *lib.* 5. *sent.* 4. De pœna famosi libelli dictum superius §. 1. *hoc tit.* Ob membrum ruptum lex pœnam talionis constituit: ob os fractum pecuniariam; uti & ob reliquas injurias leviores, quas quinque & viginti assibus sanxit: nam atrociores, ut de osse fracto, impensiore damno vindicasse, pecuniario tamen, idem eodem loco Gellius testatur, Cui & Iustin. consentit: sed neuter summam exprimit. Putat Horomannus, hujusmodi injuriam in homine libero trecentis assibus; in servo centum & quinquaginta vindicatam: alii tot sestertios pœnæ fuisse autumant. Sed non est quod de eo solliciti simus; quoniam pœnæ legis duodecim diu exoleverunt, aliaque pœna à prætoribus substituta est, de qua mox videbimus. Cæterum & lex Cornelia, quæ manu fiunt, injurias coërcet, *vid.* §. *seq.*

Talio erat.] Talio similem seu reciprocam perpessionem significat. Impp. dixere reciprocam pœnam, *l.* 3. *C. Theod. de exhib. reis.* Itaque per talionem parem vindictam lex permittit: quod etiam legi Mosaïcæ consentaneum est. *Exod.* 21. *Levit.* 22. *Deut.* 15. *Joseph. antiq.* 4. *cap.* 6. Insectatur hanc pœnam, ut iniquam nimisque acerbam & cujus executio ne procedere quidem possit, Phavorinus Philosophus apud *Gell. d. l.* 20. *cap.* 1. Cui occurrens. Sextus Cæcilius ait necesse non fuisse, ut reus talionem pateretur, nisi eam ipse elegisset: quippe qui ex lege facultatem paciscendi habuerit. Sed & talionem ipsam, si reus depacisci nollet, & acerbitatem talionis meueret, ad æstimationem pecuniariam arbitrio judicis redigi necessario soliram: Nam si reus, qui depacisci noluerat, judici talionem imperanti non parebat æstimata lite in pecuniam damnatum; atque ita si reo & pactio gravis & acerba talio visa fuerat, severitatem legis ad pecuniæ multam rediisse. Verba legis hæc sunt. *Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto.* Testibus Gellio *d. loc.* & Festo in verbo *Talio.*

Propter os fractum.] Singula ossa membrum non constituunt. Nam verbi gratia caput, quod unum membrum numeratur, complura & varia ossa habet. Itaque os frangi etiam sine membri ruptione potest.

Nummaria pœna.] Uti & ob cæteras injurias minus atroces: sed pœna ossis fracti longe gravior erat, quam reliquarum, quæ tantum viginti quinque æris fuit, ut supra demonstravimus.

In magna veterum paupertate.] His verbis Tribonianus innuere videtur, pœnas illas nummarias non fuisse valde graves: Cæterum magnas satis veteribus visas in magna rei nummariæ penuria. Unde D. Tuldenus se aliquando respondisse refert, multas, quæ antiquis urbium Belgicæ constitutionibus adversus percutientes aut vulnerantes aliquem diriguntur, hodie non obtinere. Nam apud majores nostros ut aliarum rerum beatam & facilem copiam, ita nummorum longe quam hodie minorem fuisse. De maximo veterum Romanorum sub Servio Rege censu vid. *Halicarnass. lib.* 1. *Gell. lib.* 11. *c.* 1. *Plin. lib.* 18. *cap.* 3.

Sed postea prætores.] Injuriarum pœna instituto 2
prætorum prius ei, cui facta est, deinde arbitrio judicis æstimanda permittitur: ut scilicet is, qui injuria est affectus, ita dicat, *Injuriam mihi factam centum aureis æstimo.* Iudex deinde moderetur & refrænet taxationem actoris. Hac pœna recepta legitima ab usu recessit. Q. Labeo apud Gellium *d. lib.* 20. *cap.* 1. refert fuisse quendam Lucium Veratium, hominem insigniter improbum, qui pro delectamento habebat os hominis liberi manus suæ palma verberare: eum secutum servulum crumenam assium plenam portantem, & quemcunque depalmaverat ei numerari statim secundum XII. tabb. 25. asses jubebat. Propterea, inquit, prætores hanc pœnam abolescere & relinqui censuerunt, injuriisque æstimandis recuperatores se daturos edixerunt.

Secundum gradum dignitatis vitaque honestatem.] Æstimatio injuriæ pro ratione personæ, cui facta est, elationem submissionemve accipit. Idque in persona servi quoque locum habere tradit hic Iustinianus. Nimirum injuriam etiam servo factam pro honestate aut utilitate muneris, cui à domino præpositus est, aut vitæ morumque, pluris aut minoris æstimari: majorem enim domino injuriam fieri intelligi in servo bonæ frugi, in dispensatore, quam in male noto, in mediastino, aut quali quali, *l. item apud* 15. §. *itaque* 44. *hoc tit.*

TEXTUS.

8. *Sed & lex Cornelia de injuriis loquitur, & injuriarum actionem introduxit, quæ competit ob eam rem, quod se pulsatum quis verberatumve, vel domum suam*

vi introitam esse dicat. Demum autem accipimus, sive in propria domo quis habitet, sive in conducta, sive gratis, sive hospitio receptus sit.

NOTÆ.

8. LEX CORNELIA] *l.* 5. *eod.* Ex hac autem lege criminale judicium constitutum est : quanquam postea receptum, ut etiam civiliter agi possit, 37. §. 1. *eod.*

DOMUM AUTEM ACCIPIMUS, &c.] *d.l.* 5. §. 2. In summa pertinet lex ad domos omnes, in quibus quis non momenti causa inhabitat, licet ibi domicilium non habeat : tantum ad meritoria vel stabula non pertinet, *d. l.* 5. §. 5.

COMMENTARIUS.

1 *Ex lege Cornelia criminale quidem injuriarum judicium, sed non publicum constitutum fuisse.*

TRes sunt causæ, ex quibus etiam lex Cornelia actionem injuriarum dedit, quod quis pulsatus verberatusve, domusve ejus vi introita sit, *l.* 5 *hoc tit.* Nam etsi actio prætoria ad omnes injurias pertinebat, tam quæ manu, *l.* 7. §. 1. & 2. *eod.* quam quæ verbis, fiunt eam tamen non nisi civiliter instituere licebat : Ex lege autem Cornelia criminale judicium constitutum est : quanquam postea receptum, ut ex ea lege civiliter quoque agi possit, *l. constitutionibus* 37. §. 1. *eod.* Publicum fuisse judicium quidam putant, sed hoc refellit *l. licet* 42. §. 1 *de procur.* & quod generaliter traditum est in *l.* 7. *C. hoc tit* causam injuriarum non publici judicij, sed privati querelam continere ; ideoque nec inter publica judicia vel in *l.* 1. *de publ. jud.* vel in *tit. ult. hujus libri* numeratur. Utique ex eo quod in *l.* 12. *in fin. de accus.* mentio fit legis Corneliæ injuriarum, non continuo evincitur, judicium illud publicum fuisse, executionemque injuriæ, tanquam delicti publici patuisse omnibus ; quod est proprium judiciorum publicorum. Legem hanc tulisse videtur L. Cornelius Sylla, quo tempore rempub. constituebat bello civili & cædium impunitate ac proscriptione jactatam.

Pulsatus vel verberatus] Ofilius scribit, verberare esse cum dolore cædere, pulsare, sine dolore, *d. l.* 5. 1. *hoc tit.* Latinæ autem linguæ consuetudinem qui spectat, facile observabit, differentiam illam non perpetuo servari.

Domum autem accipimus] In lege Cornelia domus nomine etiam conducta & precaria & hospitalis intelligitur, *d. l.* 5 §. 2. unde hæc descripta sunt. Denique ad domos omnes lex pertinet, in quibus quis non momenti causa inhabitat, licet ibi domicilium non habeat : tantum enim ad meritoria vel stabula non pertinet, *d. l.* 5. §. *si tamen* 5. *eod.*

TEXTUS.

9. *Atrox injuria æstimatur vel ex facto, veluti si quis ab alio vulneratus sit, vel fustibus cæsus; vel ex loco, veluti si cui in theatro, vel in foro, vel in conspectu prætoris injuria facta sit ; vel ex persona, veluti si magistratus injuriam passus fuerit, vel si senatori ab humili persona injuria facta sit, aut parenti patronove fiat à liberis vel libertis. Aliter enim senatoris & parentis patronique, aliter extranei & humilis personæ injuria æstimatur. Nonnunquam & locus vulneris atrocem injuriam facit, veluti si in oculo quis percussus fuerit. Parvi autem refert, utrum patrifamilias, an filiofamilias talis iniuria facta sit : nam & hæc atrox iniuria æstimabitur.*

NOTÆ.

9. ATROX INIURIA] Atrocem injuriam accipimus, quasi contumeliosiorem & majorem, *l.* 7. §. 7. *eod.* Locum hunc illustrat. Quintil. 6. *Instit.* 1.

SI MAGISTRATUS] *d. l.* 7. §. *ult.* vide & *l.* 4. *C. eod. Exod.* 22. *vers.* 28.

VELUTI SI IN OCULO QUIS PERCUSSUS] *l.* 8. *eod.* Oculi enim sunt pars corporis pretiosissima, qui lucis usu vitam distinguunt à morte. Plin. 11. *c.* 37. ὀφθαλμῶν στέρησις, ἀβίωσις τὸ βίον ἐρεῖ, Basil. *or. ut.* 36.

AN FILIOFAMIL.] *leg.* 9. §. 2. *eod.* quia patris aut filiifam. nomen, non est nomen dignitatis.

COMMENTARIUS.

1 *Pœna iniuriæ, magistratui, officiali aut apparitori facta, quatenus extendatur ex sententia interpp.*

INjuria quædam levis est, quædam atrox. Quæ sit injuria levis, ex descriptione atrocis simul intelligetur. Atrocem injuriam accipimus quasi contume

contumelioſiorem & majorem, *l.* 8. §. *atrocem* 7. *hoc tit.* eaque vel ſpecie talis eſt, reque ipſa & facto; vel ex circumſtantiis, loco, tempore, perſona tum facientis, tum patientis, talis habetur, quamvis per ſe atrox non ſit, *d. l.* 7. §. *ult. cum ll. ſeqq.* Atque ex his cauſis injuriæ æſtimatio augeri poteſt, & pœna judicis arbitrio exaſperari. Exemplis res illuſtratur in textu.

Vel ex facto] In æſtimanda atroci injuria primum factum perpenditur, veluti ſi vulnus illatum ſit, ſi quis fuſtibus cæſus, aut cui os percuſſum, *d. l.* 7 *in fin.* vel ſi veſtimenta ſciſſa, aut inſigne alicui convitium factum, &c. *l.* 9. *fere per tot. eod.* Itaque pro atroce & illa habenda, quæ fit malo carmine. *Liban. orat.* 2. *ad T. eod.*

Vel ex loco] Secundo æſtimatur atrocitas injuriæ ex loco, in quo fit, veluti ſi in theatro alicui injuria fiat, quantumvis per ſe non atrox. Nam in tanta celebritate vel qualiquali contumelia aliquem afficere facinus eſt indigniſſimum. Idem ergo dicendum eſt de foro & ſimilibus locis, *h. text.* & *d. l.* 9. §. 1. *eod* & denique ſi injuria facta ſit ludis aut in conſpectu magiſtratus; quæ ad circumſtantiam temporis referuntur in *d. l.* 7. §. *ult. eod.*

Vel ex perſona] Poſtremo & perſonæ reverentia atrocem injuriam facit; veluti ſi ei inferatur, qui eſt in ſacerdotio, & dignitatis habitum atque ornamenta præfert; *l.* 4. *C. hoc tit.* vel ſi liberi aut liberti parentem patronumve injuria afficiant; vel de plebe aliquis Senatorem, virumve ob ſapientiam & virtutem venerabilem; aut ſi magiſtratui injuria fiat. *hoc text.* & *d. l.* 7. §. *ult.* Tertullianus *de anima: Gravis injuria in præſidem eſt, cum officia pulſantur: plus cæditur qui jubet, quando nec qui obſequitur, excuſatur.* Hanc autem injuriam
1 etiam capitali pœna poſſe compeſci, cenſent Decius in *c. ex literis. x. de conſtit. Menoch. de arbitr. caſ.* 263. quanquam alij intereſſe putant, utrum magiſtratui, ut cuilibet, an quia utrum magiſtratui, id eſt, ad turbandam adminiſtrationem officij, aut in ultionem condemnationis rite per eum irrogatæ, aut ad ſeditionis initium incitamentumque quis injuriam inferat: id enim in ſeditionem cadere aut in legem Iuliam de vi publica, cujus pœna eſt deportatio, *l.* 3 *l. qui dolo* 10. *per tot. ad l. Iul. de vi publ.* quibus aſſentior. Vide *Tulden tit. C. de pœn.* Offendens apparitorem ſive principis, ſive ſenatus, ſive alterius domini aut judicis inferioris, graviſſime puniendus eſt, quod ea res ad publicam utilitatem tuendamque magiſtratuum juriſdictionem pertineat. Sed tamen ex cauſa aliter atque aliter ſtatui ſolet, vid. *Ant. Fabr. Cod. ſuo, hoc tit. definit.* 6.

Locus vulneris.] Interdum atrox injuria cenſetur ex loco ictus; veluti ſi quis in oculo percuſſus fuerit, *l.* 8. *eod.* Nam oculi, ut Plin. *lib.* 11. *c.* 37. ait, ſunt pars corporis pretioſiſſima, qui lucis uſu vitam diſtinguunt à morte, *ὀφθαλμῶν τίμιος ἀθέατος, βίου ἰσχάζων. Baſil. orat.* 36. Sed hæc ſpecies ad primam referri poteſt, quæ ſcilicet ipſo facto atrox eſt.

Virum patriſa. an filioſa.] Utrum injuria patri an filioſa. facta ſit, ad augendam aut minuendam injuriæ æſtimationem nihil intereſt. *d. l.* 9. §. 2. *hoc tit.* Cujus rei hæc ratio eſſe videtur, quod patris aut filiiſa. nomen non eſt nomen dignitatis.

TEXTUS.

10. *In ſumma, ſciendum eſt, de omni injuria eum, qui paſſus eſt, poſſe vel criminaliter agere, vel civiliter. Et ſiquidem civiliter agatur æſtimatione facta, ſecundum quod dictum eſt, pœna reo imponitur. Sin autem criminaliter, officio judicis extraordinaria pœna reo irrogatur. Hoc videlicet obſervando, quod Zenoniana conſtitutio introduxit, ut viri illuſtres, quique ſuper eos ſunt, & per procuratores poſſint actionem injuriarum criminaliter vel perſequi, vel ſuſcipere, ſecundum ejus tenorem, qui ex ipſa manifeſtius apparet.*

NOTÆ.

10. VEL CRIMINALITER] *l. ult. eod.* quemadmodum & de furto aliiſque maleficiis, *leg. ult. de furt. l. ult. de priv. delict.*

ÆSTIMATIONE FACTA] Quam tamen æſtimationem moderari judex poteſt, ſi forte modum excedere actor videatur, §. 7. *ſup. eod.*

OFFICIO IUDICIS EXTRAORDINARIA POENA] *d. l. ult. hoc t.* Utram autem actor ex his perſecutionibus elegerit, una alteram conſumit; quia utraque ad vindictam comparata eſt, *l.* 6. *l.* 7. §. 1. *eod. l. un. C. quand. civ. act. crim.*

COMMENTARIUS.

1 *Actionem ad palinodiam, juri civili incognitam, civilem eſſe, non crim. pœnam extra ordinem.*

2 *In actione crimin. acta hanc conſumi, & contra. conſtitui. Civ. acta quarations infamiam effugiat. per quadam conſuetudine recepta.*

QUemadmodum de furto, aliiſque maleficiis, non tantum civiliter agi poteſt, ſed etiam

criminaliter ; *l. ult. de furt. l. de priv. del.* ita etiam de quavis iniuria, *hoc text. & l. ult. eod.* In actione civili postulat actor, ut reus in tantam summam condemnetur, quantam ipse injuriam æstimat. Cæterum iudex eam æstimationem moderari potest, si forte modum excedere actor videatur, nec ex vero rem metiri, sed, ut plerumque fit ; ex nimio amore & opinione sui, nebulam hic etiam objiciente iracundia, §. *pœna 7. supr. eod.* Hæc autem pœna uti pecuniaria est, ita ipsi applicetur atque adjudicatur actori. Et ideo hæc actio opposita criminali civilis dicitur, quamvis prætoria sit ratione causæ efficientis. Porro quoniam opinione vulgi convitiis, maledictis atque
1 exprobrationibus honor & fama alterius lædi creditur, & per revocationem opprobrij restitui, ex hoc errore nata videtur actio ad palinodiam seu recantationem, quæ cum actione iniuriarum, qua multa pecuniaria petitur, nunc ex more seu stylo coniungi & cumulari solet : Nam iure civili Romanorum ea actio incognita est. *Vir clarissimus Anton. Matth. ff. ad hunc tit. cap. 3. num. 7.* Criminalem hanc esse actionem contendit *Marant part. 4. dist. 1. num. 10.* Sed falso. Neque etiam in hoc instituitur, ut vel corpori pœna infligatur, vel quicquam applicetur fisco : sed tantum, ut honori & existimationi eius, qui læsus est, consulatur, & alioqui cumulatio ista non admitteretur. *Mynsi. 2. obs. 98. Gail. 1. obs. 65. Vvurmser. 1. pract. tit.*
2 47. *obs. 8.* Criminali actione poscitur vindicta in exemplum publicum, atque extra ordinem ex causa & persona arbitrio judicis pœna constituitur, reusque coërcetur vel in corpus, vel irrogatione mulctæ, non parti ; ut fit in iudicio civili, sed fisco applicandæ, *hoc text. d. l. ult. eod.* Utrum autem ex his persecutionibus actor elegerit, una alteram consumit : Quia utraque ad eundem finem, id est, ad vindictam comparata est, *l. 6. l. 7. §. 1. eod. l. unic. C. quand civ. act. crim. & ibi Bart. num. 1. Gail. d. obs. num. 1. Marant. distinct. num. 5. Matth. d. loc. num. 8.* Sed & utroque iudicio condemnatum sequitur infamia, *l. 7. in pr. l. 1. l. 4. §. ult. de his qui not. inf. l. non damnatos 18. Cod. eod.*
3 Quam tamen evitare reus civiliter conventus poterit, si curet, ut per procuratorem defendatur, *l. 6. §. 2. d. tit. fac. ratio in l. 1. C. de sent. & intell.* Addunt vulgo interpretes, si ante sententiam definitivam aut utique ante litem contestatam æstimationem iniuriæ solverit, aut actore nolente recipere, apud acta deposuerit, *arg. l. si reus 73. de procur. Gail. 2. obs. 102. num. 12. & obs. seq. per tot. Vvurmser. d. tit. 47. obs. 5. n. 7. Vvesemb. parat. de his qui not. infam. n. 9. Christin. vol. 4. decis. 202. n. 26.* Quod nescio an iuri nostro consentaneum sit. Nam textus in *d. l. si reus, de procur.* commode accipi potest de iis, qui tantum damni infames fiunt, non etiam qui & pacti, ut in causa injuriarum, cum etiam plus sit solvere, quam pasci, *arg. l. 4. §. ult. cum lege seq. iunct. l. 7. de his qui not. inf.* Illud quoque non ex ratione iuris, sed consuetudine receptum est, ut iudex ex causa sententia sua honorem condemnato conservare possit. *Gail. 1. obs. 65. num. 6. Vvesemb. cons. 22. n. 26. Marq. Freher. de existim. lib. 3. cap. 8. & seq. Christin. vol. 4. num. 20. decis. 202.* Equidem non ignoro, juris esse, ut gravior pœna ultra legem imposita existimationem conservet, quasi sententia de existimatione transactum sit, *l. quid ergo 13. §. pen. de his qui not. infam. l. 4. C. eod.* Cæterum si sententia pœnam ordinariam non excedat, valet legis auctoritas, *l. 1. §. quoniam 4. ad SC. Turpill.* & regula tradita in *l. non poterit 63. de furt. Zas. in leg. acta 45. §. de amplianda, de re iudic. Donell. 18. comm. 8.*

Viri illustres & per procuratores] Ad actionem civilem quod attinet, agere quis iniuriarum & per se & per procuratorem potest, *l. non solum 11. §. 2. hoc tit.* criminaliter non potest, nisi per se propter inscriptionem in crimen. Cæterum Zeno constitutione sua illustribus veluti consulibus & patriciis, & superillustribus personis, specialiter permisit, ut injuriarum judicium per procuratorem etiam criminaliter vel suscipere vel movere possint, *l. ult. C. hoc tit.* De consuedine autem Belgij in causa iniuriarum procuratores indifferenter admitti testatur, *Christin. vol. 4. decis. 202. n. 7. Bus. in l. licet 42. §. 1. de procur.*

TEXTUS.

11. *Non solum autem is iniuriarum tenetur, qui fecit iniuriam, id est, qui percussit ; verum ille quoque tenetur, qui dolo fecit iniuriam, vel qui procuravit ut cui mala pugna percuteretur.*

COMMENTARIVS.

ACtio iniuriarum non solum adversus eum datur, qui re ipsa iniuriam fecit, verum adversus eum quoque, qui subornavit aliquem, ut faceret, *l. non solum 11. pr. hoc tit.* puta mandando, instigando, consilium dando, *d. l. 11. §. 3. add. quæ notamus ad §. illud 7. supr. de mand.*

TEXTUS.

12. *Hæc actio dissimulatione aboletur, & ideo si quis iniuriam derelinquerit, hoc est, statim*

statim passus ad animum suum non revocaverit, postea ex pœnitentia remissam injuriam non poterit recolere.

NOTÆ.

12. DISSIMULATIONE ABOLETUR] *l.* 11. §. 1. *eod.* nam dissimulatio est species quædam condonationis & remissionis: iniquum autem est repeti, quod semel remissum est.

AD ANIMUM NON REVOCAVERIT] Veluti si sine ullo offensæ aut commoti alienative animi judicio injuriam excepit, *d. l.* 11. §. 1. *h. t.*

POSTEA EX POENITENTIA, &c.] Sed & anni spatio hæc actio finitur, *l.* 17. §. 6 *in fin. eod. l.* 5. *C. eod.* Cæterum hoc ad actionem prætoriam pertinet duntaxat, eam enim, quæ est ex lege Cornelia, verius est perpetuam esse, *inf. de perp. & temp. act. in pr.*

COMMENTARIVS.

1 *Remissa injuria adhuc peti posse impensas, &c*
2 *Cur dissimulatione injuria aboleatur.*
3 *An idem obtineat & in reali injuria.*
4 *Plures species tacitæ remissionis: inter eas non esse communionem cœnæ dominicæ.*
5 *Annus in actione injuriarum utiliſne intelligendus, an continuus: & ex quo tempore currat.*
6 *Actionem iniuriarum ex lege Cornelia perpetuam esse.*

INiuriarum actio tollitur remissione injuriæ. Eaque vel expressa, puta si quis cum adversario paciscatur de lite, aut transigat: quod in actionibus, quæ ex contractu proficiscuntur, facere licet etiam absque infamiæ nota, *l.* 7. *hoc tit.* atque hoc modo ipso etiam iure hæc actio tollitur, *l. si tibi* 17. §. 1. *l. si annus* 27. §. 2. *de pact. l. sed si* 17. §. *si ante* 6. *hoc tit.* Quin & absente atque ignorante adversario injuriam remitti posse censent juris nostri interpretes. Cæterum remissa injuria, nihilo minus peti possunt impensæ curationis & pretium intermissarum operarum, si fortè vulnus illatum membrum aut os fractum. Quippe quæ ob damnum, non ob contumeliam debentur, *l. item apud* 15. §. *si quis* 46. *eod. Clar. lib.* 5. §. *fin. q.* 58. *n.* 38. *Covar.* 2. *ref.* 10. *n.* 7. *Gom.* 3. *ref.* 3. *n.* 37. Vel tacita veluti si quis sine ullo offensæ aut commoti alienative animi indicio iniuriam excepit, ut hic docet Iustinianus ex Vlpiano in *d. l.* 11. §. 1. *hoc t.*

2 Vbi Iurisconsultus ait, iniuriarum actionem ex bono & æquo esse, & dissimulatione aboleri, si quis iniuriam illatam statim ad animum non revocaverit. Quibus verbis significat, dissimulationem esse speciem quandam condonationis & remissionis iniuriæ, iniquum autem esse repeti, quod semel remissum est. Et profecto cum actio iniuriarum non persequatur damnum aliquod pecuniarium, sed tantum ad vindictam tendat, is qui dissimulat nec ad animum iniuriam revocat, eam insuper habere videtur & tacitè condonare ac remittere: atque hinc est, quod clausula hæc libello inseri solet, quod actor injuriam sibi factam ad animum revocaverit. Hoc autem obtinere quidam volunt in iniuria verbali duntaxat. In reali vero; puta si vulnus inflictum, si quis fustibus cæsus, conjecturam illam non sufficere. *Tulden. hic cap. uit.* Dissimulationis quoque & tacitæ remis- 4
sionis species quædam videtur, si quis cum eo, à quo iniuria affectus est, familiariter postea fuerit conversatus. *Clar. §. iniuria, n.* 10. *Damhoud. prax. crim. c.* 136. *n.* 10. Vtique si sponte & motu proprio. Nam verbi causa, si ad commune convivium vocatus cum adversario venerit, non ideo censetur remissa iniuriarum actio. Sicut nec communione cœnæ dominicæ, uti definivit Curia Frisiæ, teste *D. Ioan. à Sande lib.* 5. *tit.* 8. *defin.* 12. *Ant. Matth. ff. ad h. tit. n.* 15. quem vide *Nai vai.* Item si injuriam passus lite non instituta decesserit: nam ideo hæredi ejus non datur, cum cæteræ actiones pœnales etiam hæredibus competant, *l. iniuriarum* 13. *in pr. hoc tit.* §. 1. *infr. de perp. & temp. act.* Et denique si tempus instituendæ huic actioni præfinitum elabi passus sit, annum nimirum unum, *l. sed si* 17. §. *si ante* 6. *in fin. hoc tit. l.* 5. *C. eod.* Vtrum autem hic annus continuus sit, an 5
utilis, ambigitur. Continuum intelligi debere communis DD. schola existimat, *Clar. d.* §. *iniuria n.* 9. *Mynsi.* 5. *obs.* 7. quæ sententia etsi usu forensi recepta est, de jure tamen verior videtur eorum, qui utilem accipiunt, per text. in *l. item si* 14. §. *in causa* 2. *quod met. ca.* & facit quod in cæteris prætoriis annalibus annus utilis intelligitur, ut constat ex dictis, quibus proponuntur. Dicitur autem tempus utile tum ratione decursus, ut in eo non computentur dies, quibus experiundi aut judicis adeundi potestas non est; *l.* 1. *in fin. de diverſ & temp. præſcr. l.* 3. §. *uit. de accuſ.* tum ratione initij, quod non incipiat currere ignoranti aut experiri impedito, *d. l.* 1. *de div. & temp. præſc. l.* 2. *quis ord. in bon. poſſ.* atque hoc saltem respectu utilem hic annum accipiendum, qui à die scientiæ demum currat: contra *Oldend. claſſ.* 7. *act.* 10. *Schneid. ad* §. *ſed &* 8. *hoc tit.* & alios quosdam rectè docent *Gail.* 2. *obſ.* 105. *Mynſi.* 5. *obſ.* 7. *num.* 7. *Fachin.* 9. *cont.* 8. *Chriſtin. vol.* 4. *deciſ.* 202. *n.* 8. 9. & 10. Plane, quod dicimus, actionem iniuriarum an- 6
ni spatio finiri, id tantum pertinet ad actionem prætoriam: nam eam, quæ ex lege Cornelia injuriarum competit, verius est, perpetuam esse,

uti sunt & cæteræ, quæ ex legibus & jure civili descendunt, *infr. de perp. & temp. actio. in pr. Clar. d. §. injuria. num. 9. Marant. part. 4. distinct. 1. num. 59. Eachin. 9. controv. 7.* quod etiam rerum judicatarum auctoritate confirmatur. *Mynsing. observ. 84. & 5. observ. 7. Call. 2. observ. 105. VVurmser. titul. 47. de injur. observ. 1. decis. Cur. Holl. 13. D. Ioan. à Sande lib. 5. titul. 8. desin. 3.* Non obstat huic sententiæ *l. 5. C. hoc. titul.* Nam illa non de omni injuria loquitur, sed de verbali duntaxat quo nomine constat ex lege Cornelia injuriarum agi non posse.

TITULUS V.

De obligationibus, quæ quasi ex delicto nascuntur.

Continuatio. Quid sit quasi maleficium, & unde ita dictum.

QUarta & ultima obligationis causa est quasi maleficiū, de quo exponendi hic solus locus supereſt. Quasi maleficium est omne factum, quo quis propriè quidem dici non potest deliquisse, sed tamen quod maleficio est proximum. Etenim ut quædam sint negotia, quæ licet revera contractus non sint tamen ad fines contractuum proximè accedunt, & ideo quasi contractus nominantur; ita quædam etiam sunt facta, quæ quamvis propriè in speciem aliquam delicti non cadant, tamen similitudine quadam ad delicta propius accedunt, quam ad contractus: quæ ideo nostri quasi maleficia & quasi delicta appellaverunt: quorum quatuor species hoc tit. proponuntur & explicantur.

TEXTUS.

Si judex litem suam fecerit, non propriè ex maleficio obligatus videtur sed quia neque ex maleficio, neque ex contractu obligatus est & utique peccasse aliquid intelligitur, licet per imprudentiam: ideo videtur quasi ex maleficio teneri, & in quantum de ea re æquum religioni judicantis videbitur, pœnam sustinebit.

NOTÆ.

SI JUDEX LITEM] Ex Cujol. *l. 5. §. 4. de oblig. & act. l. ult. de extraord. cogn.*

LICET PER IMPRUDENTIAM] Quod si dolo malo quid iniquè decreverit, ex vero delicto obligatur, *l. 15. §. 1. de judic.*

QUANTUM ÆQUUM, &c.] Dolus autem judicis qui τὸ χρεὼν μειόνων δώσεις, largitione, odio vel gratia depravatus iniquam sententiam dicit, severius vindicatur; famæ nimirum dispendio, & vera litis æstimatione, *d. l. 15. §. 1. de judic. l. ult. C. de pœn. jud. qui mal. qui mal. jud.*

COMMENTARIVS.

1 *Cur judex per imperitiam male judicans nō æquè ex delicto obligetur, ac medicus male curans: & circa hoc mores hodierni.*
2 *Cui, adversus quem, qua de re, ex hac causa actio detur.*
3 *Dolus judicis quomodo punitur.*

SPecies quasi maleficij, & prima ex iis, quæ hoc titulo proponuntur, est, si judex malè per imprudentiam judicaverit: quo etiam hoc factum refert Gajus, *l. 5. §. si judex 4. de obl. & act. l. ult. de extr. cogn.* unde ad verbum hic locus descriptus est. Aio, per imprudentiam; nam dolo malo interveniente verum id delictum est. Dices, & per imprudentiam sive imperitiam aliquem lædere verum esse delictum; quippe cum sit culpa: ideo enim medicum malè per imperitiam secantem aut curantem ex vero delicto obligari & teneri lege Aquilia, §. *imperitia. 7. supr. de leg. Aquil.* Cur igitur non item dicimus judicem perperam 1
per imprudentiam judicantem ex vero delicto obstringi, sed tantum quasi ex delicto? Nimirum quia medici periculosam imperitiam delicto subjicit temeraria professio scientiæ: Iudex autem non professione jurisprudentiæ censetur, sed publica auctoritate constituitur, etiam invitus. Etenim imperitia per se culpa non est: sed in eo, qui peritiam alicujus rei profitetur, in ea re culpæ adscribitur, *l. 9. §. penult. l. item quæritur. 13. §. si gemma. 5. locat.* Denique casus hic separatus est a lege Aquilia, qua damnum corpori datum duntaxat coërcetur, *§. ult. supr. de leg. Aquil.* Moribus hujus ævi neque errata medicorum in judicium vocari solent, ut alibi quoque notavimus; neque judex ex sententia sine dolo malo tantum per imperitiam prolata tenetur: sed iniquitati sententiæ occurrendum est remedio appellationis: testis *D. Tulden. hic cap. 1. & Ioseph. Ludovic. dec. 1. n. 50. Baro comment. part. alt. Bugnon. lib. 1. de leg. abr. Satyr 2. & 124. add. Papon. lib. 16. tit. 2. arrest. 12. 13. 14.*

Litem suam fecerit] Litem suam facere judex male judicando ideo dicitur, quia periculo litis se obstringit, causamque ejus, secundum quem pronuntiatum

nuntiatum est, suscipere cogitur, & quasi suam defendere. In summa, quia ex judice fit reus. Cicero 2. *de orat. Quid si cum pro altero dicas, litem tuam facias, &c.*

Licet per imprudentiam] Iudex male judicando litem suam facit, non tantum cum dolo malo iniquè decernit, sed etiam cum imprudenter: sed illo casu ex vero, hoc ex quasi delicto obligatur, *d.l.5.§. si iudex 4. de obl. & act. l. ult. de extr. cogn. l. filiusfam. 15. §. 1. de judic.*

Æquum religioni judicantis] Iudex, qui per imprudentiam male judicavit, tenetur quasi ex maleficio actione in factum, & in id, quod ob eam rem æquum judici videbitur, condemnatur salva existimatione, *d.l. ult. de extr. cogn.* Hæc actio iis constituta est, qui ea sententia læsi sunt; proinde actori si reus injustè absolutus est; reo, si injuria est condemnatus: quod ex fine hujus actionis intelligitur, quippe quæ comparata est damni sarciendi causa: aliis autem sarciri non potest, quam quibus datum est. Ei, qui remedio appellationis utitur, quod hodie in casu proposito necessarium est, non est æquum adversus judicem, à quo appellavit, hanc actionem dari, Dolus judicis ut verum & infame delictum severius vindicatur: nam qui τὸν χεῖρα μιαίνων δώροις, largitione, odio, vel gratia depravatus iniquam sententiam dixisse, arguitur, & famæ dispendium patitur, & veram litis æstimationem ei, quem læsit, præstare cogitur, *l. filiusfam. 15. §. 1. de iudic. l. ultim. C. de pœn. iud. qui mal. iud.* Acceptio pecuniæ etiam reum legis Iuliæ repetundarum facit, *l. 3. & 4. de leg. Iul. rep.*

TEXTUS.

1. *Item is, cujus ex cœnaculo, vel proprio ipsius, vel conducto, vel in quo gratis habitat, dejectum effusumve aliquid est, ita ut alicui noceret, quasi ex maleficio obligatus intelligitur. Ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intelligitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur, aut servi aut liberi. Cui similis est is, qui ea parte, qua vulgo iter fieri solet, id positum aut suspensum habet, quod potest, si ceciderit, alicui nocere. Quo casu pœna decem aureorum constituta est. De eo vero, quod dejectum effusumve est, dupli, quantum damni datum sit, constituta est actio. Ob hominem vero liberum occisum, quinquaginta aureorum pœna constituitur. Si vero vivat, nocitumque ei esse dicatur, quantum ob eam rem æquum judici videtur, actio datur. Iudex enim computare debet mercedes medicis præstitas, cæteraque impendia, quæ in curatione facta sunt: præterea operas, quibus caruit aut cariturus est, ob id quod inutilis est factus.*

NOTÆ.

1. ITEM IS, CUJUS EX COENACULO] Ex Cajo *l. 5. §. 5. de obl. & act.*

VEL PROPRIO, VEL CONDUCTO] Nam hæc actio in eum datur, qui inhabitat, non in dominum ædium, *l. 1. § 4. & pen. de his qui effud. vel dejec.*

OB ALTERIUS CULPAM] Habitator suam suorumque culpam præstare debet, *l. pen. de tit.*

POSITUM AUT SUSPENSUM] *d.l. 5. §. 5. de oblig. & act. l. 5. §. 6. cum seqq. de his qui effud. vel dejec.*

POENA DECEM AUREORUM] Adversus eum qui posuit aut positum patitur, actio in factum in decem aureos datur, *d.l. 5. §. 6.* quæ actio popularis est, id est, cuivis è populo conceditur, *d.l. 5. §. ultim.*

IUDEX COMPUTARE DEBET MERCEDES] Cicatricum autem & deformitatis nulla fit æstimatio, *d.l. 1. pr. §. 6. l. 5. §. 5. l. ult. eod. tit.*

COMMENTARIVS.

SEcunda species quasi maleficij est, non præcavere ne quid à domesticis temere ex cœnaculo aut ædibus dejiciatur aut effundatur, quod transeuntibus nocere possit, *l. 5. §. is quoque pen. de obl. & act.* Unde si quid dejectum effusumve alicui nocuit, constituta est à prætore actio adversus eum, qui in eo cœnaculo habitat; unde is casus prodiit, *l. 1. & pass. de his qui dej. vel effud.*

Vel proprio ipsius vel conducto] Utrum cœnaculum proprium, aut conductum, aut gratuito concessum sit, nihil interest. Nam hæc actio in eum datur, qui inhabitat, cum quid dejiceretur vel effunderetur, non in dominum ædium. Habitare autem dicimus vel in suo vel in conducto vel gratuitos. Hospes plane non tenebitur; qui non ibi habitat, sed tantisper hospitatur: sed is tenetur, qui hospitium dederit. Multum autem interest inter habitantem & hospitem, inter domicilium habentem & peregrinantem. Si plures in eodem cœnaculo habitent, unde dejectum est, in quemvis hæc actio in solidum dabitur. Sed si cum uno actum fuerit, cæteri liberabuntur, *d. l. 1. §. pen. & ultim. l. 2. 3. & 4. de his qui dej. vel eff.* Si de navi

navi dejectum sit, dabitur utilis actio in eum, qui navi præpositus est, *l. pen. §. ult. eod.*

Dejectum effusumve.] In eum scilicet locum, quo vulgo iter fit, vel in quo consistitur. Quod merito prætor edixit. Quippe cum publicè interfit, sine metu & periculo per itinera commeari. Ad secreta igitur loca hoc edictum non pertinet: cæterum nihil interest, utrum publicus locus sit, an privatus, dummodo per eum vulgo iter fiat, *d.l. 1. in pr. § 1. & 2.*

Ideo non propriè ex maleficio.] Cujus ex ædibus quid dejectum est, quod alicui nocuit, is propriè dici non potest ex maleficio obligatus: quia plerumque ob factum & culpam alterius tenetur. Sed tamen quoniam non creditur prospexisse & cavisse quod prospicere & cavere debebat, ne quid à domesticis, quorum etiam culpam præstare debet, *l. penult. §. 2. eodem titul.* dejiceretur, peccasse aliquid intelligitur, & ideo quasi ex maleficio tenetur.

Positum aut suspensum.] Tertia species quasi maleficii est, eo loco per quem vulgo iter fit, aliquid positum aut suspensum habere, cujus casus prætereuntibus aut in eo loco consistentibus nocere possit, *l. 5. §. is quoque 5. de oblig. & act.* Et adversus eum, qui posuit, aut positum patitur, puta inquilinum vel dominum, actio in factum in decem aureos datur, *leg. 5. §. prator ait 6. cum seqq. de his qui dejec. vel effud.* Quæ actio popularis est, id est, cuivis è populo conceditur, *d. leg. 5. §. ultim.* Nam privata esse non potest, quoniam competit, cum nondum cuiquam nocitum est.

De eo quod dejectum, duplii.] De dejecto aut effuso ita ut alicui noceret, constituta est ei, cui nocitum est, actio in duplum damni dati, *l. 1. in pr. d. tit.* Hæc igitur actio gravior est, quam civilis ex lege Aquilia, quæ non nisi adversus inficiantem in duplum datur, *§. sed furti. 26. in fin. de act.* nimirum prætor securitati viatum & locorum publicorum sic melius prospectum iri existimavit. Datur adversus habitantem, ut supra dictum est: cui rursus consulitur actione in factum adversus dejectorem, *l. 5. §. cum autem 4. de his qui dej.*

Ob hominem liberum occisum 50. aureorum.] Cujus ex cœnaculo dejectum quid hominem liberum occidit, in eum judicium 50. aureorum datur, *l. in pr. d. tit.* Damni æstimatio hic non fit in duplum: quia in homine libero nulla corporis æstimatio fieri potest, *d. l. 1. §. sed cum 5. eod.* eaque de causa actio ex parte edicti popularis quoque est, & pecunia litem occupanti attribuitur, *d. l. 5. §. hoc autem 5. eod. junct. 12. de verb. sign.*

Si vivat nocitumque ei esse dicatur.] Hæc verba edicti, *si vivet nocitumque ei esse dicetur*, non pertinent ad damna, quæ in rem hominis liberi facta sunt, si fortè vestimenta ejus, vel quid aliud scissum ruptumve est: sed ad ea, quæ in corpus ejus admittuntur, *d. l. 1. §. hac autem 6.* puta si vulneratus sit, aut membro aliquo mutilatus: quo casu quantum æquum judici videbitur actio datur, *d. l. 1. in pr.* quæ læso perpetua est, aliis experiri volentibus annua, *d. l. 5. §. hac autem 5.* In litis æstimatione computantur sumptus curationis & operarum amisso: nam cum hujus damni causam dejector attulerit, æquum est, ut id quoque in rationem inducatur, *l. ult. d. tit.* Pœna dupli, & 50. aureorum, ob hominem liberum occisum exolevit: vid. *Græneuv. de leg. abreg.* hic, & ibi citatos: & adde, quæ notamus *sup. ad pr. num. 2. & §. his autem 9. item ad §. capite tertio n. 2. de leg. Aquil.*

TEXTUS.

2. Si filiusfamilias seorsum à patre habitaverit, & quid ex cœnaculo ejus dejectum effusumve fuerit, sive quid positum suspensumve habuerit, cujus casus periculosus est, Iuliano placuit, in patrem nullam esse actionem, sed cum ipso filio agendum esse. Quod & in filiofamilias judice observandum est, qui litem suam fecerit.

NOTÆ.

2. IN PATREM NULLAM ESSE ACTIONEM.] Neque de peculio, neque noxalem, *l. 5. § pen. in fin. de oblig. & act.* De peculio ideo non datur; quia hic non ex contractu, aut quasi ex contractu, sed quasi ex maleficio filius obligatur, *l. 1. §. 7. de his qui effud. l. 58. de reg. jur.* Noxaliter autem cum patre nunquam agitur, *§. ult. inf. de nox. act.*

COMMENTARIVS.

1 *Cur in proposito in patrem de peculio actio non detur, & n. 2.*

SI ex filiifa. seorsum à patre habitantis cœnaculo quid dejectum effusumve fuerit, sive is positum suspensumve quid habuerit, cujus casus nocere possit, non in patrem, sed in ipsum filium judicium detur, *l. 5. §. is quoque penult. de obligat. & action.* In patrem de peculio ideo non datur, 1
quia in specie proposita non ex contractu aut quasi ex contractu, sed quasi ex maleficio filius obligatur, *l. §. 1. si filiusfa. 7. de his qui dejec.* neque enim vel ob maleficium vel ob quasi maleficium filiifa.

filiisfa. ullo modo cum patre agi potest, non actione noxali, §. *ult. infr. de noxal. act.* non de peculio, *l. in pœnalibus* 38. *de R. I.* Quippe pater filio peculium concedens præsumitur quidem velle ex facto filii pro modo peculii obligari : cæterum non ex delicto aliove facto, quod pœnam meretur. Plane, si judicio cum filio actum sit, isque in certam summam condemnatus, jam pater quoque actione indicati de peculio conveniri potest, etiam ejus actionis nomine, ex qua ante condemnationem filii de peculio actionem pati non potuit, *l.* 3. §. *idem scribit.* 11. *de pec.*

Quod & in filiofa. judice.] Filiusfa. judex si litem suam fecerit, non pater : sed ipse actione in factum tenebitur, *l. filiusfa.* 15 *de judic.* Cujus rei eadem ratio, quam superius dicebamus : quoniam actio de peculio tum demum in patrem datur, cum filius ex contractu obligatus est : hic autem quasi ex delicto tenetur, ubi scilicet temere & imprudenter pronuntiavit. Quod si dolo malo, multo minus tenebitur pater, quia verum hoc delictum est. Quod autem Ulpianus scribit, in *d. l. filiusfa.* qui litem suam fecit, in tantam quantitatem pecuniæ teneri, quæ tunc in peculio fuit, cum sententiam dicebat, id quam rationem habeat, fateor me ignorare. Consuli tamen potuerunt *Accurs. ad d. l. Cujac.* 13. *obs.* 18. *Ant. Fab. in rationalib.*

TEXTUS.

3. *Item exercitor navis, aut cauponæ, aut stabuli, de damno aut furto, quod in navi, aut caupona, aut stabulo factum erit, quasi ex maleficio teneri videtur : si modo ipsius nullum est maleficium, sed alicujus eorum, quorum opera navem, aut cauponam, aut stabulum exercet. Cum enim neque ex maleficio, neque ex contractu sit adversus eum constituta hic actio, & aliquatenus culpæ reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur. In his autem casibus in factum actio competit ; quæ hæredibus quidem datur, adversus hæredem autem non competit.*

NOTÆ.

3. ITEM EXERCITOR NAVIS.] Ex Cajo *l.* 6. §. *ult. de obl. & act.* Pertinet huc pars altera edicti *nautæ, caupones, stabularii*, &c. cujus initium *l. pen.* §. *ult. d. t.*

DE DOLO] *d. l.* 5. §. *ult.* Cujac. & Hotom. *de damno.* adoctoritatem Flor. codicis secuti, & sententiam.

CAUPONA AUT STABULO] Apparet stabulum hîc non accipi pro caupona aut diversorio, ut alias sæpe ; sed pro loco, ubi jumenta stabulantur, *leg.* 5. *naut. caup. stabul.* pro ταμείοις κτηνῶν.

QUORUM OPERA NAVEM.] Si quid autem factum sit à vectoribus aut viatoribus, quorum opera exercitor non utitur, hæc actio locum non habet, *l. ult.* §. 2. *d. t.* sed de recepto, quæ est ex contractu, *l.* 1. §. *ult. l.* 2. *l.* 3. *pr eod.*

IN FACTUM ACTIO COMPETIT] Quæ pœnalis est duplum, *d. l. ult.* §. *eod.*

ADVERSUS HÆREDES NON COMPETIT.] *d. l. ult.* §. *ultim.* Hoc autem commune est omnium actionum pœnalium, § 1. *inf. de pe p. & temp. act.* neque enim æquum est hæredem ex delicto defuncti minimè locupletatum, pœnam ab eo debitam sustinere.

COMMENTARIVS.

DE damno & furto, quod in navi, caupona, stabulo factum est, duæ actiones edicto prætoris constitutæ sunt adversus eos, qui navem, cauponam, stabulum exercent ; quarum una est ex contractu, altera quasi ex maleficio. Prior est de iis, quæ nautæ, caupones, stabularii à vectoribus aut hospitibus invecta aut illata salva fore receperunt. Constituta est in id, quanti ea res est, quæ salva non restituitur, *l.* 1. *naut. caup. stab.* Ex eadem causa est & actio civilis ex locato aut conducto aut depositi : nec tamen ideo otiosa est actio honoraria : quippe quæ etiam tunc locum habet, cum damnum datum est aut res periit sine culpa ejus qui recepit, modo ne fato aut vi majore, *l.* 3. §. 1. *dict. tit.* quo loco & *d. l.* 1. §. 1. etiam ratio redditur, cur hic actio gravior, quam in cæteris constituta sit ; nempe ut improbescceret prætorem curam agere reprimendæ hoc genus hominum improbitatis. Hæc actio cum ex contractu descendat, huc non pertinet ; ad eam referendæ sunt interpretationes veterum sub *d. tit. naut. caup. stab.* usque ad *l. pen.* §. *ult.* Altera actio est ex quasi maleficio, si damnum aut furtum factum sit, ab iis, quorum opera nautæ, caupones, stabularii utuntur, *l.* 5. §. *ult. de obl. & act. d. l. pen.* 8. *ult. naut. caup. stab.* quæ huc pertinet. Constituta est adversus easdem personas & de iis similiter, quæ in navem, cauponam, stabulum illata sunt. Ex quasi maleficio ideo esse, dicitur, quia species culpæ habetur, malorum hominum uti ministerio, *d. l.* §. *ultim. de oblig. & action. & hoc text.* Quare si quid eorum factum sit à vectoribus aut viatoribus quorum opera exercitor non utitur, hæc ex

quasi delicto actio locum non habet, *d. l. ult.* §. 2. *naut. caup. stab.* Sed prior illa ex contractu, *l.* 1. §. *ultim. l.* 2. *l.* 3. *in pr. eod.* pœnalis est in duplum, *l. ult.* §. 1. quia prætor utilitatem hic etiam publicam spectavit, dum prospicit securitati iter facientium. Cæterum pœna hæc duplici exolevit, ut & cæteræ similes.

Caupona aut stabulo.] Stabulum pro diversorio seu caupona aut πανδοχείῳ vel καταλύματι sæpe accipi satis notum est. In hoc autem edicto, ubi prætor stabularios à cauponibus distinguit, significat locum, ubi jumenta stabulantur, *l.* 5. *ff. de tribut.* περὶ καπήλων, ἱπποστάσιον, ὀνοστάσιον, cujusmodi stabula ferè cauponis adjuncta sunt, & utraque ab uno exercentur.

In his casibus in factum actio.] Hoc etiam ad casus præcedentes pertinet: nam quasi maleficia omnia subsidiariis in factum actionibus vindicantur.

Hæredi quidem datur] *d. l. ult.* §. 1. *& ult. naut. caupon. stabul.* commune autem hoc est omnium actionum pœnalium, quod hæredibus quidem dentur, sed adversus hæredes non competant: neque enim æquum esset hæredem ex delicto defuncti pœnam sustinere, vid. *infr.* §. 1. *de perp. & temp. action.*

TITULUS VI.

De actionibus.

TEXTUS.

Superest, ut de actionibus loquamur.

COMMENTARIUS.

1 *Ratio ordinis & continuationis.*
2 *Error veterum interp. notatus.*
3 *Actio ut consideranda, quatenus tertium juris objectum constituit.*
4 *Ex quo ore actiones proficiscantur, accurata dissertatio.*
5 *Actionis nomen quam late pateat.*
6 *Quot modis usurpetur à nostris: & qua significatio huc pertineat.*

Superest.] Transitio hæc imperfecta est, carens epilogo præcedentium membrorum. Unde natus error interpretum, qui crediderunt, Imperatorem respicere ad tractationem proximè præcedentem de obligationibus. Quod non ita est. Potuisset sane Tribonianus perfecta transitione uti, ut fecit initio lib. 2. & hujus item quarti: atque hic locus id vel maximè desiderabat propter longam, quæ intercessit, antecedentium partium explicationem. Sed tamen ratio ordinis & continuationis partis sequentis non usque adeo obscura est, quin facile ab homine non nimis lusciticso pervideri queat. Et nimirum respicit Imperator tum ad partitionem propositam in calce *tituli de jur. nat. gentil. & civ.* qui secundus est libri primi hujus operis, quo loco totius juris nostri tractationem ad tria capita, quæ totidem sunt objecta hujus disciplinæ, revocavit, quorumque primum ad personas pertinere dixit, alterum ad res, tertium ad actiones; tum ad transitionem, quam facit in ingressu libri secundi. Nempe quo ordine partes istas summas proposuit, eodem, quod ratio methodi exigit, deinceps singulas explicare instituit. Igitur cum primus locus in ista partitione, & merito quidem, tributus esset personis, etiam primo loco, hoc est, reliqua parte libri primi de personis disputatum est, hoc est, de eo jure, quo quisque in civitate pro statu ac conditione personæ suæ censetur. De rebus, hoc est, quod cujusque in rebus externis proprium est, aut ei debetur, sive de dominio cæteroque jure in rem, & de obligationibus, quas & ipsas ad eandem illam partem pertinere probavimus in explicatione *titul. de obligat.* tractatum libro secundo & tertio, itemque nonnulla parte libri quarti, usque ad præsentem locum; quibus locis simul nobis explicari sunt modi ac rationes rerum atque obligationum, tum acquirendarum, tum amittendarum. Expositis ergo ex tribus membris propositis prioribus duobus, superest adhuc tertium & postremum, actiones videlicet, cujus partis tractatio hic jam suscipitur. Hinc vero perspicuum est, errare, 2
quod diximus, interpretes veteres & cum iis Mynsing. qui initium doctrinæ de actionibus fieri existimant *lib. præced. tit. de obligat.* Atque hoc loco eandem continuari; quasi illic de causa actionum tractetur, quæ sit obligatio; hic de effectu obligationis, quæ sit actio; illic de matre, ut loquuntur, hic de filia. Nam nec obligatio causa est omnium actionum, sed earum duntaxat, quæ in personam sunt; & ut esset, tamen ratio obtinendi ejus, quod nobis debetur, à vinculo, quo se debitor astringit, argumento & materia separata est. Etenim quod omnino non- 3
dum est, actio in proposita disputatione non rem consideratur, quatenus cujusque est, dependens ex jure quæsito; qua consideratione cum rerum nostrarum pars sit, & in bonis nostris computetur, *l. bonorum* 49. *de verbor. sign.* ad idem plane objectum referri debet, quo referuntur dominium & obligatio: quam quatenus est via sive medium,

per

per quod ad id, quod noſtrum eſt, aut nobis debitum, ſi ultro non præſterur, pervenitur & auferrur invitis; uno verbo, quatenus conſideratur ut inſtituenda exercendaque in judicio, ut rectè
4 Timæus Fab. *diſp. de action. theſ.* 1. Vix interpretem inveneris, quin hic in veſtibulo quæſiturus ſit, ex quo jure actiones proficiſcantur, ex jurene gentium, an ex jure civili, id eſt, utrum cauſa actionum remota jus gentium ſit, an jus civile. Quæſtio minimè obſcura: Sed nimirum nihil tam clarum atque perſpicuum eſt, quod ſemper & ab omnibus videatur. Certum eſt, leges magiſtratus eorumque imperia juris gentium eſſe: quippe ſine quibus nulla unquam gens, aut vixit, aut vivere potuit: adeoque ipſa naturalis ratio omnes docet, ſive publica auctoritate nullam hominum ſocietatem conſiſtere poſſe. Hujus autem publicæ auctoritatis bona pars eſt in perſecutionibus judicialibus, qua civilibus, qua criminalibus. Ad hæc inter omnes conſtat, dominia rerum atque obligationes, quæ cauſæ ſunt actionum proximæ, originem ex jure gentium trahere: trahunt ergo & actiones ſive judicia, id eſt, ea remedia & rationes, quibus, quod vel dominij noſtri ſit, ſi id ſponte is, qui poſſidet, non reſtituat; vel quod in obligationem à nobis deductum, ſi id debitor non præſtet, obtinere libeat. Nam certè fruſtra ſis, ſi id voluntati permittatur & arbitrio poſſeſſoris aut debitoris; aut, quod reſtat, rixis, tumultibus cædibus porta patefiet, civis in civem armabitur cum internecione civitatis, ſi domino aut creditori licere velimus rem ſuam aut ſibi debitam per vim occupare propriaque auferre auctoritate. Non puto autem, quemquam eſſe qui juri gentium adſcriptus ſit ea, quibus, conceſſis neceſſe ſit hominum ſocietatem everti. Præclarè Theodoricus Rex apud Caſſiodorum *lib.* 4. *var. epiſt.* 10. *Fædum eſt*, inquit, *jura publica privatis odiis licentiam dare: nec ad arbitrium proprium judicandus inconſultus fervor animorum:* & ſtatim; *hinc eſt, quod legum reperta eſt ſacra reverentia, ut nihil manu, nihil proprio ageretur impulſu. Quid enim à bellica confuſione ex tranquilla diſtabit, ſi per vim litigia terminentur? fac. l. non eſt ſingulis* 176. *de reg. jur. l. extat* 13. *quod met. ca.* Hæc erſi veriſſima ſunt & clariſſima, non paucis tamen, iiſque etiam, quorum multis aliis in rebus perſpicientia ac ſolertia commendatur, hic cæcutire contingit, ut temere atque inconſiderate contendant, actiones omnes & forma & origine eſſe juris civilis; Quid ergo eſt, quod eos tranſverſos agit? Primum quod apud Pomponium in *leg.* 2. §. *his legibus* 6. *de orig. jur.* ſcriptum eſt, ex legibus duodecim tabularum compoſitas eſſe actiones quibus inter ſe homines diſceptarent. An igitur totis trecentis annis ante nemo cum alio agere in urbe potuit; aut quia manu regia pleraque terminabantur nulla peritio, nulla imploratio fuit neceſſaria; Sed quis non videt, Iuriſconſultum loqui de forma actionum accidentali, & juris Ro propria? quam ſcilicet à prudentibus acceperunt compoſitis certis ac ſolemnibus formulis. Secundo, quod actiones paſſim civiles dicantur, Quid tum? Et obligationes ita paſſim appellantur? quas utique juris gentium eſſe nemo ibit inficias: quin & condici jure gentium res dicitur in *leg. rerum* 25. *de action. rer. amot.* Tertio quod naturalis obligatio tantæ efficaciæ non eſt ut actionum producat: quaſi vero quod non producat, non ſit à jure civili. Et tamen non una hic exceptio eſt, Poſtremo quoniam deportati agere non poſſunt, qui tamen ea quæ ſunt juris gentium, retinent. Ineptè. Nam id tantum obtinet in imperio ejus civitatis, in qua damnati ſunt. Sed nec patriam poteſtatem retinent, nec tutelam, nec jus teſtandi nec jus ſuccedendi ex teſtamento aut ab inteſtato: quæ tamen omnia ex jure gentium manare, & conſiderata generali atque eſſentiali forma juris gentium manere, ſuis locis oſtendimus; quamvis propter adjectam à jure civili qualitatem & determinationem uſus rectè dicantur eſſe juris civilis, ut & actiones: per *leg.* 6. *d. juſt. & jur.*

De Actionibus] Nomen actionis latiſſimè pa- 5
tere vulgo notum eſt, ac comprehendere omnem omnino viventis operationem, quæ paſſioni opponitur: denique & oratorum & hiſtrionum & fabrorum actionem eſſe dicimus. Sed ne quis erret in varia hujus verbi ſignificatione, quam habet etiam tunc cum ad uſum forenſem reſtringitur, ſciendum primum eſt, nunquam verbo agendi, cum ad judicia refertur, ita uſos eſſe veteres, ut eo verbo ſignificarent, quod ducere, trahere. Agere enim illi perpetuo dicunt cum aliquo, nunquam agere aliquem: agere judicio agere interdicto, quod non ſignificat aliquem ducere aut trahere, ſed idem eſt quod tractare cum aliquo judicio, interdicto cum aliquo contendere; nec reum dicunt, qui agitur, ſed cum quo agitur. Quapropter non eſt audiendus Theophilus, qui actionem ab eo dictam ſcribit, quod improbos & perfidos ad judicia agamus. Quadruplex autem ferè hujus vocis in jure uſus 6
eſt. Primum latiſſimè accipitur, & nomen actionis prædicatur de lite omni & cauſa, ſive ea civilis, ſit, ſive criminalis, in qua alias fere utimur verbo accuſationis, *leg. penult. ſi ex nox. cauſ. ag. leg. ultim. de privileg. delict. leg.* 1. *de crimin. ſtell. leg.* 8. *de accuſ. leg.* 4. *Cod. de edendo. rubr. Cod. quand. civ. act. crimin.* Secundo minus quidem latè quam in ſignificatione præcedenti,

sed ratione sequentium adhuc latissimè, ut appellatione actionis comprehendantur causæ omnes pecuniariæ, sive judicia omnia civilia, non ordinaria tantum, verum etiam extraordinaria, interdicta præiudicia, persecutiones, stipulationes prætoriæ, quæ actionis instar obtinent, ut damni infecti & legatorum, &c. in summa imploratio etiam nobilis officii, iudicis, ut nunc loquuntur: *l. actionis* 37. *de oblig. & act. l. actionis* 34. *l. pecuniæ* 178. §. 2. *de verb. sign.* Tertio pro genere communi actionum in rem & in personam, *leg. actionum.* 25. *ff. de obl. & act.* §. 1. *infr. hoc tit.* strictius tamen, ut interdicta, præiudicia, cognitiones & stipulationes prætorias contineat, *l. sed & hæc* 35. §. 2. *l. non solum* 39. *de procur. d. l.* 178. §. 2. *de verb. sign.* Quarto & postremo strictissimè atque angustissimè, ut solam denoter actionem in personam, *l. actio* 28. *hoc tit. d. l.* 178. §. 2. *de verb. sign.* ac tum fere opponitur petitioni, qua actio in rem significatur, ut in formula stipulationis Aquilianæ, §. 2. *supr. quib. mod. obl. toll. l. & uno* 18. §. 1. *de acceptil.* Ex his autem significationibus eam, quæ secundo loco posita est, huc pertinere ostendit supra dicta divisio, in qua actio constituitur tertium totius iuris privati objectum. Cognata vocabula sunt petitio, persecutio, formula, lis, causa, controversia, conventio, iudicium: nam & vox judicij pro actione sæpe sumitur: ut videre est in *l.* 1. *& pass. ff. & C. fam. ercisc.* & prætor promiscuè nunc actionem, nunc iudicium se daturum pollicetur.

TEXTUS.

1. *Actio nihil aliud est, quam ius persequendi in iudicio, quod sibi debetur.*

NOTÆ.

IUS PERSEQUENDI] Auctor huius definitionis Celsus *l.* 51. *hoc tit.* Cæterum actio quatenus tertium iuris objectum constituit, magis considerari debet, ut via & medium, per quod ad id, quod nostrum est, aut nobis debitum pervenitur, quam quatenus est ius, aut ex iure nobis quæsito dependet; qua consideratione cum rerum nostrarum pars, ad secundum objectum referri debet, *l.* 49. *de verb. sign.*

QUOD SIBI DEBETUR] Debendi verbum laxius hic accipi oportet, ut debere quisque dicatur, quod iure præstare tenetur; quamvis facto suo ad id se non obstrinxerit, eoque verbo etiam actio in rem comprehendatur, fac. *l.* 178. §. *ult. de verb. sign.*

COMMENTARIVS.

1 *Ius in hac definitione quid significat.*
2 *Refutatur Hotom. qui formulam interpretatur.*
3 *Neminem posse quod sibi debetur, propria occupare auctoritate.*
4 *In iure fieri quæ dicebantur, quæ in iudicio.*
5 *Repetitur res ab origine.*
6 *De quibus causis magistratus ipsi ex officio cognoscere soliti: in quo plerique hallucinantur.*
7 *Romam olim commune fuisse forum: nunc autem metropoles idem ius non habere.*
8 *Commune forum esse & locum domicilij: tum quod tempus hic inspiciendum.*
9 *Mos passim receptus.*
10 *Proprium forum quæ tribuant: & quid mutatum moribus.*
11 *Actionem in rem etiam in loco domicilii possessoris moveri posse: contra Donell.*
12 *Eum, qui per se competens non est, posse ex accidenti competentem fieri, & quibus ex causis.*
13 *Definitionem hanc etiã competere actioni in rem.*
14 *Item actionibus popularibus: quæ quid sint, simul docetur.*
15 *Item actioni iniuriarum, & petitioni usurarum.*

ACtio nihil aliud est, quam ius] Auctor huius definitionis est Celsus: in *l. nihil aliud* 51. *ff. hoc tit.* Generis loco ius ponitur: quod vocabulum cum verbis faciendi iungitur in perpetuo usu iuris: adeoque apud omnes Latinè loquentes significat potestatem iure publico tributam; veluti cum dicimus, ius testandi, ius stipulandi, ius retinendi, ius eundi, agendi, utendi, fruendi, &c. Neque alia hoc loco quærenda huic verbo significatio est. Et malè omnino Hotomannus formulam intrepretatur. Etsi enim quandoque, actiones cum dicunt Iurisconsulti, formulas earum intelligunt; atque ut hoc etiam largiar, cum prætor se actionem daturum pollicetur, formulam eo nomine significat: nullo tamen modo dici potest, aut ius agendi formulam esse, aut in hac definitione actionem ut formulam considerari. Formula à prætore impetranda est: actio, ut quisque contraxit, statim ei competit: & dominus amissa possessione ius agendi habet statim, id est, etiam antequam prætor adeatur: & quis non videt, actionem in proposito considerari, ut in persona creditoris radicata est, non ut actu in judicium deducta? atque ut maximè ut jam actu intentatam consideres, formula tamen propriè dici non potest, non magis quam emancipatio, manumissio, adoptio, aditio hæreditatis &c.

quæ

quæ formulæ non erant, sed actus legitimi, qui per certas formulas & verborum conceptiones expediebantur, *l. actus 77. de Reg. Iur.* Adhæc nihil eorum formulæ convenit, quæ prædicantur de actione; ut cum actio nasci dicitur, acquiri, ipso iure competere, alienari, mandari, cedi, &c. ad hæredem transire, ab hæredibus incipere, successione confundi, plures actiones concurrere, una electa alteram consumi, dividi inter fideiussores, & id genus sexcenta alia. Nec ut actionem, ita formulam in rem, in personam, civilem, prætoriam, perpetuam, temporalem, famosam, hæreditariam, &c, recte dicimus. Quamobrem nec auctorem huius definitionis Celsum arbitror de formula cogitasse: quamvis temporibus huius Iurisconsulti qui sub Trajano & Hadriano floruit, formulæ adhuc in integro usu essent. Plane de sententia Iustiniani, qui formulis iam dudum sublatis, definitionem eandem nihilominus retinuit, nulla potest esse dubitatio.

Persequendi in iudicio] His & sequentibus verbis differentia continetur, & genus positum restringitur. Verbum persequi notissimæ significationis est, nec obscura, quæ in eo, translatio. Sumitur autem hoc loco generalius, cum olim in specie cognitiones extraordinariæ persecutiones dicerentur, *l.* 178. §. 2. *de verb. sign.*

In iudicio] His verbis indicatur, neminem sibi
3 ius dicere posse, aut privata, quod sibi debetur, occupare auctoritate: sed si quis putet, se habere actionem, legitimo iudicio cum eum adversario experiri debere, atque actionem suam proponere apud magistratum sive judicem, qui cognoscendis & componendis civium controversiis publica auctoritate constitutus est, *l. extat* 13. *quod met ca.* & simul docemur, non quamvis interpellatio, nem aut conventionem actionem dici, sed eam quæ fit apud competentem iudicem ex ratione ac præcepto legum & iustitiæ. Cæterum quo restrota plenius intelligatur, duo adhuc nobis explicanda sunt. 1. quid hæc verba *In iudicio* significent. 2. quis dicatur iudex competens. Primum quod attinet, diversa veteribus sunt, *In jure* & *in*
4 *iudicio*. In jure fieri dicebant ea, quæ fiebant apud magistratum, antequam ad iudicem iretur, vel quæ tota peragebantur apud prætorem, veluti ea, quæ cognitionis erant extraordinariæ, & cautiones, quæ à prætore postulabantur, puta damni infecti, vel legatorum: in iudicio ea proprie, quæ expediebantur post litem contestatam apud judices datos sive pedaneos. Actio in jure à prætore dabatur, apud iudicem recuperatoresve in judicio exercebatur. Cæterum mutato veteri procedendi ritu, ex quo ipsi magistratus iudicare jussi sunt, *l.* 2. *C. de pedan. iud.* perexiguus huius differentiæ usus esse cœpit: nisi quis putet, adhuc dici debere in jure fieri, quæ fiunt ante litem contestatam, & prætor ipse olim explicabat; in judicio, quæ postea fiunt, licet apud eundem magistratum omnia expediantur. Operæ pretium est, 5
rem ab origine reperere. Initio quidem prætorem ipsum utpote iuridicundo civiumque inter se controversiis disceptandis ac dijudicandis creatum ac constitutum, causas privatas omnes plene cognovisse & judicasse, verisimile est. Verum postea, & primo quidem propter graviores occupationes, procedente vero tempore fortassis etiam ob dignitatem magistratus, obtinuit & paulatim in ordinariam jurisdictionem versum est, ut prætor aditus non ipse judicaret, sed præparatoriis quibusdam apud eum tractatis, quæ in jure fieri dicebantur, actionem & formulam daret, litigatoresque ad privatos remitteret, qui notionem & judicium susciperent. Horum judicum varia fuere nomina. Dicuntur judices dati, delegati, pedanei, speciales, addicti, selecti, disceptatores, recuperatores, in judiciis bonæ fidei etiam arbitri: de quorum nominum ratione consulantur. *Scip. Gent. 2. de iurisd. 8. Coras. 3. misc. 18. Duar. de iud. cap. de iud. dat. Sigon. 2. de antiq. iur. civ. cap. 18. & seq.* Nullam vero jurisdictionem hi judices habebant, sed nudam duntaxat notionem; hoc est cognoscendi tantum, & judicandi potestatem sine imperio aut jure sententiæ exequendæ; & simul sententiam dixissent, judices esse desinebant, *l. 5. l. 15. l. iudex 55. de re iud.* Apud hos judicium exerceri proprie dicebatur, & ipsi specialiter judices appellari & à magistratibus separari solent, *d. l. 15. & 55. de re iud. l. 2. de reg. iur. l. 1. & l. 3. de iurisd.* Vsque adeo verò hæc ratio dandorum iudicum invaluerat, ut vix ipse prætor judicium unquam susciperet, &, si fides Duareno *lib. 1. disp. 53.* ne potuerit quidem prætor ipse de causis quibusvis cognoscere. In quam sententiam affert, *l. 4. de tut. dat. l. ult. de off. prat. l. 8. & 9 de off. præf. l. 2. C. de pedan. iud.* Alii tamen id arbitrarium fuisse existimant, argumento legis, quam inter suas, atque, ut credibile est, ad morem suorum temporum respiciens, M. Tullius refert in hæc verba: *Iuris disce-
prator, qui privata iudicet, iudicarive iubeat prator esto.* Quod in medio relinquimus. Illud con- 6
stat, exceptas fuisse nonnullas causas, de quibus ipsi magistratus ex officio cognoscebant, non judicem dabant; quæ cognitiones prætoriæ, & extraordinariæ dicebantur, propterea quod præter morem judiciorum ordinarium atque usitatum, sine solemnibus & strepitu judicij, sine formula, hæ causæ expediebantur & disceptabantur à prætore ipso: cujusmodi causæ sunt cognitio de honorariis advocatorum, medicorum, professorum liberalium artium, *l. 1. de extr. cogn.* persecutio fideicommissi, *l. 178. §. 2. de verb. sign. Vlp. tit. 25.*

§. 10. peritio liberorum, qui in potestate sunt, *l.* 1. §. 2. *de rei vend.* restitutio in integrum ex edicto de minoribus, .. 13. §. 1. *l.* 24. §. *ult. de min.* Cujacius *par. Cod. ubi ca. stat.* & Scip. Gent. *d. loc.* huc item referunt causas status sive præiudicia. Rectene an secus, ambigo. Nam præjudicia in *d. l.* 1. §. 1. *de rei vend.* aperte separantur à cognitione prætoria. Et in his causis partes ad iudicem mitti dicuntur, *l.* 8. §. 1. & *l.* 9. *de lib. cap.* passimque judicis liberalis causæ, qui de libertate cogniturus est, mentionem fieri videmus, ut in *l.* 7. §. 1. & *ult. l.* 41. §. 1. *de lib. cad. servus* 34. §. *ult. vers. quid ergo, de stat. lib. leg.* 7. §. 1. *in fin. de hared. pet.* Plautus recuperatorum semper meminit in *Rud.* & *Bacch.* & Sueton. in *Vespas.* refert, Flaviam quandam Domitillam ingenuam & civem Romanam recuperatorio judicio pronuntiatam. Nec multum movet, quod traditum est in *l. non dinstinguemus* 32. §. *de liberali* 7. *de recept. arbitr.* causam liberalem majores judices poscere quam sint compromissarij, vel quia etiam judices à prætore delegati majores sunt sunt arbitris: qui constituuntur mera conventione privata: vel quia Iurisconsultus non simplicem cognitionem & decisionem causæ considerat, quæ sola pertinet ad officium iudicis dati: sed totam causæ tractationem, & in hac etiam partes prætoris, qui lite primum apud se contestata formulam ipse concipit & iudicium iudicemque constituit. Atque his insuper argumentum præbet *leg.* 1. *C. de off. prat.* ubi Constantinus causam liberalem propriam facit prætoris, quod frustra fecisset, nisi antea fuisset judicij ordinarij, *add. Rav.* 3. *var.* 20. *Hotman.* 5. *obs.* 6. Sed nec interdicta huc pertinent, ut constat ex *orat. pro Cæcin.* item ex *leg.* 1. §. 2. *si ventr. nom. mul. in poss. leg.* 1. *in pr. ne vis fiat ei qui in poss. l.* 1. *in pr. de vi & de vi arm.* quibus locis manifeste refelluntur, qui negant, ex causa interdicti formulam aut actionem datam fuisse. Postea ratio judiciorum mutata est, & injuncta causarum omnium cognitio ipsis magistratibus: extra quam si vel occupationibus publicis vel multitudine causarum ipsi cognoscere impediantur, *l.* 2. *C. de. ped. iud.* aut ea negotij sit utilitas, ut non admodum notionum magistratus requirat, *l. ult. C. dict. tit.* quo respiciens Iustinianus, ait judicia omnia suo tempore extraordinaria fuisse. §. *ult. Inst. de interd.* In judicio igitur sic nunc interpretabimur apud prætorem sive magistratum, qui dum jus dicit ac reddit, recte judex appellatur, & cui soli nunc iudicandi munus incumbit. Alterum quod hic explicandum erat, est, quis sit iudex competens: neque enim promiscue apud quemvis iudicem quævis actio institui potest, sed apud eum solum, cuius de ea re qua de agitur, notio est, qui uno verbo competens appellatur. Competentia hæc æstimatur ex causis, ex quibus forum sortiri dicimur. Forum duplex: commune unum, alterum proprium seu speciale. Commune forum olim fuit Roma, quæ idcirco veteribus dicta est communis patria, *leg. Roma, ad Munic.* Nam omnes qui Romæ inventi essent, ibi conveniri poterant, ibi se defendere debebant, nisi ius haberent revocandi rem ad domicilium proprium, *leg.* 2. §. *omnes* 4. & *seqq. leg. non alias* 24. *de iudic.* sed moribus hodiernis regiæ urbes seu metropoles jus istud communis fori non habent. Commune forum item recte dixeris, in quo quisque conveniri potest quacunque ex causa; quale forum tribuit locus domicilij: & est notandum, circa locum domicilij non tantum inspici locum, in quo reus habitat tempore movendæ actionis, sed etiam in quo habitabat tempore contractus, *leg.* 2. *Cod. de iurisdict.* quem locum male Cyn. Salic. & Sich restringunt ad casum quo quis in loco domicilii contraxit: quia ita conveniretur ex capite contractus, non domicilii, de quo ibi differte agitur, & locus contractus forum tribuit, etiamsi quis nunquam ibi domicilium habuerit. Atque ratio huius iuris satis manifesta est, quia cum statim actio ex contractu nascatur, & ius conveniendi reum in loco domicilij creditori quæratur, cum quo forte alias non contraxisset, ius illud creditori facto debitoris adimi non debet. Moribus in Belgio & aliis regionibus dudum invaluit, ob summam difficultatem, quæ sæpe est, sequendi debitores exteros, ut ij quovis loco deprehensi detineri iudicioque sisti queant. *Gudel. lib.* 4 *cap.* 2. *late Peck. in tractat. de iur. sistend.* Proprium forum est, quod præter commune tribuunt causæ singulæ, veluti in actionibus in personam forum tribuit locus, in quo contracta est obligatio, *leg. omnem* 20. *de iudic.* quod tamen puto sic accipiendum, si reus ibi reperiatur, per *leg.* 2. §. 4. *leg.* 9. *in pr.* & §. 1. *leg. argentarium* 45. *de iudic.* textus est in *cap.* 1. §. *contrahentes, defor. comp. Covar pr. quæst.* 10. *num.* 3. *Sichard.* & *Vulterius in leg.* 2. *Cod. de iurisdict. Anton. Fab. Cod. suo, ubi conv. qui cert. loc. defin.* 4. & siquidem in contrahendo dictum non sit, quo loco rem præstari oporteat, is locus contractus intelligitur, in quo res gesta est, *dict. leg.* 19. §. 1. *dict. leg.* 45. Sin autem expresse caurum ut alio loco, quam in quo negotium gestum est, res præsteur, hic, locus accipiendus, tanquam re ibi contracta, *leg.* 3. *de reb. auct. iud. possess leg. contraxisse* 21. *de obl.* & *act.* In Francia & his regionibus non inspicimus locum contractus, nec solutionis, sed domicilii debitoris, juxta *leg. exigere* 65. *de iudic.* sic ut *leg. hæres* 21. *de iud. leg.* 3. *de reb. auct. iud. poss. leg.* 21. *de obl.* & *act.* non sint receptæ, secundum ea, quæ

tradit

tradit Imbert. & alii allegati à Christin. *vol. 2. decis. 164.* In actionibus in rem speciale forum
11 tribuit locus, in quo res sitæ sunt. Est enim constans hæc fere omnium interpretum sententia usuque forensi non dubio recepta, posse pro arbitrio petitoris actionem in rem moveri vel in loco domicilii possessoris, ut foro actionum omnium communi, vel in loco, ubi res, de quibus contenditur, constitutæ sunt. Per text. non obscurum in *l. 3. C. ubi in rem act. fac. l. un. C. ubi de hared.* quanquam Gudelinus notat, praxin illud maxime observare, ut ibi duntaxat actio in rem intendatur, ubi res sita est, *lib. 4. cap. 2.* Vnus fere Donellus noster *lib. 17. comm. 17.* ab hac sententia recessit, contendens, in actionibus in rem nullam domicilii rationem haberi, sed unum tantum esse forum rei, locum sc. in quo sunt constitutæ: ibi rem conveniendum esse, ibi se defendere debere: conventum in loco domicilii non cogi judicium pati. Quo & ipse aliquando inclinavi propter *l. quod legatur 37. de judic.* Sed non dubito nunc, quin quod Iurisconsultus ibi proponit de re legata, speciale sit, eo quod legatario sufficere debeat, si hæres à quo legati præstandi necessitas non cœpit, eo in loco ubi res est, offerat solutionem, de qua etiam & ipsa præstatione præcipue Iurisconsultus tractat. Quod Donellum præterea movet, facile evenire posse, si possessor in loco domicilii conventus jubeatur rem restituere; ut nova lite pro executione rei opus sit: non usque adeo magni momenti est. Nam præterquam quod magistratus omnes inferiores mutuam sibi operam præstare debent, considerare debuit Donellus, non esse ex ratione juris Romani in judiciis realibus ordinariam hanc procedendi atque exequendi viam, ut possessori restituere jusso, nec parenti res ipsa manu militari auferatur, sed ut damnetur quanti in litem actor juraverit, *l. ejus rei 46. cum seq. de rei vend. l. 5. l. 8. de in lit. jur.* Quæstiones criminum ubi exerceantur docet *l. 1.*
12 *l. 2. cum auth. seq. C. ubi de crim.* Illud obiter adjicio, posse eum, qui per se competens non est, ex accidenti competentem fieri, idque vel propter judicium jam cœptum, vel propter prorogationem jurisdictionis. Cœpti judicii hæc vis est, tum ut actorem mutuæ petitioni seu reconventioni, ut nunc in foro loquimur, obnoxium reddat, hoc est, ut mutuas rei actiones ibi excipere cogatur, ubi ipse litem movit, tametsi prius ibi conveniri non potuisset, *l. 22. de judic. l. 14 C. de sent. & interl.* tum ut litigatores retineat in judicio conjuncto. Conjuncta autem judicia hac in re habita sunt possessionis & proprietatis, ac de his ita cautum; Quo in loco prius de possessione actum est, etiam de proprietate agi debere, quamvis rebus integris ibi conventus judicium excipere non cogeretur, ne causæ continentia dividatur, *l. nulli 10. C. de jud.* Moribus tamen disjunctos cernimus istarum causarum judices: quippe interdicta possessoria in conciliis provincialibus solent tractari: quæstiones vero proprietatis apud cujusque loci magistratum, *Gudelin. lib. 4 c. 2.* ubi de foro competente late & eleganter disputat. *art. 19. Instr. supr. Holland. cur.* Prorogatur jurisdictio, cum alius judex, quam cujus notio est, ex conventione aditur, l. 18. *de jurisd. l. 1. de judic.* de quo consule *DD. ad d. l. 1. &c. si diligenti. ff. de for. comp. Christin. vol. 2. decis. 160.*

Quid sibi debetur] Hotom. 3. *obs. 17.* addit, *vel quod suum est*; ne definitio angustior sit definito: quippe quæ alioqui actioni in personam duntaxat competere videatur, non etiam actioni in rem, per quam rem nostram petimus, non nobis debitam. Et verum quidem est, proprie ea, quæ nostra sunt, dici non posse nobis deberi, *l. 2. in fin. Mucius 27. § 2. ff. scribit 34. in pr. de aur. arg. leg.* Sed quid prohibet verbum debendi laxius ac- 13
cipere, ut debere quisque dicatur, quod jure præstare tenetur, quamvis facto suo ad id se non obstrinxerit? Convenit certe hoc & partitioni juris initio propositæ, & præsenti instituto Iustiniani, ut divisio in continenti subjecta clare ostendit. Nec deest veterum auctoritas: nam & Ulpian. in *l. pecunia 178. § ult.* scribit, hoc verbum *Debuit*, omnem omnino actionem comprehendere. Plane persecutio criminalis huc non pertinet, qua quisque non quod sibi deberur, persequitur, sed, quod vigor publicæ disciplinæ postulat, vindictam criminis, *l. 9. §. quod illicite, de public.* Quæsitum de actione populari & injuria- 14
rum. Sed puto verba definitionis, etiam ad actiones has commode applicari posse. Populares actiones sunt definitore Paulo in *l. 1. de popul. act.* quæ jus suum populo tuentur: nimirum summus ac præcipuus harum actionum finis est, ut publicæ utilitati & securitati consulatur, *l. 1. §. 1. de his qui effud. vel dej.* quam ob causam etiam pariter propositæ sunt, nisi quod in iis, quæ simul continent interesse alicujus privati, is, cujus interest, præferatur, *l. 3. §. 1. de popul. act. l. 3. in pr. de sepul. viol.* Pœna, quam persequuntur, regulariter actoris lucro cedit; qui ob id etiam, postquam litem contestatus est, inter creditores numerarur, *l. 12. de verb. sign.* fisco ut applicetur, rarum & singulare: ac tum præmii loco pars aliqua datur actori, *l. 25. §. ex hoc edicto, de Senatusc. Syllan. l. ult. de term. mot.* Cæterum quia hæ actiones ita propositæ sunt, ut ejus demum, qui eas occuparet litem contestando propriæ fierent, eique soli pœna præstaretur, inde est, quod qui habet actionem popularem, non intelligitur esse locupletior, neque pro creditore habetur, antequam litem contestatus

est,

est, *l.pen.§.1.de pop.act. junct.l.12.de verb.signific.* Sed enim cum hæ actiones privatam pecuniæ persecutionem habeant, utique consideratæ quatenus jam occupatæ vel etiam occupandæ per litis contestationem, ad definitionem pertinent. Idque menti Iustiniani omnino conveniens est, qui & *sup. tit. præced.§.1. & inf. hoc eod.tit.§.10.* nopopulares aliquot actiones proponit. Eadem fere ratio esse videtur & actionis injuriarum. Hæc ante litem contestatam in bonis nostris non computatur, *l.injuriarum 28. de injur.* scilicet quia si quis de ea litem non contestatus decesserit, perinde est, quasi nullam unquam actionem habuisset, utpote quæ nec illi profuit vivo, nec hæredibus ejus prodest, ad quos non transmittitur, §.1. *inf.de perp. & temp. act. l.13. de injur.* Usurarum petitio propriam rationem habet; nec tamen eam hinc excludimus. Nam quod usuræ dicantur peti non posse jure obligationis aut actionis, sed officio judicis in bonæ fidei judiciis ob moram præstari; *l. qui per 49. § 1. de act. empt. l.4. C. depos.* id non significat, usuras non deberi, aut nullam usurarum nomine actionem esse, sed non deberi principaliter, nec esse propriam actionem, qua principaliter petantur, sed sortis duntaxat, qua mota & ipsæ per consequentiam officio judicis veniant.

TEXTUS.

2. *Omnium autem actionum, quibus inter aliquos apud judices arbitrosve de quacunque re quæritur, summa divisio in duo genera deducitur. Aut enim in rem sunt, aut in personam. Namque agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est, vel ex contractu, vel ex maleficio: quo casu prodita sunt actiones in personam, per quas intendit, adversarium ei dare aut facere oportere, & aliis quibusdam modis. Aut cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam: quo casu prodita actiones in rem sunt: veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, possessor autem dominum ejus se esse dicat: nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est.*

NOTÆ.

2. IUDICES ARBITROSVE] Iudicum nomine intelligit judices addictos actionibus stricti juris; arbitrorum addictos judiciis bonæ fidei. *l.15. de re jud. l.7. de leg. Jul. rep.* quanquam & arbitri ex compromisso sumpti huc pertinent, *l.1. de rec. arbitr.*

CUM EO, QUI EI OBLIGATUS] Actio in personam est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum, *l.25. hoc tit.*

EX CONTRACTU VEL MALEFICIO] Appellatione contractus etiam quasi contractus, maleficii etiam quasi maleficium comprehenditur, ut & alibi, §.10.§.18. *& seqq. inf. eod.l.16 de neg. gest. l.49. h.t.*

ALIIS QUIBUSDAM MODIS] Id est, aliis agendi formulis, ut in actionibus commodati, depositi, pignoratitia, empti, conducti, &c. quibus intendimus adversarium tradere aut restituere oportere. Quæ & Theophili sententia est.

QUO CASU PRODITÆ ACTIONES IN REM] Actio in rem est, per quam rem nostram, quæ ab alio possidetur, petimus, *l.25. h.t.*

QUAM TITIUS SUAM ESSE.] Actio in rem de re corporali, quæ κατ' ἐξοχὴν dicitur rei vindicatio *tit. D. & C. de rei vindic.* soli competit vero rei domino, *l.23. eod.* Utilis tamen emphyteutæ & superficiario datur, *l.1.§.1. si arg. vect. l.74. de rei vind.*

POSSESSOR DOMINUM SE DICAT.] Aut utique neget petitorem dominum esse: nam ut contra vindicet, non est necessarium, §. 4. *inf. de interd. l.4. C. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Divisionem hic propositam non à materia, sed à causa efficiente sumptam esse.*

2 *Indicatur causa efficiens seu ius, unde actio & in rem & in personam manat.*

3 *Personæ ad constituendum iudicium necessariæ.*

4 *Quam varie nomina hæc, iudex & arbiter, accipiantur, sive coniunctim sive per se posita.*

5 *Arbitratores, quos vocant, huc non pertinere, reiecta vulgata distinctione.*

6 *Disputatio accurata adversus eos, qui mancam esse hanc divisionem contendunt, unoque membro, mixtarum scil. actionum, mutilatam.*

7 *Nec actiones, quæ dicuntur in rem scriptæ, tertiam speciem constituere.*

8 *Actio in personam quid; cui adversus quem detur.*

9 *Quo effectu creditor nomen alienet.*

10 *Actionem in rem cum domino ambulare, eaque teneri novissime possidentem.*

11 *Actione*

11 *Actione in personam quid petatur: Ubi & insigne discrimen inter hanc & illam in rem circa causam libello complectendum.*
12 *Actiones in personam, quæ nec ex contractu nec ex maleficio originem trahere videntur.*
13 *Formulæ in actionibus in personam usitatæ, & quæ locus, cum agitur ex obligatione faciendi.*
14 *Formulam, quæ adversarium dare aut facere oportere intendimus, non convenire omnibus actionibus in personam.*
15 *Actio in rem quid sit, unde nascatur; & cui competat principalis illa, qua de hic agitur.*
16 *Quæ petitori in hac actione probanda ad fundandam intentionem: & primum de dominio.*
17 *Necesse esse ad fundamdam actionem, ut is, cum quo in rem agatur, possideat. Quam late verbum possessionis hic accipiatur. Aliaque non passim obvia.*
18 *Possessorem non compelli, ut contra vendicet, dissertatio adversus D. Contium.*
19 *Petitio huius actionis propria: & qui exitus.*

PRoponuntur hoc tit. quinque aut sex actionum divisiones, quæ naturam, causas, vim & proprietatem singularum velut in tabella exhibent. Quæ hoc §. proponitur, summa dicitur eodem sensu, quo sæpe alibi à nostris, ut in *l. 3. de stat. hom. l. 1. de ver. divis.* §. 1. *inf. de interd.* quia inter multas prima & potissima est. Ratio divisionis ab obiecto sive materia petita prima fronte videtur: id enim verba hæc, *in rem & in personam*, præ se ferunt. Nos tamen à causa efficiente potius eam ductam arbitramur, hoc est, à iure, quod quis circa rem habet: idque confirmat tum hic ipse locus, tum *l. actionum* 25 *ff. eod.* unde magnam partem, quæ hic traduntur, hausta sunt: ac mox res tota clarius apparebit. Non igitur ideo, inquam, actio in rem dicitur, quia in ea res petatur; actio in personam, quia petatur persona: una enim actionum omnium materia est res, quæ petitur, sive in personam agatur, sive in rem. Et si quando contingat, ut servus petatur, non petitur, ut persona, sed ut res cæteræ, quæ nostræ sunt, aut nobis debentur. Sed nec ideo actio in personam dicitur, quia ea qui agit, personam conveniat; actio in rem, quia conveniatur res ipsa; quod natura fieri non potest; Nam quod Jurisconsulti ita aliquando loquantur ut dicunt, rem conveniri, non personam, abusivum est, & specialem præterea rationem in causis, de quibus loquuntur, habet, veluti in *l. 7. ff. de publican.* item *l. 19. de iur. fisc.* Quarum in illa prædia conveniri dicuntur ex causa vectigalium, non personæ; ut intelligamus, onera ista prædiorum esse, non personarum; ac proinde quasi à prædiis exigi atque à possessoribus eo nomine conventis præstanda esse, sine consideratione temporis, quo possederunt. In altera Papinianus negat pecuniæ publicæ, quam quis à debitore suo in solidum accepit, revocatæ, usuras præstari eo quod res, non persona convenitur: quod sic explicatur, in *l. 5. C. de priv. fisc.* quia fiscus iure extraordinario privilegij sui rem aufert, non cum obligato ex contractu aliquo fœneratitio agit. At cum utraque actione & res petatur & persona conveniatur, qui fit, quod una in rem nomen acceperit, altera in personam? Dicam statim: prius enim causa efficiens utriusque indicanda est, unde potissimum, ut ante dixi, sumpta ratio divisionis. Omnis actio procedit ex jure aliquo, quod quis circa rem habet, tanquam à causa efficiente proxima, & itidem variatur pro juris illius diversitate. Quemadmodum autem hoc jus in universum duplex est; unum in re, alterum ad rem, ita quoque duæ in universum diversæ actionum species inde manarunt, sive duo remedia ad jus illud judicio persequendum. Ius in re, quod obiter hic inculcandum, multiplex, dominium tum directum tum utile, ususfructus, servitutes, pignus, jus possessionis. Ius ad rem unum est, obligatio scilicet sive creditum. Ex jure, quod quis in re habet, proficiscitur actio in rem, pro diversa quidem qualitate istius juris diversi quoque generis, sed id ad rem propositam nunc nihil facit. Obligatio actionem in personam parit. Illa in rem dicitur, quia domino quod detur, rem perpetuo sequitur, atque ut persona hic conveniatur, hoc est, possessor, tamen non convenitur propter se, sed propter rem possessam. Hæc autem in personam dicta est, quia ut persona hic convenitur, ita convenitur propter se, quia se obligavit, non propter rem petitam. Quod tamen non sic accipiendum est, quasi qui ex obligatione agit, non hoc agat, ut rem quæ in obligationem deducta est, consequatur: sed sic, quod actione in personam quisque tenetur ob hoc solum, quia verbi causa promisit, se daturum esse; & hoc sive rem habeat, sive non habeat; cum actione in rem propria propter hoc solum teneatur, quod rem possidet, nec compellatur in rem actionem pati, si rem defendere nolit, aut sine dolo possidere desierit, *leg. sin autem* 27. §. 1. *leg. alt. de rei vend.*

1

2

Quibus inter aliquos apud judices] Tribus his verbis breviter comprehenduntur tres illæ personæ, quæ ad constituendum iudicium necessario requiruntur, actor, reus, judex. Actor & reus litigatores sunt, inter quos res agitur, & quorum ille est, qui litem intendit, hic, qui excipit. Græci φεύγοντα appellant, & more Græcorum nostri aliquando partem fugientem, *l. 2. C. de iurisd. omn. iud.*

3

cal. leg. 13. §. 2. *C. de iudic.* Iudex, apud quem res agitur, qui idem cauſam cognoſcit, & litem auctoritate ſua dirimit. Unde iudicium non male definitur legitima rei controverſæ inter actorem & reum apud iudicem tractatio, in eum finem inſtituta, ut lites publica auctoritate ſopiantur.

Iudices arbitroſve] Nomina hæc iudex & arbiter non eodem ſemper modo accipiuntur, nec per ſe poſita, nec coniuncta, ut hoc loco. Utrumque autem vel proprie accipitur, vel improprie. Iudex proprie dicitur, qui ita iudicat, ut in eo munere publico fungatur. Etenim iudicandi munus publicum eſt, *l. quippe* 78 *ff. de iudic. l. ult. §. iudicandi, de mun. & hon.* Atque hinc iudices omnes dicuntur habere notionem, id eſt, poteſtatem cognoſcendi iure publico conſtitutam, *l.* 5. *de re iud.* Improprie iudices dicuntur arbitri, qui ex conſenſu litigatorum & compromiſſo ſumuntur: quippe conſenſus privatorum iudicem facere non poteſt, *l.* 3. *Cod. de iurisd.* Appellantur autem iudices propter affinitatem, quam cum veris iudicibus habent, eo quod partibus iudicis fungantur, & arbitrio ad ſimilitudinem iudiciorum redacta ſint, *leg.* 1. *l.* 13. §. 2. *de rec. arbitr. leg. pen. ff. leg.* 14. *Cod. de iudic.* ac tametſi ſententiæ eorum executioni mandari non ſoleant, effectum tamen aliquem habent vi ſtipulationis pœnalis. Arbitri proprie & plerumque dicuntur iidem illi, quos diximus, iudices voluntarij & compromiſſarij. Non eſt tamen infrequens ut veri quoque iudices arbitri dicantur, ut plurimum autem illi, qui ex bonæ fidei iudicio cognoſcunt, & maxime in iudiciis diviſoriis familiæ erciſcundæ & communi dividundo: unde & iudicia ipſa arbitria, *l.* 24. *depoſ. leg. arbitrium* 43 *leg. ult. ff. leg.* 15. *leg.* 17. *C. famil. erciſc. leg.* 18 *ff. leg.* 3. *Cod. comm. divid. leg. pro ſocio* 38. *ff. pro ſoc.* Sic autem appellati ſunt huius generis iudices, propterea quod libera iis poteſtas permittitur arbitrandi æſtimandique, quantum alterum alteri ex bona fide præſtare oporteat. De quo pluſcula ad §. 28. & 30. *inf.* Præterea nomen iudicis etiam tunc cum proprie uſurpatur, aliquando generaliter accipitur, ut eo contineantur omnes, qui cognoſcendi & iudicandi poteſtatem habent, ſive eam habeant iure magiſtratus, aut vi alicuius iuriſdictionis, *leg.* 1. *de iudic. tot. tit. Cod. de iuriſd. omn. iud. tit. ff. & Cod. de reb. aud. ind. poſſeſſ.* ſive iure nudæ notionis, ut iudices pedanei; aliquando ſpecialiter pro pedaneis iudicibus duntaxat, hoc eſt, iis, qui dati ſunt à magiſtratibus, aliiſve, qui ius dandi iudicem habent: in qua ſignificatione etiam paſſim hoc verbum ſumitur, non tantum cum opponitur verbo magiſtratus, ſed etiam cum per ſe & abſolute ponitur, *leg.* 1. & 3. *de iuriſdict. leg.* 12. §. 1. *leg. in priv. tit.* 77. *de iudic. leg.* 15. *leg. iudex* 55. *de re iudic. l.* 2. *de reg. iur.* Cuius tamen diſtinctionis non tantus eſt hodie uſus, quantus olim fuit; cum iudicis paſſim dandi licentia nunc ſublata ſit, *leg.* 2. *Cod. de pedan. iud.* Eſt & tertia huius vocis ſignificatio adhuc magis ſpecialis, quæ ex adjuncto cognoſci poteſt, veluti cum hæc duo coniunguntur, iudices arbitrive & maxime cum additur, à magiſtratu dati, ut in *leg.* 15. *de re iud. leg.* 7. *de leg. iul. rep.* Quod cum ſit, iudicis nomen in ſpecie accipitur, reſtringiturque ad certos tantum iudices, datos quidem à magiſtratu, ſed in iudiciis ſtricti iuris, poteſtate iudicandi certa formula, quam excedere non liceat, circumſcripta. Sicut per nomen oppoſitum arbitri iudices item veros tunc intelligimus, ſed qui addicti ſunt bonæ fidei iudiciis, aut etiam arbitrariis, *leg.* 14. §. 4. *quod met cauſ.* minime autem tales, ad quos ex compromiſſo itur. Hoc vero vel ex uno loco Senecæ intelligere licet, qui 3. *de benef.* ſic ſcribit; *Melior videtur conditio cauſæ bonæ, ſi ad iudicem, quam ſi ad arbitrum mittatur, quia illum formula includit, & certos, quos non excedat, terminos ponit, huius libera & nullis conſtricta vinculis religio eſt.* Plane, cum ſimpliciter hæ voces, iudex & arbiter, iunguntur, nec aliud exprimitur, unde diverſum colligi poſſit, utramque vocem proprie poſſe accipi conſtat, ut cum Iuriſconſultus in *leg.* 9. *ff. de re iud.* ſcribit, furioſo ſententiam à iudice vel arbitro dici non poſſe: unde & de hoc ipſo loco iudicandum. Atque ut forte Iuſtinianus de arbitris ex compromiſſo ſumptis non cogitaverit, non eo tamen minus hoc pertinent, ubi de actione inſtituenda quæritur: Nam & apud eos eadem omnia hic ſervantur, quæ apud veros iudices, nec aliter arbitria eorum rata ſunt, quam ſi ordine iudiciario, id eſt, cauſa more iudiciorum agitata & cognita, ad ſententiam ferendam proceſſerint, *leg.* 1. *de rec. arb.* Enimvero nihil huc pertinent arbitratores, quos vocant. Quippe qui non ut iudices adhibentur ad controverſiam ſententia ſua decidendam; ſed ut nudi mediatores interveniunt in actibus extraiudicialibus & contractibus, cum de re aliqua inter ipſos contrahentes non convenit; veluti ſi in contractu ſocietatis partes ſociorum, qui emptione pretium, in locatione mercedes, in arbitrium certæ perſonæ conferatur, *leg.* 75. *cum ſeqq. pro ſoc. leg. ult. Cod. de contr. empt.* nullus autem locus dari poteſt, quo lis aliqua deciſa arbitratoris interventu dicatur. Et commentitia eſt, prorſuſque aliena à ratione iuris civilis interpp. diſtinctio, qui duo arbitrorum genera faciunt, arbitros & arbitratores, quorum illi tanquam iudices ſervato ordine iudiciorum procedant, hi ſine ſolemnibus litem amice ex æquo & bono componant, ut poſt Co-

raſ.

raſ. 4. *miſc.* 4. 18. bene oſtendit Bach. *ad tit. ff. de rec. arbitr. cap.* 1. *num.* 2. uſu tamen interpp. diſtinctio invaluit. *Gail.* 1. *obſ.* 150. *Merul. lib.* 1. *tit.* 7.

In duo genera] Ita & Ulpian. in *leg.* 25. *hoc tit.* Addendum plerique putant & tertium genus, ex §. 20 *inf. eod.* actiones ſcil. mixtas, cujuſmodi ſint actio familiæ erciſcundæ, communi dividundo, & finium regundorum, quas expreſſe dicto loco Iuſtinianus ait mixtam cauſam obtinere tam in rem, quam in perſonam; item petitio hæreditatis, quæ & ipſa mixta dicitur, in *leg.* 7. *Cod. de hær. pet.* junctaque tribus præcedentibus quadrigam illam mixtarum tam in rem quam in perſonam actionum efficit, de qua *Cujac. par. Cod. fin. reg.* At enimvero ſi hoc ita eſt, dignus ſane reprehenſione fuerit Tribonianus, qui ſummam omnium
11 actionum diviſionem ſe proponere profeſſus, eam uno membro mutilatam proponit, hoc eſt, pro trimembri bimembrem facit, uno membro omiſſo, quod ad perfectionem totius non minus quam duo illa, quæ poſita ſunt, pertineat. Nec accipio reſponſionem quorundam, qui fatentur quidem, rectius Tribonianum facturum fuiſſe, ſi vel una diviſione ſpecies omnes complexus eſſet, vel ſtatim tertiam ſubjeciſſet; ſed cum de re ipſa conſtet, & tertia illa ſpecies propoſita ſit in *dict.* §. 20. leges diviſionis & methodi inſuper habendas. Hæc enim reſponſio, ut aliquid pro Triboniano facere poſſit, ſi quid ab eo minus recte factum, tamen nihil adfert pro defenſione Ulpiani, qui itidem duo duntaxat actionum genera in *d. leg.* 25. ponit & explicat, in rem, quæ (inquit) dicitur vendicatio, & in perſonam, quæ condictio appellatur: tranſitque deinde ad alia, miſcelli generis nulla facta mentione: vitioſe omnino, ſi præter duo iſta genera, quæ proponit, adhuc tertium genus actionis ſuperſit ab utroque diſtinctum. Ego ſic ſentio, veteres plura actionum genera, quam duo illa, quæ hic propoſita ſunt, non agnoviſſe, eaſque quæ mixtæ aut mixtam cauſam obtinere certo reſpectu dicuntur, comprehendiſſe ſub ſimplicibus, atque annumeraſſe ei ſpeciei ad quam principaliter & ratione originis pertinent. Proinde quia tria iſta judicia, familiæ erciſcundæ, communi dividundo, & finium regundorum, origine ſua & eſſentia ſunt actiones in perſonam, fine ſolum & effectu quædam ex natura actionum in rem participant, inter actiones in perſonam numeraverunt, *leg.* 1. *fin. reg.* ut & ipſe Iuſtinianus in *leg.* 1. §. 1. *Cod. de ann. except.* Petitionem autem hæreditatis inter actiones in rem, *leg.* 25. §. *antepen. de har. pet. leg.* 1. *leg.* 23. §. 3. *de rei vend.* ob cauſam nimirum contrariam. Id vero ita eſſe, non aliunde certius conſtare poteſt, quam ex conjunctione, *dict. leg.* 1. *fin. reg.* cum *dict. leg.* 25. §. *antepen.* Nam in *dict. leg.* 1. Paulus ſic diſerte ſcribit, *Actio finium regundorum in perſonam eſt, licet pro rei vendicatione ſit.* Quod nihil aliud eſt, quam ſi diceret, non eo minus actionem finium regundorum perſonalem cenſeri debere, quod comparata ſit quaſi loco vendicationis, quodque proprietatis controverſiæ cohæreat, ut loquitur Conſtantinus in *leg.* 3. *Cod. eod.* & quod per eam, rem noſtram, quæ intra fines noſtros ſit, conſequamur; qui effectus eſt rei vendicationis: quia nihilominus verum ſit, eam ex obligatione deſcendere, datique adverſus eum ſolum, qui nobis ſit obligatus. Quod quidem manifeſtum eſt, ſi quis de vicini maleficio queratur, veluti quod arbores terminales extirpavit, vel alias ſciens fines ſuos protulit. Sed & ſi forte antiqui limites inveniri non poſſunt, vel non ſatis evidenter cujuſque agrum diſtinguant, ita ut novi ſint conſtituendi pro menſura cujuſque agri, aut adjudicatione, & condemnatione, controverſia dirimenda, *leg.* 2. *leg* 3. *fin. reg.* §. *pen. infr. de off. judic.* ex obligatione tamen adhuc agitur, quam finium confuſio & perturbatio parit. Idemque judicandum de actionibus familiæ erciſcundæ & communi dividundo. In quibus etiam res eſt certior. Nam in his de dominio aut proprietate nulla eſt quæſtio, nec quid reſtitui poſtulatur, ſed ut res dividatur, & recedatur, à communione. Quin etiam poſſidenti ultro dantur, *leg.* 1. §. 1 *fam. erciſc.* Ex contrario in *dict. lect.* 25. §. *antepen.* ſic Ulp. *Petitio hæreditatis etſi in rem actio ſit, habet tamen præſtationes quaſdam perſonales.* Quaſi diceret; Petitio hæreditatis in rem actio eſt, quia non ex obligatione aliqua naſcitur, ſed per eam rem noſtram petimus, quæ ab alio poſſideatur; ita tamen in rem, ut exitu quædam communia habeat cum actionibus in perſonam, nempe præſtationes iſtas, quarum meminit, pretiorum & pecuniæ à debitoribus hæreditariis exactæ: hæc enim non efficere, quominus in rem ſit & dici debeat, quia talis eſt principaliter, per ſe & origine ſua. Quamobrem ferre non poſſum, quod Bachovius contendit, actiones haſce etiam ratione eſſentiæ ſuæ & originis mixtas eſſe, quia naſcantur ex duplici eoque diverſo principio, dominio ſc. & obligatione, nam præterquam quod hoc à mente veterum longe alienum eſt, (cur enim illi petitionem hæreditatis actionem in rem eſſe dicerent, actionem autem finium regundorum in perſonam, ſi illa æquo in perſonam, hæc æquè in rem eſſet, atque utraque eſſentiali origine tam in rem quam in perſonam?) non caret etiam implicatione contradictionis. Et fatetur quidem hoc ipſe Bachovius; cæterum ſe inde expedire conatur poſito pro diverſitate objecti diverſo quoque principio & cauſa agendi. Cum itaque duplex

sit objectum petitionis hæreditatis, hæreditas ipsa, & præstationes, quas diximus, personales, quatenus illa petitur, actionem istam ait in rem esse, ut pote quæ nascatur ex iure dominij, eique soli competat, qui se hæredem, id est, hæreditatem suam, esse intendit: quatenus vero eadem actione hæres petit, sibi præstari pretia rerum venditarum, eave, quæ à debitoribus hæreditariis exacta sunt, esse eam in personam, atque ex contrario principio, jure scilicet obligationis, oriri. Simili modo cum actio, verbi causa communi dividundo, duplex quoque objectum habeat, divisionem rei communis, & mutuas quasdam item præstationes, fructuum, impensarum, damni dati, *leg.* 3. § 3. *comm. divid.* ait, quatenus propter divisionem rerum agitur, actionem hanc in rem esse, quatenus propter alias causas, in personam: unam autem actionem mixtam, in qua producenda quæ diversæ causæ distinctim & æqualiter concurrant, dominium & obligatio. Ego vero non dubito, quin totum, hoc falsum sit: quia sic non una actio, sed duæ omnino diversæ & distinctæ pro diversis rebus obtinendis constituuntur; quod veterum nemini in mentem venit. Sed, quod ante dixi, petitio hæreditatis natura & essentia sua actio in rem est; quod & nomen ipsum satis arguit, *l.* 28 *ff. hoc tit.* Præter naturam autem actionum in rem accidit in hac actione, quæ de universitate est, ut in eam quoque veniant quædam præstationes personales, non proprie ex præcedente aliqua obligatione, qua facto suo se obstrinxerit possessor hæreditatis, quem constat quasi rem suam gerentem nemini se obligare voluisse: *l.* 14. § 1. *comm. divid.* sed quarum nomine is, qui petitione hæreditatis convenitur, perinde ac quisque, qui se obligavit, tenetur: hoc est etiamsi, exempli gratia, pecuniam exactam non possideat, nec dolo possidere desierit, *l.* 20. § *ult. de hær. pet.* & omnino ut debitor generis, non speciei: atque hoc demum respectu mixta personalis hæc actio dicitur in *l.* 7 *C. d. hær. pet.* Contra actiones familiæ erciscundæ & communi dividundo in personam sunt, non descendentes ex dominio simul & obligatione, sed ex obligatione duntaxat, quam una parit rerum suscepta communio, quæque non minus socium obligat ad patiendam rerum divisionem, adjudicationesque & condemnationes, quam ad præstationes lucri, damni, impensarum, manentem in communione. Tantum quia consortes de re sua agunt, hoc est, parte sua instar eorum, qui rem vendicant, ideo dicuntur hæ actiones mixtam causam obtinere videri, tam in rem, quam in personam, *d.* § 20. *inf.* De actione finium regundorum expresse testatur Paulus, in *leg.* 1 *fin. reg.* in personam eam esse, licet & ipsa certa respectu pro actione in rem sit, ut initio diximus. Minus autem ferendi sunt, qui actiones, quæ in rem scriptæ dicuntur, qualis verbi causa est actio quod metus causa, *leg.* 9. § *ult. quod met. ca.* aut personales non esse contendunt, aut esse mixtas non dissimili sensu, quam quo superiores. Nam actionem quod metus causa in personam esse, expresse traditur in § *præterea* 31. *inf. eod.* & palam est, eam esse ex obligatione, obligationem ex maleficio quod factum appellatur in *l.* 14. § *quod si* 11. *quod met. ca.* quod autem scripta in rem dicitur, non hanc habet significationem, eam in rem esse, nascive ex aliquo iure, quod quis in rem habet, ut proinde rem & propter rem possessorem sequatur: sed indefinite de eo, quod metu gestum est, conceptam esse sine designatione personæ, ad quam verba actionis dirigantur, ut hoc explicat Ulp. in *d. leg.* 9. § 1. *& ult.* atque ex usu veterum in hujusmodi orationibus observarunt viri eruditi *Duar. ad leg.* 7. § *pactorum*, *ff. de pact. & ad tit. quod met. cap. cap.* 3. *Donell. hoc loco*, & 15. *comm.* 38. 12

Cum eo qui obligatus.] Descriptio actionis in personam exprimens definitionem, quæ traditur in *l. actionum* 25 *ff. hoc tit.* ut sit actio, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum. Quæ definitio clare ostendit, cui & adversus quem hæc actio competat, & quid per eam petamus. Nimirum cum causa hujus actionis sit obligatio. Obligatio autem inter eos intercedat, inter eum, qui obligatum habet, & qui obligatus est; quorum ille creditor, *hic* debitor dicitur, sponte hinc satis intelligimus, dari hanc actionem ei, qui alium obligatum habet, in eum, qui obligatus est. Et notandum, quod hæc actio & eidem semper & adversus eundem detur. Quod adversus eundem semper locum habeat, ut scribit I. C. in *d. l.* 25. mirum non est: neque enim obligatio à persona debitoris separari, aliusve debitor invito creditori substitui potest. Verum obligatio debitorem sequitur, ut lepra leprosum. *Interpp. hic.* Sed & quod eidem semper detur, nec alij, quam primo creditori, ex eadem ratione itidem est; nam nec obligatio ab eo, cui primo acquisita est, avelli potest, sed in persona ejus perpetuo hæret; ac proinde & actio, quæ ex ea obligatione nascitur. In summa obligationes atque actiones personales ita comparatæ sunt, ut in persona utriusque contrahentium eas radicari oporteat: adeo ut nec ab initio expressa conventione fieri possit, ut vel alius obligetur, vel alteri obligatio aut actio acquiratur, §. 3. 4. & 18. *de inut. stip. l. stipulatio* 38. § *alteri* 17 *sup. de V. O. leg.* 11. *de obl. & act.* licet posterius hoc suas habeat exceptiones, de quibus dictum §. 19. *supr. dictorit.* At enim vero etsi ex ratione juris creditor 13

nomen

nomen alienare non potest hoc effectu, ut actio vel obligatio ad eum modum transferatur, quo res corporales, & quæ dominij nostri sunt à nobis transferuntur, receptum tamen est, ut possit nomen & actionem vendere, aliove modo transferre hoc effectu, ut, verbi causa ex vendito conveniri possit, ut actiones suas cedat, quo facto emptor procurator in rem suam constituitur, manentibus directis actionibus apud venditorem, cujus nomine eas in rem suam exerceat. Sed & non cessis actionibus placuit emptorem suo nomine utilibus experiri posse. Quod benigne constitutum est, quo plenius emptori cæterisque consuleretur, *l.16. ff. de pact. l.5 l.8. C. de hared. vel act. vend. l.18. C. de legat.* de quo fuse & subtiliter disserit Bachov. *de action. disp. 4. thes. 2. & 3.* In
15 actione in rem utrumque contrario modo se habet: nam cum ea non ex alia causa nascatur, quam ex dominio, aut simili in rem jure; hoc autem jus à domino una cum re ipsa totum ac directum in alium transferri queat: inde necessario evenit, ut non semper itidem, sed ei semper qui novissimè rei, de qua quæritur, dominium nactus est, in rem actio, & quidem directa detur. Similique modo cum res, quam hac actione persequimur, ad alium atque alium possessorem transire, atque ut Iason hic loquitur, per mille manus ambulare possit, accidit, quoque, ut actio in rem non semper adversus eundem locum habeat, sed adversus quemcumque, qui quo tempore agitur, rem possidet, *d.l.25.* atque hinc etiam oritur formularum & intentionum diversitas: nam formula actionum in rem absolutè concipitur sine designatione certæ personæ: *Aio, hanc rem ex jure Quiritium meam esse:* in personalibus autem relata est & directa in personam rei; *Aio, te mihi centum dare oportere.* Petimus autem hac actione, quod nobis ex
16 obligatione dandum vel faciendum est: quod & ipsum quoque definitione superiore continetur. In obligationibus faciendi petitur id, quod interest; in actionibus generalibus, pro socio, negotiorum gestorum, tutelæ, ratio administrationis & reliqua. Non sufficit vero ut actor generalem proximam causam actionis intentione sua complectatur, puta quod reus ei obligatus sit decem dare, aut obligatus sit ex contractu aut quasi: sed addenda causa propria; *Aio, te mihi dare oportere decem, quæ tibi dedi mutua.* In actionibus in rem sufficit causam communem dicere, hoc est, se dominum esse, etsi non adjiciat ex donato, legato aut simili causa. Ratio varietatis hæc est, quod qui se dominum dicit, satis dicit de jure suo, unde scire possit adversarius, utrum sibi expediat contendere, nec ne. At in actione in personam nisi causa obligationis propria exprimatur, nihil de eo reus statuere potest. Plane nomen actionis libello complecti nihil necesse est, cum id apposita certa & convenienti agendi causa ex ipsa narratione satis intelligatur, *add. Gail. 1. observ. 61. Schneid. hic num. 110. & seqq. Don. ad leg. 3. C. de edend.*

Vel ex contractu vel ex maleficio] Subaudi, vel quasi ex contractu, vel quasi ex maleficio. Nihil enim frequentius est, quam ut appellatione contractus etiam quasi contractus, appellatione maleficij etiam quasi maleficium comprehendatur, §.10. §.18. *& seq. inf. hoc tit. §.1. inf. de perp. & temporal. action. l.16 de neg. gest l. ex contractibus 49. de oblig. & act.* Atque hæ quidem sunt causæ principales, ex quibus obligatio atque actio in personam oritur: sed tamen non sunt solæ. Occur- 17
runt enim quædam actiones, quæ etsi in personam sunt, tamen nec ex contractu nec ex maleficio originem trahunt, sed ex sola æquitate dantur, quales sunt in factum subsidiariæ, *§. ult. supr. de leg. Aquil. l.23 §. item quæcumque l. cum autem 52. de rei vendic.* Hujus generis item est actio de tigno juncto in duplum, adversus eum qui bona fide junxit, *d.l.23. §. penult. l.7. §. cum in suo 10. de acq. rer. dom.* Item quæ datur in specie *leg. si & me & Titium 32. de reb. credit.* & condictio sine causa aut ex injusta causa, quâ tenetur possessor malæfidei nomine consumptorum fructuum, *l.3. C. de condict. ex leg.* Sed neque actio de peculio propriè dici potest descendere ex contractu, quia dominus aut pater revera nihil contraxerunt. Ad exhibendum quoque actio personalis esse dicitur, *leg.3. §. 3. ad exhibend.* quam tamen nec ex contractu, nec ex maleficio, nec ex simili aliquo facto obligatorio nasci constat: sed dari tantum ob summam æquitatem conjunctam cum utilitate publica & civili, quia scilic. quisque tenetur præstare, quod illi nullo modo noceat, alteri etiam prosit ad obtinendum quod sibi debetur, *leg.2. §.5. inf. de acq. pluv. arc.* Pulchre *Oldend. class. 3. act. 1. quæst. 2.* Postremo nec omnis obligatio aut actio, quæ ex conventione est, ex contractu descendit, veluti quæ nascuntur ex pactis legitimis: atque hæc forrassis causa est, cur Gajus, in *l. 1. pr. hoc tit.* fontes obligationum indicans, cum contractus & maleficij mentionem feciſſet, reliquas dicat nasci proprio quodam jure ex variis causarum figuris: revise quæ notamus *supr. ad §. ult. de obl.*

Dare aut facere oportere] Verba sunt vulgaris & usitatæ in actionibus in personam formulæ; in qua verbum *dare* dominij translationem significat, §.14. *infr. leg. ubi autem 75. §. ultim. de V. O. leg. 25. §. de contr. empt.* facere, nudum factum, ut insulam ædificari, rem tradi, *leg.18. leg. 72. in pr. d. leg. 75. §. 7. de V. O.* uti & in divisione stipulationum, *leg.2. pr. d. titul. §. ultim. Instit. eodem.* Ait, *dare aut facere* disjunctim, sicut etiam in 18

§. 15. *inf.* quo tamen non hoc significat, intentionem formulæ actionum in personam duplicem esse oportere, quasi necesse sit utrumque semper oppositum uno axiomate disjunctim disponi, formulamque hoc modo concipi, *Aio te mihi dare aut facere oportere*: sed duas esse diversas harum actionum formulas, quarum una intendamus adversarium dare, altera facere oportere, prout vel ad dandum vel ad faciendum obligatus est. Putaverit fortasse quispiam, cum ex faciendi obligationibus nunquam agi possit ad factum ipsum, sed id tantum, quod interest, in actionem deduci, *l.* 13. § 1. *de re judic. d. l.* 72. *in fin. pr. de V. O.* §. *ultim. Instit. ſ. p. eodem titul.* fieri non posse, ut unquam tali formulæ locus sit, qua facere oportere intendatur: nam præstare, id quod interest, non esse facere, sed dare, ut quidem hoc loci verba ista accipienda sunt. Sed rectè dicemus, hac formula *Aio te facere oportere*, nudam contineri intentionem actoris, quæ litem contestatam præcesserit, Utique enim quod promissum erat, significandum fuit, atque apud prætorem proponendum: & quia fieri poterat, ut reus promissum negaret, haud dubiè à prætore quoque insertum fuit formulæ, hoc fortè modo, *Si paret Mævium facere debuisse, nec fecisse, quanti interest, condemnetur*: prætore ex hypothesi facti promissi & probati dirigente jussionem de condemnando non in ipsum factum, sed in id, quod interest. Potest & mixta hic admitti formula, *dare facere*, ut dare accipiamus tanquam subrogatum *pro facere*, & ad id quod interest, referatur.

Aliis quibusdam modis] Id est, aliis agendi
19 formulis: Nam illæ, quibus intendimus adversarium dare aut facere oportere, non conveniunt omnibus actionibus in personam, sed plerisque & maximè quibus dare, iis, quæ in specie dicuntur condictiones: sunt vero & aliæ aliis in personam actionibus accommodatæ, quibus nec ut quid nobis detur, propriè, nec ut fiat, petimus; sed quibus verbi causa intendimus adversarium tradere aut restituere oportere, ut in actione commodati, depositi, pignoratitia. Neque enim arbitror, verbum faciendi in hac formula, *Aio te facere oportere*, tam latè accipi posse, ut eo contineatur etiam rei traditio aut restitutio; alioqui hujus formulæ usus quoque esset in rei vendicatione. Sed ut ante dixi nudum factum significat: quod commemoratur quidem ab eo, qui agit ex obligatione faciendi, tanquam quod præstari oportuit; sed intentio tantum dirigitur in id, quod interest, quod secus est in actionibus modo commemoratis. Et ex diverso cum is, qui rem commodat, deponit, oppignerat, dominus maneat certum est, nec contrariæ formulæ locum esse, neminemque posse per actionem commodati, depositi, pigneratitiam, intendere dari sibi oportere, Sed & in actionibus divisoriis, quas personalibus veteres annumerant, alia formula principalis intentionis fuit, §. *quædam* 20. *inf. eodem*. Quamobrem rectè opinor Theophilum verba Iustiniani & aliis quibusdam modis reddidisse, ἢ ἐντεῦθεν ἢ κατὰ τινὰ ἄλλον τρόπον. *Sed & aliis modis talis actio intentari potest*. Durum certè est verba ista referre ad illa remotiora ex contractu vel ex maleficio, quasi cæteras obligationum causas indicent præter contractus & maleficia, *add. Bachov. hic & disp.* 4. *de thes.* 1.

Qui nullo jure obligatum] Sequitur descriptio actionis in rem, exprimens adjuncto exemplo rursus definitionem ejusdem actionis traditam in *l.* 25. *ff. hoc titul.* ut sit actio per quam rem nostram, quæ ab alio possideatur, petimus: & semper adversus eum est, qui possidet: unde nullo rerum negotio intelligi potest, cui & adversus quem hæc actio detur, & quid petat. Ait, *nullo jure*, id est, neque ex contractu, neque ex maleficio, aliove facto aut jure, cujus vi persona ejus, qui in rem actione convenitur, afficiatur: ut intelligamus, non esse inter personam ejus, qui in rem agit, ejusque cum quo agitur, affectionem relationis, qualis est inter creditorem & debitorem propriè dictum: sed actioni in rem locum facere solam rem possessam, non vinculum aliquod personale.

Quo casu proditæ sunt actiones in rem] Cum non ex obligatione, sed alia ex causa, *jure scilicet* in re, judicio experimur, non *in personam*, sed in rem actio est, cujuscumque generis jus illud sit, sive dominium directum aut utile, sive servitus, sive possessio, sive pignus. Etsi enim dominium ut principale jus in re, præcipua est actionis in rem causa, & ideo quæ inde nascitur actio, per antonomasiam actio, in rem & rei vendicatio absolutè dicitur, ut in dubio quoque ubi actionis in rem mentio fit, hæc ipsa intelligatur, *titul. ff. & C. de rei vendic.* Non est tamen causa actionum in rem sola, ut apparet ex §§. qui proximè sequuntur, nisi fortè appellatione domini, latius sumpto vocabulo, cætera quoque jura in rem comprehendas. Hoc §. una tantum in rem actio proponitur, eaque civilis ac directa, & scilicet principalis illa, quæ non alij competit, quam vero rei domino, *l.* 23. *ff. de rei vend.* Igitur emphyteutæ & superficiario, qui veri domini non sunt, non datur: at his datur in rem utilis, *l.* 1. §. 1. *si ag. vect. leg.* 74. *de rei vend.* Nimirum propter aliud jus, quod in re habent; quod sive dominium utile, sive jus dominio proximum appelletur, parum refert. In hac autem utili actione mutato nomine petitoris & rei petitæ eadem omnia obtinent, quæ in directa.

Rem

Rem corporalem possideat, quam Titius suam esse, &c.] Ad fundandam actionem in rem duo extrema ponenda & probanda sunt; à parte actoris dominium; à parte rei conventi possessio; id quod ostendit tum hic locus, tum *l. 25. in prin. ff. eod. leg. 23. in pr. junct. leg. 36. & ultim. ff. de rei. vend.* Primum, quod hic intendit actor & probare debet, est, se dominum esse: etenim causa petendi, in actione in rem tota fundata est in jure dominii, ex quo & formula in hunc modum concipiebatur, *Si paret, rem petitoris esse.* Atque hoc quidem dubio omni caret. Illud dubitationem habet, an ad hoc, ut in judicio in rem actor obtineat, necesse sit, ut tempore litis contestatæ dominus sit, an vero sufficiat, ante sententiam dominium ei superveniisse. Iure Canonum res definita est, nimirum possessorem nihilominus condemnandum esse, *cap. Abbate. 2. de re jud. in 6.* At quæritur de jure civili. Ego cum Ioanne Fabro existimo, ex ratione juris civilis non hic opus esse interpellatione, per express. text. in *l. 33. ff. de judic.* qui locus non patitur, ut dicamus, tempus, quo dominium supervenit, fictione juris retrotrahi ad tempus impetratæ actionis aut suscepti judicii: & bene idem Faber judicat, non procedere argumentum à reo, qui post litem contestatam possidere cœpit, ad actorem, qui post id tempus dominus factus sit: nam ex parte actoris potissimum judicium fundatur & res in judicium deducitur: non potest autem dici, in judicium deductum esse id, quod demum post acceptum judicium actor acquisivit, ac proinde nec potest judex datus in hac specie procedere ad condemnationem; sed nova formula à prætore impetranda, novumque constituendum judicium est, *d. leg. 23. junct. l. 18. ff. comm. div.* Plane, ubi apud ipsos magistratus judicium instituitur, quod post *l. 2. C. de ped. jud.* ferè necessarium fuit, nihil vetat, quominus sine ambagibus, recta & eodem judicio, iis decidatur, & possessor in hujusmodi casu condemnetur. Et cur vero absolveretur mox alio judicio ab eodem condemnandus; Continuatio certè dominii in persona actoris præcisè requiritur: nam si is post litem contestatam dominus esse desierit, & in eadem causa manserit, usque ad tempus ferendæ sententiæ, reus omnino absolvendus est, utpote cessante causa agendi, cujus non minus tempore sententiæ, quam quo lis contestatur, ratio habetur: per *leg. 7. §. ultim. ff. ad exhib. ita & taf. hic num. 69.* ex communi DD. sententia. Alterum, quod ad instituendam & fundandam actionem in rem necessarium esse diximus, est, ut eis, cum quo agitur, possideat. Nam cum hac actione agens rem sibi ut domino restitui postulet, & secundum naturam hujus actionis, quæ arbitraria est, officio quoque judicis contineatur, ut is prius, quam sententiam ferat, jubeat rem restitui; *§. præterea 35. inf. eodem.* non potest aut debet hoc ab eo peti, aut is juberi restituere, qui restituendi potestatem non habet: nemo autem habet, nisi is, qui rem petitam possidet. Sufficit vero ad rem condemnandum, possidere eum, quo tempore res judicanda est, etsi non possidebat, cum lis contestaretur, *leg. 27. §. 1. de rei ven.* Possessionem autem hic latius accipimus, ut eo verbo etiam contineantur nudi detentatores, id est, qui corpore tantum rem tenentes ejus restituendæ facultatem habent; quales sunt, apud quos res depositæ, aut quibus commodata est, aut qui conduxerunt, &c. *leg. 9. ff. de rei vend.* Sed nominato auctore non coguntur, qui alieno nomine in possessione sunt, actionem excipere, *l. 1. C. ubi in rem. act.* Interpretatione juris pro possessore quoque habetur, qui se liti obtulit, judiciumque accepit decepto petitore, *leg. 7. l. 25. & seq. ff. de rei vend.* item is, qui dolo fecit, quominus possideat, *leg. 22. l. 27. §. 3. l. 36. tit. l. 25. §. 8. de hared. pet.* De quo res postulat: ut plura dicamus, & simul quid juris, si dolus non intervenerit. Si reus, cum jam lis contestata esset, possessionem amiserit, si quidem sine dolo modo aut culpa, absolvendus est, eoque pertinet *d. leg. 27. §. 1.* si culpa sua, pati debet æstimationem; ita tamen, aut audiendus, sit, si desideret, ut adversarius actiones suas cedat, *d. leg. 36. §. 1. junct. leg. 63. eodem titul.* si dolo vel fraude, damnandus est, quantum adversarius in litem juraverit, nec auditur desiderans actiones sibi præstari, *leg. 62. & leg. sequ. eodem.* Non est autem dubitandum, quin judex perinde hic procedat, ac si is, unde petitur, adhuc verè possideret, scilicet ut, quæ natura est hujus judicii, primum jubeat rem restitui, & si non restituatur, tum sequatur ea, quam dixi, & eodem judicio, condemnatio: postquam placuit dolum pro possessione esse, & pari in omnibus jure utrumque censeri, eum, qui quid habet vel possidet, & cujus dolo factum sit, quo minus possideat, *leg. 131. leg. parem 150. leg. ad ead. 157. §. 1. de Reg. jur. facit lex. 20. §. ultim. de hared. pet.* Proinde tantum non nugas agunt, qui nova hic instantia & judicio opus esse contendunt hoc solo argumento, quod adversus eum, qui dolo possidere desiit, non directa sed utilis actio detur, *l. 3. §. ult. de alien. jud. met. ca.* Equidem fateor, id ita esse, cum ante litem contestatam dolo possessio amissa est: ubi vero semel judicio inclusa est actio, uti cœpta est, ita eâ peragi oportet, nec petitori nocere debet dolosi factũ possessoris. Porro cum superiores regulæ & si quæ sunt generis ejusdẽ, simpliciter & indistinctè definiant, dolum pro possessione esse, eumque qui dolo

possidere

possidere desiit, condemnandum perinde quasi adhuc possideret; ex eo rectè colligitur, non tantum eum, qui post litem contestatam dolo possidere desiit, pro possessore haberi, sed eum etiam, qui ante litem contestatam similiter per fraudem possessionem transtulit; ac proinde hunc quoque judicio in rem conveniri posse: quæ collectio firmatur ex *l. in rem. 23. §. pen. de rei vend. l. 1. §. ult. de tign. junct. l. 9. pr. ad exhib.* item ex eo quod Cajus in *l. qui petitorio. 39. d. tit. de rei vend.* scribit, eum, qui in rem acturus est, dispicere debere, an is, cum quo experiri vult, possideat vel dolo possidere desierit. Atque ut nullus dubitationi locus relinquatur, textus in hanc rem expressus est in *l. 27. §. 3. §. de rei vend.* Quia vero revera is, cum quo hic actio instituitur, non possidet, sed juris tantum interpretatione pro possessore habetur, hac consideratione utilis hæc actio dicitur, *l. 3. §. ultim. de alien. iud. mut. ca.* Unicum est quod hic objici possit, & quo moti Jas. & Zasius in contrarium abierunt, nimirum si cum eo, qui ante litem contestatam dolo desiit possidere, actio in rem institui posset, frustra videri introductam à prætore actionem in factum edicto *de alien. iud. mut. ca. fact.* Verum hæc objecto levior est, quam ut tantos viros turbare debuerit: nam edictum illud non tantum pertinet ad translationem possessionis, eludendæ actionis in rem causa facta, sed generaliter ad omnem alienationem quæ data opera fit in fraudem nostram, ut elusoria efficiatur actio, qualiscumque ea sit, qua metus erat nos experturos esse, *l. 4. §. 2. l. 8. 9. & 10. de alien. iudic. mut. ca.* Nihil vero absurdi est, si dicamus, utile judicium rei vindicationis cum actione ex edicto concurrere, ut in arbitrio actoris sit, utra actione experiri velit. Quinimo hoc diserte satis traditum est in *l. 3. §. ult. d. tit.* Tantum I. C. electionem actoris ita moderatur, ut si is, cum quo ex edicto agi potest, paratus sit utile judicium pati, deneganda sit in eum actio ex edicto, sc. quia ea oblatione fiat, ut actoris nihil intersit. Ex contrario vero concedendum non est, ut utile judicium in rem defugere possit, qui paratus sit suscipere actionem ex edicto.

Possessor autem dominum ejus se esse dicat] Priscis temporibus ita moris fuit, ut cum actor vendicasset, rem suam esse, tum possessor contra vindicaret, ut constat ex antiquis formulis: qualis est illa, quam profert Cicero *pro Murena. Fundus Sabinus meus est. Imo meus*: cui similis illa apud Plautum *in Rudent. Hunc meum, esse dico. Et ego item aio esse meum*, vid. *Boët. in Top. Cic. Gell. 20. Nost. Att. 10. Brisson. lib. 5. de form.* Sive autem contraria illa possessoris vindicatio olim necessaria fuerit, sive ἐπὶ τὸ πλεῖον, honestatis fortè causa usurpata, certum est, posterioribus temporibus ad defensionem rei nihil desideratum fuisse præter simplicem negationem & contradictionem qualemcumque. Ita enim jure, quo nunc utimur, cautum est, ut actore non probante intentionem suam, reus, quamvis nihil ipse præstiterit, absolvatur, inque suo loco possessio maneat; *l. 4. C. de edend. l. ult. C. de rei vend. §. 4. inf. de interd.* ac ne ad hoc quidem possessor compelli possit, ut vel titulum possessionis suæ edat: *l. 11. C. de pet. har.* cum tamen, qui titulum possessionis suæ dicit, non continuo dominium sibi asserat: constetque, judicium rei vendicationis etiam consistere & peragi, cum in confesso est, reum non possidere affectione domini, sed alieno nomine in possessione esse, *l. 9. ff. de rei vend.* Absurdum autem est, exigere à reo, ut quid dicat, quod aut apertè falsum sit, aut probare non cogatur, & quo non probato nihilo, minus obtineat, si suam intentionem actor non impleverit. Denique nihil interest actoris, reum contra vendicare? Minimè igitur ex eo, quod Imp. exemplum hoc loco fortè profert mutuæ vendicationis, inferenda est juris aliquas necessitas, quasi ad defensionem possessoris omnino necesse sit, ut in contra vendicet, & se dominum rei ejus, quæ petitur, esse contendat: & vulgatum est, verba narrativè posita non censeri dispositiva, quando in iis principaliter legislator non fundat, ut notatum supr. § *4. de milit. test.* quod hic non fit. Hæc vera est hujus loci & genuina interpretatio, non spuria depravatio, ut eam appellat Ant. Contius *1. disp. 12. stolidi* alicujus ostentatoris. Deridet Contius, ut ineptum atque ab ignaro artis dialecticæ profectum, hoc enthymema; Si actore non probante reus absolvitur, non cogitur reus contra vendicare: ipse vero sic ex contrario ratiocinatur; Si actore probante reus condemnatur, debet reus contra vendicare. Atqui hoc enthymemate non tollitur necessitas consequentiæ, quæ est in superiore. Illud enim nihilominus manet, actore non probante nihil nocere reo, quod contra non vendicaverit: nec aliter falsitatis convici connexio partium in præcedente illo axiomate potest, quam si ostendatur, reum, qui contraria vendicatione usus non est, protinus condemnandum esse, licet de intentione sua nihil probaverit petitor. Ad hoc nec Contius dicere ausus fit: quin ipse tacitè contrarium fatetur, dum ideo reo necessitatem contra vendicandi imponit, quia fieri possit, ut actor probet: ex quo quidem efficitur, prodesse reo quod initio litis contra vindicet, minimè vero ad instituendam & fundandam actionem non sufficere simplicem rei inficiationem & contradictionem. Et tamen etiam hoc ipsum, quod contendit Contius, falsum esse non dubito, & possessorem, qui simpliciter negavit actorem dominum esse, non

minus

minus audiendum, si impleta intentione petitoris, se dominum esse probare velit, quam si initio contra vendicasset, *arg. l. 9. C. de excus.* Utique nihil hic fit contra regulas, quæ sunt de exceptionibus in principio litis contestandis. Nam si possessor licet simplici inficiatione usus, admittatur ad confutandas petitoris probationes, atque ut contra se dominium esse ostendat, non admittitur ad allegandum aut improbandum aliud, quam quod in ingressu litis dixerat, actorem dominum non esse, cum ejusdem rei duo in solidum domini esse non possint, *l. 5. §. ult. comm.* Cum autem actoris probationibus per contrarias rei elisis perinde habeatur, ac si nihil probatum esset, hoc unum relinquitur, ut reus absolvatur. Plane si possessor non tantum absolvi se, sed dominum etiam declarari velit, rectè faciet, & mori iudiciorum antiquo convenienter, si initio in lite contestanda dominum se esse dicat & contra vendicet, *arg. leg. 18. comm. divid.* Quæ sit petitio hujus actionis propria, ex his, quæ dicta sunt, sponte intelligitur: cum enim hæc actio sit, per quam rem nostram petimus, *l. 25. de oblig. & act.* prius est ut actor intendat rem suam esse, quæ ab alio possidetur; sic deinde eam petat, id est, restitui sibi à possessore postulet: ac utrumque officio judicis probato dominio convenienter intentioni & petitioni suæ consequitur: nam & dominum eum esse judex pronuntiat, remque ei restitui jubet cum fructibus & omni causa, *l. 20. l. 35. §. 1. ff. de rei vend.* Quod si possessor restituere jussus non pareret, sequitur illa sententia, qua condemnatur, quanti ea res est jurejurando actoris æstimata, quandoque etiam manu militari possessio ab eo transfertur, *l. 46. l. 68. d. tit.*

TEXTUS.

3. *Æque si agat quis ius sibi esse fundo forte vel ædibus utendi fruendi, vel per fundum vicini eundi agendi, vel ex fundo vicini aquam ducendi, in rem actio est. Ejusdem generis est actio de iure prædiorum urbanorum; veluti, si quis agat jus sibi esse altius ædes suas tollendi, prospiciendi ve, vel proiiciendi aliquid, vel immittendi tignum in vicini ædes. Contra quoque de usufructu, & de servitutibus prædiorum rusticorum, item prædiorum urbanorum, invicem quoque proditæ sunt actiones: ut si quis impendat, ius non esse adversario utendi fruendi, eundi, agendi aquamve ducendi; item altius tollendi, prospiciendive, vel proiiciendi, immittendive; ista quoque actiones in rem sunt, sed negativæ. Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est. Nam in his agit, qui non possidet; ei vero qui possidet, non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse. Sane uno casu, qui possidet, nihilominus is actoris partes obtinet, sicut in tatioribus Digestorum libris opportunius apparebit.*

NOTÆ.

3. ALTIUS ÆDES SUAS TOLLENDI] Altius ædificatur iure servitutis à vicino impositæ & ædificanti quæsitæ, ubi lege civitatis intra certum modum cohibita est ædificandi licentia, & vicinus ædificanti concessit formam præscriptam excedere: atque hoc casu actio est confessoria. Cæterum jure libertatis, & negatoria agitur, *l. 8. C. de servit.*

IUS NON ESSE ADVERSARIO UTENDI] De suo non de alieno iure quemque agere oportet. Sed in rebus incorporalibus qui negativè agit, magis de suo iure agere videtur, quam alieno, cum, ex. ca. negat inviro se jus esse adversario utendi, &c. *l. 5. pr. si us. pet.* quippe qua inficiatione vi ipsa affirmat rem suam esse liberam, *l. 4. §. 7. si serv. vind.*

SED NEGATIVÆ] Passim negatoriæ. Actio negatoria proposita est neganti se servitutem debere: confessoria servitutem sibi asserenti, *tit. us. pet. & tit. si serv. vid.* quod magis ex re petita, quam ex figura orationis æstimandum.

PRODITUM NON EST] Quoniam in controversiis rerum corporalium qui negativè agit, de alieno jure, non de suo agit; qui negat rem possidentis esse, non continuo evincit suam esse, *l. 15. de except. rei iud.*

EI QUI POSSIDET, NON EST ACTIO PRODITA &c.] De re corporali nunquam in rem actio ultro possidenti datur: quippe cui sufficit, quod possideat, *l. 1. §. 6. uti poss.* Secus est in servitutibus, quantum usus in alieno est.

SANE UNO CASU] Ita quoque Theoph. alias, *non uno casu.* Goveanus, *Sane hoc uno casu*, id est, in controversiis servitutum: quomodo & in duobus codicibus Th. ἐν ἑνὶ τῶν μορίων. Fabrot.

COMMENTARIUS.

1 *Rerum incorporalium nomine duplicem actionem comparatam esse, confessoriam & negatoriam utramque in rem.*

2 *An hæ actiones etiam pro alio iure dentur, quam pro servitutibus.*

3 *Actiones hasce non ex figura verborum, sed ex sententia, & re petita æstimandas.*

4 *Quæ pro Triboniano & contra afferantur, ut ostendatur, bene vel malè eum inter formulas confessorias hanc ponere, Aio mihi ius esse ædes meas altius tollendi: & contrariam inter negatorias.*

5 *Accurata demonstratio, dari aliquod ius altius tollendi, quod ei, qui altius tollit, iure servitutis constituta competat.*

6 *Actionem negatoriam de rebus corporalibus proditam esse, & quare.*

7 *Cur eadem prodita in rebus incorporalibus.*

8 *Cur in rebus corporalibus actio ultro possessori non detur. Hotomanni correctio & disputatio confutatur.*

9 *Frustra esse omnes, qui unicum illum casum, de quo in huius §. calce, quærunt.*

1 AQuè *si agat quis*] Respicit ad id, quod dixit §. præcedenti, *veluti si rem corporalem possideat quis*, &c. quasi dicat, etsi modo de actione in rem verba faciens rei corporalis mentionem habui, sciendum tamen est, etiam rerum incorporalium nomine, quæ nostræ sunt, actionem in rem comparatam esse, nempe de usufructu & cæteris servituribus. Et observandum est, quod in hoc genere rerum non una tantum actio prodita sit, ut in controversiis rerum corporalium, sed duæ diversæ, una servitutem sibi competere asserenti, altera neganti servitutem ad alium pertinere: qua servitus asseritur confessoria; qua ad alium pertinere negatur, passim negatoria à prudentibus vocatur, *l.* 2 *ff. si serv. vend.* interdum negativa, *l.* 5. *usufr. pec.* & à Iustiniano hoc textu. Ambæ in rem, utpote quibus rem nostram petimus, aut servitutem vendicando aut rei nostræ persequendo libertatem. Hinc & duplex horum scit *si usufr. pet. vel ad alium pert. neg. si servitus vend. vel ad al. pert. neg.* inscriptio, & concepta iis verbis, quibus actio in rem significatur, scilicèt petitionis & vindicationis, *l.* 25. & *l.* 28. *de obl. & act.* Servitutum quædam sunt personarum, ut usus & usufructus, quædam rerum sive prædiorum, *l.* 1 *ff de servit.* & quæ prædiorum sunt, earum quædam prædiorum urbanorum, quædam prædiorum rusticorum. Sed de servitutibus ipsis tractare aut de earum constitutione, non est hujus loci: pertinet ea tractatio ad secundum juris objectum, actumque de iis *supr. lib.* 2. *tit.* 3. & 2. *seqq.* Quod vero exempla singulorum generum hic proferuntur; id eo tantùm fit, ut intelligamus, de omnibus actiones in rem quas diximus competere: nec est de eo ulla controversia. Verum illud quæritur, an non præter servitutes, quæ solæ hic commemorantur, sint alia quædam iura, quorum tuendorum causa similiter ut pro servitutibus actio confessoria aut negatoria iure nostro comparata sit; veluti ut quis iurisdictionem sibi asserat, aut ad alium pertinere neget. Et bene Vaud. 1. *var. quæst.* 27. probat, non esse. Nam si plura sunt harum actionum habilia objecta, cur solæ nominantur servitutes; aut cur confessoria & negatoria, ut ususfructus & servitutum actiones propriæ, à Iurisconsultis proponuntur? *leg.* 1. *l.* 4. *fere per tot. si serv. vend. l.* 5. *si usufr. pet.* quibus in locis observare licet, hæc, ut *ἰσοδυναμοῦντα*, sæpe inter se permutari, actio confessoria aut negatoria, & actio de servitutibus. Infantiam suam produnt in rebus ad formam ac constitutionem reip. Romanæ pertinentibus, qui putant, potuisse etiam magistratus populi Romani hujusmodi actione aliqua, saltem utili, suam sibi defendere & vendicare iurisdictionem: nam ut actio nobis competat, necesse est rem, quam petimus in bonis nostris esse, *arg. l. rem.* 52. *de acq. rerum dom.* id est, vel nostram esse, vel nobis debitam, *l. bonorum* 49. *de verb. sign.* quod & ostendit actionis definitio, ut ea à nobis explicata est. Iurisdictio autem non erat res magistratuum propria aut pars eorum patrimonij: sed ex concessione tantum principis aut populi magistratus omnes nec ultra annum eam exercebant, ut ridiculum sit existimare, pro ea sibi tuenda actionibus experiri potuisse. Plane hodie, postquam iurisdictio facta est patrimonialis, possunt actiones de servitutibus ad eam quoque vendicandam accommodari per extensionem, ut principes, comites, sive alij, qui cum territorio iurisdictionem perpetuam habent, pro ea sibi asserenda utili confessoria experiantur contra eos, qui exercitionem eius impediunt; quæ & communis est Interpp. sententia, teste Suarez *recept. sent. n.* 52. *adde Guil.* 2. *obs.* 66. *Schneid. hic n.* 11. Illud monendi sumus, nomina harum actionum non tam ex conceptione verborum intentionis, quam ex re petita & eo quod effectu intenditur, nata esse. Nam ut ex definitione utriusque actionis constat tradita in *l.* 2. §. 1. *si serv. vend.* & exemplo proposito in *l.* 4. §. *competit* 7. *eod. tit.* quisquis intendit servitutem sibi competere, confessoria utitur, & affirmativa ejus intentio habetur, etsi oratio verba negativa est; & qui vi ipsa negat, rem suam servire, agit negatoria, etiamsi verbis affirmantibus intentio concepta sit. Intendit ergo aliquis habere se ius altius tollendi invito vicino, negatoria utitur, erit oratio affirmativa est, quia re ipsa negat, servitutem se vicino debere, sive vicino ius esse prohibendi, quo minus ædes altius tollat: quo modo si concipiatur formula, etiam verbis negativa erit. Ex contra-

3 rio,

rio, agit aliquis, jus vicino non esse ædes suas altius tollere, hic agit confessoria, ut maximè utatur verbis negantibus, quia servitutem sibi competere contendit, sive jus sibi esse prohibendi ne vicinus altius ædificet, quæ intentio, etiam figura orationis, affirmativa est, *d l.4.§.7.* Atque hoc quidem est in dictis formulis perpetuum, ubi nulla lege civitatis libertas ædificandi circumscripta est: quod si certa altitudo publicè constituta sit, supra quam ædificare invito vicino non liceat, eveniet nonnunquam, ut & prior formula, uti verbis affirmata est, ita & re ipsa sit, & vendicandæ servituti per confessoriam accommodata: & contra posterior, ut verbis negat, ita & sententia verborum negatoriam contineat, qua servitus negetur, asseratur libertas, ut mox clarius apparebit.

4 *Jus sibi esse altius ædes suas tollendi*] Si verum est quod modo diximus, utrum actio pro confessoria aut negatoria habenda sit, magis ex sententia verborum & repetita æstimandum esse, quam ex orationis figura, videri potest Tribonianus deceptus formularum conceptione hic aliquid turbasse, ac per incuriam formulam hanc, *Aio mihi jus esse altius ædes meas tollendi*, cum aliis formulis confessoriarum conjunxisse, quibuscum nihil commune habet, præter externam verborum formam. Et contra paulo post actionem, per quam intendo, jus non esse vicino altius tollendi, eodem errore quia verbis negativa est, conjunxisse cum negatoriis. Nam secundum ea quæ diximus, ut prior illa vi ipsa negatoria est, quia qui ea utitur, nullam servitutem sibi vendicat, sed effectu negat, se alteri servitutem altius non tollendi debere: ita contraria, qua agens negat, vicinum jus habere altius tollendi, effectu est confessoria, quia servitutem istam suis ædibus à vicinis deberi contendit. Et quidem video, Tribonianum hoc nomine à Glossa & Hotomanno reprehendi, nec non novissimè à Bachovio, qui eo amplius ἀμάρτημα istud Triboniano potius condonandum contendit, quam admittendas esse inanes quasdam conjecturas, quæ pro defensione Triboniani afferuntur excogitanturque ad formandum jus ali quod altius tollendi, quod quis vi servituris sibi constitutæ confessoria vindicare possit: aut contra quo quis jure libertatis ædium suarum negatoria agat, jus esse vicino tollere ædificium suum. Et sane species, quæ à Glossa proponitur, exemplum manifestum esse negatoriæ, nempe si cum vicino cum esset in quasi possessione juris, ne ego altius ædificatum habeam, agam, jus mihi esse altius ædificatum habere, quam palam sit, non servitutis, sed libertatis vendicationem esse, *leg 8 C de servit. l. 9. ff. de serv. prad. urb l.4.§. competit. 7. si serv. vend.* Fatendum quoque est, non quadrare exemplum quod profert Dynus & post eum Jason *hic num. 43.* Si oneris ferendi causa servitus imposita sit, & vicini ædibus, quæ serviunt, collapsis, alter agat, ut denuo extruantur & in eam altitudinem paries erigatur, ut secundum legem impositæ servitutis recipiendo oneri nostratum ædium sit idoneus. Hoc enim exemplum est vendicationis diversi generis servitutis, nempe oneris ferendi, quam vendicando simul consequimur, ut vicinus ædes reficere cogatur. Simili quoque in errore versari fatemur eos, qui exemplum confessoriæ de hac servitute peti posse putant ex *l. 17 § 2. de serv. prad. urb* & nimirum tale; Si cum mea interesset vicini ædes altius tolli, fortè ut per repercussionem lumen in meas ædes depressiores devolveretur, vicinus mihi cesserit servitutem altius tollendi, & postea cum eo experiar ut altius tollat: nam & hoc æquè alienum est. Vt enim formulæ confessoriæ de qua agimus, locus sit, quærenda species servitutis non ab eo debita, de cujus ædium sublatione agitur, & qui ob id ipse cogi potest suas ædes altius tollere ad commodum vicinarum, (quanquam dari talem servitutem posse non existimo per *l. 15.§.1. de serv.*) sed ei ipsi debita, qui tollit; ac proinde qui ad suum commodum id facere possit invito vicino; eoque non patiente servitutem sibi competentem vendicare hac formula, *Aio mihi jus esse ædes meas altius tollendi*: aut *licere altius tollere, l.2. de serv. prad. rust. l.17. 1. comm. prad.* Denique fateor, si pactione aliqua libertatem ædificandi mihi ademero, eaque contrario pacto mihi rursus concessa sit, ne sic quidem jure servitutis mihi posteriore pacto constitutæ intendere me posse, licere mihi altius ædes meas tollere. Quippe cum posteriore pacto non nova mihi servitus à vicino constituatur, sed quæ illi à me constituta erat, remittatur, ut jam res mea redeat in libertatem naturalem, de qua si experiar, agam quidem, jus esse mihi altius ædificare, sed jure rei meæ, quæ jam amplius non serviat, ac proinde actione negatoria, *d. l. 2. §. 1 & d l. 4. § 7. si serv. vend. inutil. l. 8 C de servit.* Idemque dicendum esse, si vicinus, quod ieris contra me longa quasi possessione sive præscriptione quæsierat, postea remiseris. Et hactenus quidem nihil rectè pro Triboniano. Sed est aliud, cujus paulo ante mentionem feci, quod ad defensionem ejus adferri potest non in vana aliqua conjectura positum, sed subnixum manifesta autoritate conditorum juris, quam frustra conatur eludere Bachovius, ut fusè probavimus in exegi, *§ 1. s. pr. de serv. prad.* quamobrem hic erimus breviores. Quicquid ergo dicat Bachovius, dari aliquod jus altius tollendi quod ei, qui altius tollit, jure servitutis constitutæ competat, patet ex Gaio *l. 2. de serv.*

prad. urb. qui eo loco diserte dicit jus altius tollendi esse jus urbani prædij, atque hoc ipsum jus, ut servi usum diversi generis, segregat à jure non extollendi. Idem facit Paul. *l.* 1. *d. tit. & leg.* 7. §. 1. *comm prad.* item Nerat. *l.* 2. *de serv. prad. rust.* ubi apertissimis verbis rustici prædij servitutem esse pronuntiat, *licere altius tollere & officere prætorio vicini.* Loquitur Iurisconsultus suo arbitratu, ex loco prædium rusticum appellans ædificium, quod ruri est, non considerato juris effectu, cujus alioqui consideratione etiam ædificia, quæ in agris sunt, pro urbanis prædiis haberi solent, *l.* 1. *comm. prad. leg. urbana.* 198. *de verb. sign.* quod ad rem præsentem nihil pertinet, & alibi explicatum est, Accedit, quod in *leg.* 1. *C. de servit.* rescriptum ab Antonino est, servitutem altius sublatum habendi sive contra veterem formam ædificiorum ædificandi longa possessione acquiri posse. Quæ constitutio evertit commentum Bachovij, negantis jus altius tollendi servitutem dici posse, nisi quatenus relatio fit ad vicinum, qui altero altius ædificante, ipse contra ædificare & luminibus ejus officere jure constituta servitute non potest, ut supradicto loco pluribus ostensum est. Hoc igitur posito, dari ejusmodi aliquam servitutem, restat, ut exempla proferamus. Ea nobis suppeditatur, *l.* 11. *de serv. prad. urb. l.* 1. *leg. pen.* §. 1. *C. de ædif. priv. l.* 1. *l.* 1. *C. de servit. leg.* 14. *de serv. prad. urb. Tacit. lib.* 15. *annal. Strabo lib.* 5. *Aurel. Victor. in epitom.* quibus omnino adde *Pet. Fab. ad leg. domum suam* 61. *de reg. jur.* Hi loci atque auctores nos docent, ædificiorum altitudinem olim restrictam fuisse ad certum modum, & in plerisque civitatibus, & ipsis etiam urbibus, Roma & Constantinopoli; quem modum excedere ædificando non liceret; deinde etiam, non potuisse dominum in area sua ædificare, nisi intermisso legitimo spatio à vicina insula, ut testatur Papin. *d. leg.* 14. Utrumque autem in vicinorum gratiam; illud propter discrimen ac periculum ruinæ, quod non minus vicinum, quam dominum ipsum tangit; hoc, ut saltem tantum luminis, quantum diuturnitas illa afferebat, vicini haurire & cœlum videre possent: notum enim est, quo magis distat à vicino paries, eo minus in eo ædificantem luminibus vicini officere: fortassis etiam propter metum incendij, quo in una domo orto contiguæ quoque facilè corripiuntur. Cohibita igitur lege civitatis intra certum modum ædificandi licentia, & ea, qua dixi, gratia, jus altius tollendi alias libertatis esse potuit, non raro item contra, impositæque à vicino & alteri quæsitæ servitutis: sicuti & nunc esse potest, ubi locorum certa ædificiorum forma altitudoque publicè constituta est, supra quam ædes extollere invito vicino non liceat. Nam si forma præscripta non exceditur, hactenus liberè & jure rei suæ quisque ædificat, potestque id facere etiam cum incommodo vicini, eoque obtinente: uti jure gentium ædificare quisque potest in infinitum, cum nulla ædificiorum forma definita est, *leg.* 9. *l.* 11. *de serv. prad. leg.* 8. *Cod. de servit.* nimirum in suo facere quisque quod lubet, potest, dum in alienum nihil immittat, *leg.* 8. §. 5. *si serv. vend.* Proinde si quis hic, prohibitus à vicino ad modum præfixum ædificare, intendat contra prohibentem, jus sibi esse altius ædificandi, is ædes suas hactenus liberas esse contendit, negans, servitutem se debere; utiturque ex definitione *l.* 2. §. 1. *d. tit.* actione negatoria, non confessoria: ut fatendum sit erravisse Triboniamum, si credidit pro vendicando jure altius tollendi confessoria agi, si jus illud aut plane liberum sit, aut restrictum quidem ad certum modum, sed intra quem agens consistere volet. Sed ponamus, ædificantem definitam lege municipali formam sive altitudinem non custodire: hic iam reperiemus exemplum & actionis confessoriæ de servitute altius tollendi, & negatoriæ de servitute contraria non extollendi. Nam si vicinus mihi concesserit ius, invito se supra eam altitudinem ædes meas tollendi & officiendi luminibus suis, hoc ius servitus erit, qua pati debeat, quod prius pati iure publico non cogebatur, altius me ædificare cum incommodo suo: quod pati utique servitutis est, *leg.* 15. §. 1. *de serv.* & proinde, si me impediat, quominus altius ædificem, hic locus erit *actioni confessoriæ*, qua intendam, jus mihi esse ædes meas altius tollere: quam servitutis vendicationem esse in specie proposita dico, cum ex jure imposititio cum vicino agam, contendamque, eum hanc mihi servitutem debere, ut cogatur altius ædificantem pati. Ex contrario si vicinus nullum mihi jus cesserit, atque ego nihilominus supra statutum modum ædificare incipiam, hic jam locus erit negatoriæ, qua vicinus intendat, jus mihi non esse invito se ædes meas extollere: quæ libertatis vendicatio, non servitutis est; cum hac intentione servitus hæc mihi deberi negetur, vicini ædes hactenus liberæ esse dicantur, ut me altius ædificantem non cogatur pati. Simile exemplum fingi potest, si certum aliquod spatium iure publico definitum sit, quod in ædificando intermittatur à vicini insula, *juxta leg.* 14. *de serv. prad. verb.* Atque his casibus etiam servitutis, quam quærimus, locum obtinet longi temporis consuetudo, ut scriptum est in *leg.* 1. *C. de serv.* His autem, quæ diximus, non obstat, quod prius confessi sumus, si libertas adempta sit pactione, puta quia inter me & vicinum convenerat, ut ad certam duntaxat altitudinem ædificarem, & idem vicinus mihi postea concesserit

ædificare

ædificare altius, non novam hic mihi servitutem constitui sed constitutam pacto posteriore remitti, remque meam sic redire in pristinam libertatem: cum enim lege potestas naturalis libere ædificandi sublata est, licet unus è vicinis mihi cesserit jus altius ædificandi, quam invito eo per legem liceat: manet tamen res mea affecta eadem conditione & qualitate respectu cæterorum vicinorum, quorum interest ædes meas altius non tolli: nisi ponamus, omnes simul cessisse, quo casu concedam liberas eas fieri. Ad hujusmodi igitur statuta, facta in gratiam vicinorum, interpositasque contrarias pactiones, aut ad longi temporis in contrarium usum, si Tribonianus, respiciens formulam, qua quis intendit, jus sibi esse ædes suas vicino invito altius tollere, confessoriis adscripsit, & contrariam negatoriis, nullus error ei objici potest. Addimus semper *vicinorum gratia*. Nam si quid præcise constitutum sit non habita ratione vicinorum, sed ornatus tantum publici causa, locum habet regula, pactis privatorum juri publico derogari non posse, *l. 38. de pact. cum simil.* Vidit hoc primus Io. Faber; diligentius exposuere Zas. Bar. Don. & noviſſime Christoph. Riccius in *præmeſſ. vend. iur. c. 14.* Si cui tamen adhuc scrupulus hæret, eximent, quæ scripsimus supra memorato loco.

6 *Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est*] Actiones in rem de rebus incorporalibus sunt duorum generum, confessoriæ & negatoriæ; de rebus corporalibus generis unius, omnes scilicet confessoriæ: quanquam in harum rerum vendicatione verbo *confessoriæ* non utimur, quia nulla in iis est actio negatoria. Differentia manavit ex hoc principio, quod quicunque judicio cum aliquo experiri vult ad rem aliquam obtinendam, eum de suo jure, non de alieno agere oporteat, *l. 5. si usufr. pet.* id est, ita agere, ut dicat, aliquid esse suum, non autem simpliciter neget, esse alienum: nec refert, de re corporali agatur, an de incorporali, servitute, aut rei nostræ libertate. Estque in promptu hujus rei ratio: nam qui alienum esse negat, nihil hac intentione jus suum promovet; cum si res adversarij non sit, non continuo sequatur, eam esse agentis, & fieri possit, ut sit neutrius. Rerum autem corporalium ea natura est, ut qui rem, quam petit, adversarij esse negat, non ideo affirmet, hic quicquam suum esse: unde est, quod inutilis hic sit agenti negatio, ut agenti non de jure suo, sed alieno duntaxat. In servitutibus vero contra est: nam qui servitutem se debere negat, hac inficiatione vi ipsa simul aliquid suum esse affirmat, id est, rem suam liberam esse, *l. 4. §. 7. si serv. vend.* & proinde de suo jure, non alieno, agit, ut est in *d. l. 5. si usufr. pet.* quæ res facit, ut negatio in his rebus agenti inutilis non sit. Et negatoria igitur actio ipsa quoque in servitutibus admissa est; non ut negans, sed ut affirmans, & ut confessoria, idque exemplo quoque rerum corporalium.

Nam in his agit, qui non possidet] Ratio declarans id, quod proxime dixerat, actionem negatoriam in controversiis rerum corporalium proditam non esse: quia scilicet sic comparatum est, ut in his solus agere possit is, qui non possidet, cui actionem negatoriam dari natura rerum non patitur. De quo plura paulo post. Indicatur autem hic alia controversiarum de rebus corporalibus & incorporalibus differentia; nimirum quod in istis is solus agere possit, qui non possidet: in his is etiam, qui sit in possessione. Videamus quam recte. Si rem corporalem possidenti in rem actionem dari volumus, ea aut confessoria erit, aut negatoria. Vt confessoria possessori detur, ne natura quidem huius actionis admittit: quippe per quam petimus, ut res, quam nostram esse asserimus, nobis restituatur. Hæc vero intentio nullo modo potest convenire possessori. Ridiculum enim est petere, quod habeas, aut quid restitui ab eo, qui non habeat, ac proinde restituere non possit. Contradictionem quoque implicat, si quis intendat, se possessorem esse, & nihilominus rem sibi restitui postulet ab adversario. Quod si contendat, rem non esse penes adversarium, & tamen ab eo sibi velit restitui, cum ipsa rerum pugnat natura, per quam fieri non potest, ut quis restituat, quod non habet. Negatoria quominus possessori 8
detur, natura impedimento non est: nihil enim prohibet actionem ultro possessori dari adversus turbatorem, eumve, quem sibi possessionis controversiam facturum metuit, ne inquietetur, exemplo negatoriæ de servitutibus, *l. 5. §. pen. si usufr. pet.* sed tamen ne hæc quidem possessori rei corporalis prodita est, quia visa est non necessaria, & sufficere possessori ad securitatem, quod possideat, *l. 1. §. 6. uti possid.* Plane, ad evincendum rem suam esse, quod quavis actione in rem agens effectu intendit, tam possidenti rem corporalem, quam non possidenti, inepta & inutilis est negatoria: quia nemo se dominum esse, aut rem suam esse vincit, propterea quod negat esse adversarij, ut dictum est supra. In rerum incorporalium sive servitutum & libertatis vendicatione omnia contrario modo se habent: nam nec minus is, qui est in possessione servitutis, de servitute confessoria agere potest, quam is, qui non est in possessione: & contra is non minus, qui est in possessione libertatis, de jure suo experiri negatoria potest, quam si non sit. Et hoc est, quod Ulp. scribit, in servitutibus posse eundem & possessorem iuris & petitorem esse, *l. 6. §. 1. si serv. vind.* quod & traditur in *l. 8. §. 3. d. tit. l. 5. §. ult. si serv. pet.* Nascitur

hæc diverſitas ex eo, quod rerum corporalium poſſeſſio ita comparata ſit, ut nemo eam poſſeſſori, dum rem ſuam tenet, niſi per vim, intervertere poſſit: ut adeo ſupervacuum ſit, actionem ei ultro dari, cum ad ſecuritatem hoc ipſi ſufficiat, quod poſſidet, *d.l.* 1. § 6. *uti poſſid.* Rerum vero incorporalium ſive ſervitutum poſſeſſio conſiſtit in nudo noſtro uſu & alterius patientia: eſtque is uſus non rei noſtræ, quam penes nos aut in poteſtate noſtra habemus, ſed alienæ, & plerumque in alieno, ut facile ſive ſcientibus ſive ignorantibus nobis hic uſus impediri poſſit. Actus mihi conſtitutus eſt in prædio alieno; patiente domino fundi aliquamdiu uſus ſum ſervitute, qui uſus poſſeſſorem me facit, *l.* 3. *de uſuf. l. ult. de ſerv.* poteſt tamen dominus fundum ſuum occludere, cum videtur, & hunc mihi uſum ſervitutis impedire. Tignum immiſſum habeo in parietem vicini Ego ſum poſſeſſor, *l.* 8 § 3. *ſi ſerv. vend.* totum tamen hoc in poteſtate vicini eſt, qui quoties vult, efficere poteſt, ne tignum immiſſum habeam, vel ſciente vel ignorante me tignum præcidendo vel diruendo parietem. Hæc autem res cum faciat, ut effectu nec ſervitutem poſſidere videar, certe non ita poſſidere, ut mihi ſufficiat, quod poſſideam, qui non eo magis ſum ſecutus, ideo merito hæc actio neceſſaria viſa eſt, qua conſequar ſervitute utendi ſecuritatem, *l.* 5. §. *ult. ſi uſufr. pet.* Eadem libertatis, cujus nomine negatoria agitur, ratio eſt: nam & libertatis rei noſtræ poſſeſſio nudi uſus eſt, & in patientia alterius ſive vicini, qui ea nos uti libere patitur: quam patientiam etſi aliquando præſtitit, poteſt tamen, cum vult, non præſtare, & nos vel ſcientes vel ignorantes in hac poſſeſſione turbare uſurpando ſervitutem. Quia igitur nec hic poſſidenti ad ſecuritatem ſufficit, quod poſſideat, prodita eſt ei actio negatoria, qua ultro judicio experiatur, libertatemque rei ſuæ aſſerat, hoc effectu, ne in poſterum inquietetur, ut loquitur Ulp, *in d.l.* 5. §. *ult ſi uſufr. pet.* Notandum autem, etſi poſſeſſor juris ultro actionem moveat, lite tamen inſtituta, eum, qui non poſſidet, petitoris partes & onera ſuſtinere, commodo autem poſſeſſoris frui, qui eſt in poſſeſſione, ut maxime actionem ipſe inſtituerit, *l.* 8. § 3. *ſi ſerv. vend.* & ideo fruſtra hic nobis objici, quod à veteribus conſtanter traditum eſt, non poſſe inter litigatores aliter litem expediri, quam ſi alter petitor, alter poſſeſſor ſit, *l. inter* 62. *de judic. l.* 1. § 3. *uti poſſid.* § 4. *infr. de interd.* Ut redeam ad propoſita verba textus: Ait Juſtinianus, in rebus corporalibus eum agere, qui non poſſidet. Quid ergo hoc ad probationem ejus, quod prius dixerat, actionem negatoriam in controverſiis rerum corporalium proditam non eſſe? Hoc nimirum, ut ſi aliqua de his rebus actio negatoria alicui accommodari poſſit, non poſſit tamen non poſſidenti. Jam vero in iſtis rebus ſi quis agat, eum ſolum jure agere, qui non poſſidet. Ex quo ſponte vult intelligi, actionem negatoriam in rei corporalis vendicatione locum non habere, ſed confeſſoriam duntaxat. Et poteſt etiam revera quiſque hoc per ſe intelligere, poſito eo, quod in rebus corporalibus is ſolum recte agat, qui non poſſidet. Etenim ſi dari aliquam in propoſito actionem non poſſidenti volumus, ea non alia eſſe poteſt, quam per quam rem ſuam petat, ac proinde quam & ſuam eſſe intendat: nam ſi neget, ſuam eſſe, in ſe telum torquet: ſi neget, eſſe adverſarij, nihil hoc ad probationem ejus, quod intendit, rem ſcilicet ſuam eſſe. Relinquitur ergo, ut non poſſidenti non alia actio in lite de re corporali accommodari natura poſſit, quam confeſſoria.

Et vero qui poſſidet, non eſt actio prodita, per quam neget rem actoris eſſe] Hæc pars aperte per adverſativam à præcedenti diſtinguitur, tanquam diverſum continens. Quid ergo illud eſt? Nempe hoc. In priori parte enuntiati dixit, in controverſiis rerum corporalium eum agere, qui non poſſidet: ex quo ſolo intelligi voluit, actionem negatoriam huic accommodari non poſſe: id vero non poſſe, quia natura rerum non patitur talem actionem ad rem ſuam petendam non poſſidenti dari. Nunc ei item, qui poſſidet, eandem actionem detrahit: ſed ita loquitur, ut non obſcure indicet eſſe id ex alia cauſa, quam ea, ob quam qui non poſſidet, hac actione agere nequit: *non enim naturam obſtare, quominus poſſidenti detur actio adverſus turbatorem qua neget rem ejus eſſe*, & ſic quieſcere eum per judicem jubeat, quomodo agitur interdicto, *leg.* 1. §. 4. *& 6. uti poſſid.* ſed tamen poſſeſſorem rei non ita agere, quia talis actio jure ei non ſit prodita. Cur autem prodita non ſit, jam ante explicatum eſt. An ergo dabitur confeſſoria? minime. Neque hoc ex eo, quod poſſidenti tantum detrahit negatoriam, contra mentem Juſtiniani colligendum eſt; cui ſolum propoſitum, probare, negatoriæ actionis in controverſiis de re corporali nullum eſſe uſum. Ex his jam ſatis patere arbitror, cauſam nullam eſſe, cur quæ certo hic ſcripta ſunt mutemus, aut vel latum unguem recedamus à conſtanti librorum omnium lectione. Theophilus in paraphraſi ſic locum Græce reddidit, *πρὸς τὸ νενομίσθαι ἐδόθαι in rem.* An ideo, quia paraphraſtes verba illa, *per quam neget rem actoris eſſe*, non expreſſit, ſed ſimpliciter & generaliter ſcripſit, actionem in rem ei qui poſſidet, proditam non eſſe, prorſus locus hic mutilandus & verba iſta detrahenda ſunt? Nam etſi non detrahas, recta tamen & vera eſt loci ſententia, licet ſi demas, apertior. D. Homannus, cui tota periodus ſuſpecta eſt, locum cenſet

censet restituendum hoc modo, *Ei vero, qui non possidet, non est actio prodita, per quam neget rem alterius esse*, aut forte *auctoris*. Sed nulla, ut ego quidem existimo, necessitate: nam & particulæ adversativæ *vero* sua vis constat retenta lectione communi, ut paulo ante demonstravimus, & verum est, actionem negativam possidenti non esse proditam, cum sit nulla, teste *Ulp. l.* 1. § 6. *uti poss.* Ipse Hotomannus dum colorem inserendæ negationi quærit, imprudens quod dictum in Iustiniano culpaverat, mox laudat, ut præclare dictum ab Ulpiano. Frustra autem pro voce *actoris* substituas *alterius* vel *auctoris*; cum ex verbis Iustiniani præcedentibus, & antithesi, qua auctorem opponit ei, qui possidet, perspicuum sit actoris verbo hic intelligi eum, qui non possidet; non qui nunc actor sit, sed qui, si hoc casu ageretur, actor esse deberet. Sic ergo adstructa hujus loci lectione & sententia, videamus, an recte & legibus argumentandi convenienter hic disputet Iustinianus: nam hoc quoque ab Hotomanno negari video. Sic concludit: Controversia omnis, quæ de rebus corporalibus actione in rem movetur, aut movetur ab eo, qui rem non possidet, aut ab eo, qui possidet. Neutro autem in genere locum habet negatoria actio: Ergo in totum in his controversiis locum non habet. Bene, si quid unquam. Probatio enim est ab enumeratione partium, quarum à singulis in assumptione removetur actio negatoria. Quod ad efficeindum id, quod proposuerat, firmum & satis est. Quamobrem mirari satis non possum, D. Hotomannum, qui scribit, sæpe se tentasse, aliosque etiam artifices se peritiores adhibuisse, quo hanc Iustiniani ratiocinationem revocaret ad aliquam argumentationis formam, ex qua vera sententia eliceretur; sed non profeciisse hilum. Sic enim ille omnino existimat, in priore parte assumptionis Iustinianeæ, quæ hæc est, *nam in his agit, qui non possidet*, subaudiendum, *negatoria vero semper possessori datur*. Ut sit hæc collectio, *Negatoria semper datur possessori: In controversiis rerum corporalium semper agit is, qui non possidet. Quare in istis controversiis non est prodita actio negatoria.* Fatemur hujus syllogismi propositionem falsam esse: sed negamus, Iustinianum sic argumentari, aut in argumentatione ejus subaudiendum, quod Hotomannus existimat: rectam enim esse sine illo, abunde probavimus.

9 *Sane uno casu.*] Frustra sunt omnes, qui unum hunc casum aut adhuc quærunt, aut se invenisse putant: neque existimo, Iustinianum ad quærendum unum casum, quem tribus verbis indicare poterat, lectorem ablegare voluisse ad latissima volumina Pandectarum. Quare cum Donell. & VVesemb. legendum hoc loco arbitraret, *Sine non uno casu*, &c. veluti in probandis exceptionibus, aut si possessor fiducia causæ suæ ultro onus probandi in se suscepit, *leg. circa eum* 14. *leg. in exceptionibus* 19. *de prob.* & si qui sunt similes. Quod etiam verbis Iustiniani convenientius est: quippe qui non ait, possessorem rei corporalis aliquo casu agere aut actorem esse, sed partes actoris, id est, onus probandi sustinere. Id vero non uno casu, sed pluribus accidit. Denique hoc eodem modo locum hunc in quibusdam exemplaribus legi, testis est Æmylius Ferretus. Alii, *Sane hoc uno casu.* ἐν τινὶ ἢ μόνῳ πτώσει. Theoph.

TEXTUS.

4. *Sed istæ quidem actiones, quorum mentionem habuimus, & si quæ sunt similes, ex legitimis & civilibus causis descendunt. Aliæ autem sunt, quas prætor ex sua jurisdictione comparatas habet tam in rem, quam in personam: quas & ipsas necessarium est exemplis ostendere. Ut ecce, plerumque ita permittit prætor in rem agere, ut vel actor dicat se quasi usucepisse, quod non usuceperit: vel ex diverso possessor dicat, adversarium suum non usucepisse, quod usuceperit.*

NOTÆ.

4. SI QUÆ SUNT SIMILES.] Vel in rem, ut petitio hæreditatis, confessoria & negatoria de servitutibus aliis, quam quæ supra memoratæ; vel in personam, quæ innumeræ.

VEL EX DIVERSO POSSESSOR DICAT.] Non qui nunc possidet; sed qui olim possessor fuit Russardus, Cujac. Hotoman. *possessorem dicat adversarium suum*, &c. Sed quis ferat tam inepte affectatam in oratione prosa verborum trajectionem?

COMMENTARIUS.

1 *Divisionem hic propositam æque principalem esse, ac superiorem: & unde sumpta.*
2 *Legitimum quid proprie, & quid latius in usu juris.*
3 *Prudentum non fuisse, actiones dare.*
4 *Non omnes actiones, quæ edicto prætoris proponuntur, esse prætorias.*

INsinuatur hic alia actionum divisio, sumpta à causis efficientibus remotis, jure civili scilicet, & jure prætorio: quæ æque principalis est, atque 1

atque superior illa à causis proximis : nam omnes omnino actiones, sive in rem sint, sive in personam, aut civiles sunt, aut prætoriæ, quæ passim etiam honorariæ appellantur, *l. actionum* 25. §. *ult. de obl. & act.* Ad eundem modum atque ex iisdem causis dividuntur obligationes *sup. tit. de obl.* §. 1. quæ divisio in illo tractatu non ut hic, secundo, sed primo loco proponitur, & demum post eam altera à causis efficientibus proximis. Quippe in hujusmodi partitionibus parum refert, unde incipiantur.

Istæ actiones, quarum mentionem habuimus.] Palam est Iustinianum his verbis non intelligere genera ipsa actionum, quæ ante nominavit, sed certas species horum generum antea expressas, vid. vendicationem rei corporalis, & de servitutibus confessoriam & negatoriam. Actionum in personam speciem nullam expressit : itaque nec his verbis illarum aliqua significatur : sed contineri possunt iis, quæ proxime sequuntur.

Et si quæ sunt similes.] Similes sunt ex actionibus in rem, petitio hæreditatis, *l.* 1. 2. 3. *de hær. pet.* confessoria & negatoria de servitutibus aliis, quam quas supra commemoravit : ex actionibus in personam illæ, quæ eandem originem & causam remotam habent ; nimirum quæ competunt ex obligationibus jure constitutis aut approbatis : quæ cum innumeræ sint, supervacuum putavit, aliquas exempli causa proponere.

2 *Ex legitimis & civilibus causis.*] Legitimum proprie dicitur, quod ex lege, id est, ea parte juris, quæ proprie lex appellatur in divisione juris civilis, §. *lex est. sup. de jur. nat. gent.* Sed in usu juris latius accipi solet, ut eo nomine etiam id significetur, quod est ex aliqua parte juris civilis, quæ legis vim habet, pura plebiscitis, Senatusconsultis, constitutionibus Principum, *l.* 6. *de pact. l.* 7. *de cap. min. l.* 3. §. *pen. pro soc. l.* 14. §. *ult. de præs. verb. l.* 2. §. *ult. l.* 3. *unde legit.* Itaque actiones, quæ ex istis causis descendunt, omnes sunt civiles & legitimæ. Quod addit *& civilibus*, eo comprehendere voluisse videtur etiam actiones, quæ competunt ex obligationibus, quæ à jure civili præter confirmationem nihil habent, & nimirum quarum causæ eædem, quæ & obligationem, contractus scilicet juris gentium omnes, & quasi contractus, de quibus egit supra in argumento obligationum, *arg.* §. 1. *de obl.* Consulto inter causas actionum civiles non numeravi interpretationem prudentum : quippe ex qua parte juris nullæ unquam actiones datæ sunt, aut dari potuerunt. Neque enim prudentum fuit actionem constituere, sed an data esset lege, interpretari, & eam quæ
3 data erat, ostendere, *l.* 2. §. *deinde* 6. *& §. ita in civitate* 12. *de orig. jur.* A prudentibus quidem & tota ea pars juris civilis profecta est, quæ dicebatur legis actiones : cæterum ea non actionum constitutionem, sed ex actionibus constitutis agendi formulam, continebat, ut aperte declarat *Pompon. d. loc.* Hoc obiter monere volui propter eorum errorem, qui putant, eam fuisse auctoritatem prudentum, ut ipsi etiam ex causa aliqua actionem dare & constituere potuerint.

Ex sua jurisdictione.] Id est, ex suo edicto, ut passim alibi jurisdictio pro edicto, *l.* 1. § *pen. de postul. l.* 7. *de jurisd. & simil.* nam edictum pars erat jurisdictionis prætoriæ, *l.* 2. §. *eod.* 10. *de orig. jur.* Enimvero non est argumentum actionis prætoriæ, quod prætor dicat edicto suo *actionem dabo.* 4
Solebant enim prætores etiam actiones civiles edictis monitoriis proponere. Exemplo sit actio commodati, *l.* 1. *commod.* sed eæ duntaxat prætoriæ sunt, quas ipsi prætores ex jurisdictione sua introduxerunt : quod ab iis æquitate postulante ut plurimum factum est, cum actiones civiles deficerent.

Necessarium est exemplis ostendere.] Necessarium non absolute, sed cum adjuncto, si velimus id, quod dictum est, recte intelligere. Quanquam autem longe plures sunt actionum prætoriarum species, quam quæ à Iustiniano postea proferuntur : tamen ad rem, quam proposuit, declarandam, omnes recensere non existimavit necessarium.

Ut ecce.] Indicantur hic prætoriarum in rem actionum species duæ, Publiciana, & rescissoria, quæ postea latius & separatim suis singulæ paragraphis explicantur, §. 4. & 5.

Actor dicat, se quasi usucepisse.] Hæc intentio est Publicianæ : illud, quod sequitur, *vel dicat, adversarium suum non usucepisse*, pertinet ad rescissoriam. Illic igitur dominium quæsitum, quod revera quæsitum non est : hic contra fingitur retentum, quod revera juxta rationem juris civilis est amissum.

Ex diverso possessor dicat] Verbum *possessor* expungendum videtur : nam possessori nunquam ultro actio datur ; & constat, de actore in utroque exemplo hic agi : nisi possessorem interpretentur, non qui nunc possidet, sed qui olim possessor fuit. Utique id malim, quam cum Russard. Cujac. Hotom. pro *possessor*, *dicat adversarium suum*, &c. legere *possessorem*, *dicat adversarium suum non usucepisse.* Id est, dicat, possessorem eundemque adversarium suum non usucepisse. Quis enim ferre posset in oratione prosa tam inepte affectatam trajectionem verborum, tamque duram & inconcinnam constructionem ?

TEXTUS.

TEXTUS.

5. *Namque si cui ex justa causa res aliqua tradita sit (veluti ex causa emptionis, aut donationis, aut dotis, aut legatorum) & necdum ejus rei dominus effectus est; si is ejus rei possessionem casu amiserit, nullam habet in rem directam actionem ad eam persequendam: quippe ita prodita sunt jure civili actiones, ut quis dominium suum vendicet. Sed quia sane durum erat, eo casu deficere actionem, inventa est à Prætore actio, in qua dicit is, qui possessionem amisit, eam rem se usucepisse, quam usu non cepit, & ita vendicat suam esse. Qua actio Publiciana appellatur, quoniam primum à Publicio prætore in edicto proposita est.*

NOTÆ.

5. EX IUSTA CAUSA.] Ex qua re à vero domino tradita statim dominium in accipientem transiret. Cujus generis sunt illæ, quæ in textu. Plures indicantur *l.* 1. §. *ult. & aliquot ll. seqq. de publ. in rem. act.*

NECDUM DOMINUS EFFECTUS] Propterea quod rem à non domino acceptam nondum usucepit. Nam si res usucapta sit, actio honoraria ei necessaria non est, cum habeat civilem, *d. l.* 1. §. 1. quanquam si nihilominus honoraria agere sub qualitate bon. fid. possessoris malit, hoc ei permittendum. *Mynsing. n.* 28.

CASU AMISERIT.] Nam si facto & voluntate sua amisit, cui recuperandæ actionem non habet.

DIRECTAM ACTIONEM.] Id est, quæ jure civili prodita sit: nam jure civili in rem actio soli domino competit, *l.* 23. *de rei vind.*

DURUM ERAT.] Iniquum prætori visum extraneum quemlibet vel injustum possessorem potiorem esse eo, qui rem ex justa causa & bona fide nactus, ejus possessionem casu amisisset. Dixi *extraneum*, quia justi dominii exceptio merito Publicianæ objicitur, *l. pen. & ult. de publ. in rem act.* Cujac.

DICIT, &c. EAM REM SE USUCEPISSE.] Id est, vi ipsa hoc intendit. Neque enim expresse dicet se usucepisse, quod est falsum, & institutioni hujus actionis contrarium: sed dicet se rem, de qua agitur, bona fide, v. c. emisse à L. Titio & ab eo traditam bona fide accepisse, petere se, ut sibi restituatur, Old. pract. *act.* 3. *class.* 3.

COMMENTARIUS.

1 *Justa causa qua hic accipienda.*
2 *Cur ut Publiciana competat, necesse, sit rem traditam esse: & num aliquando ei competat, cui necdum tradita fuit.*
3 *An & de rebus incorporalibus. Ubi de bona fide, &c.*
4 *An Publiciana etiam vero domino detur, & an cum rei vendicatione cumulari possit.*
5 *Cur requiratur, ut amissa sit possessio & amissa casu.*
6 *Causa hujus actionis introducendæ.*
7 *Qua sit & qualis in hac actione petitoris intentio.*
8 *Adversus quem detur: quid ei obstet: tum quis ejus exitus.*

PRoponitur hic actio in rem Publiciana, sic dicta à prætore Publicio, qui primus eam introducit, ut hic in extremo refertur Iustinianus. Porro hæc distincte de hac actione complectitur; qua ex causa cui competat, quo jure introducta, & quæ causa ejus introducendæ, quid in ea actor intendat. Adversus quem competat, quod præcipue notandum erat, hic prætermissum est: quod tamen nos etiam breviter, explicatis cæteris, attingemus.

Si res aliqua.] Nempe aliena, ut est in edicto, *l.* 1 *hoc tit. de Publ. in rem. act.* Hic autem illud addi necesse non fuit, quia postea satis indicatur illis verbis, *& nec dum ejus rei dominus effectus est.* Quod non aliter contingit, quam si is, qui tradidit, dominus non fuit: alioqui enim traditione statim dominus efficeretur, qui accipit, § *per traditionem* 40. *sup. de rerum divis.*

Ex justa causa.] Iustam causam accipimus eam, 1
ex qua re à vero domino tradita statim dominium in accipientem transiret, *leg.* 13. *eod. in pr.* Quod intellectum ex eo, quod sequitur in edicto, *& nondum usucaptum petet, d. l.* 1. *eod.* Hæc enim verba declarant Publicianam proponi de eo, quod traditum in ea causa sit, ut usucapi possit: non potest autem res usucapi, nisi tradita sit ex iis causis, ex quibus dominium transferretur, si dominus esset, qui tradit. *Sup. de usucap. in pr.* Causæ pluribus indicantur *d. l.* 1. § *ult. & aliquot. ll. seqq.* Hic tantum exempli loco quatuor proferuntur, emptio, donatio, dos, legatum. Igitur nulla ex his causis precedente cessabit Publiciana. Sed quid si justo errore facti causa subesse putetur, quæ non sit, veluti si quis emerit à furioso, quem sanæ mentis putabat? Probarem distinctionem Accursii in *l.* 7. §. 2 *hoc tit.* ut ex hujusmodi emptione contra furiosum quidem ipsum eundemque venditorem Publiciana non detur, per. *l.* 2. §.

si à furioso 16. peo empt. detur tamen contra extraneum, *d.l.7.§.2.*

2 *Tradita fuerit.*] Ut Publiciana competat, exigitur ut res tradita sit, *d.l.1. d.l.7. §. pen. & ult. eod.* quod hanc rationem habet; quoniam ante quam res tradita est, nemo se dominum factum prætendere potest: cum non nudis conventionibus, sed traditionibus, dominia rerum transferantur, *l. traditionibus 20. C. de pact.* Cæterum hoc ad eas tantum species pertinet, in quibus ad dominium acquirendum traditione aut possessionis apprehensione opus est: nam quibus ex causis dominium adipiscimur etiam antequam possessionem nacti sumus, ex his etiam antea Publiciana experiri licet, ut diserte responsum est de eo, cui ex Trebelliano restituta est hæreditas, *l. 12. §. 1. hoc tit.* item de domino, cujus, servus, cum in fuga esset, rem à non domino emit, *l. si servus 15. eod.* quibus casibus cum usucapio procedere non possit, *l. sine 25. de usucap.* apparet, prætentionem dominii per usucapionem quæsiti non esse hujus actionis requisitum essentiale: ac proinde non esse perpetuum, quod quidam tradunt, Publiciana neminem agere posse, nisi qui sit in conditione usucapiendi, licet secus existimet D. Bachov. *disput. 3. de act. thes. 18.* Sed & hoc falsum esse existimo, quod unquam petitor hanc actionem instituens expresse intendat aut prætendat se usucepisse. De quo plusc ula inferius. Porro & de usu-
3 fructu & de servitutibus per traditionem constitutis Publiciana datur, *l. 11. §. 1. hoc tit.* In his autem pro traditione est usus ejus rei & servitutem constituentis patientia, *l. ult. de serv.* Plane, si quæ res sit, cujus alienatio aut usucapio jure est prohibita, de ea ne si ex justa causa tradita sit, Publiciana competit, *l. 9. §. pen. d.l. 12. §. 4. eod.* Etenim si tantum ideo res usucapi non potest, quia non possidetur adversus dominum, ut accidit in prædiis vectigalibus & superficiariis, potest huic actioni esse locus, *d.l. 12. §. 2. & 3.* Quid enim impedit, quominus possessor rei emphyteuticæ aut superficiei usucapiat adversus eum, qui tale jus constituturn habet. Azo *in summ. ad hunc tit. n. 15.* Illud etiam quanquam hic omissum est, exigitur, ut res accepta sit bona fide, id est, ut accipiens putaverit, eum, à quo accepit, dominium esse, aut jus transferendi habere, *l. bona 109. de verb. sign.* In emptore hoc amplius requiritur, ut & bona fide rem emerit, sicut & in usucapione, *l. 7. §. pen. & ult. hoc tit. l. 2. pr. pro empt.* de quo explicatum *sup. de usuc. in pr. Mynsing. hic, num. 25. Schneid. num. 41.*

Nec dum ejus rei dominus effectus.] Propterea quod rem à non domino acceptam nondum usucepit, *l. 1 §. 1. hoc tit.* Ulp. ait, si res usucapta sit, actorem habere actionem civilem, nec desiderare honorariam. Quid ego, si dominus, cum difficilis 4
esset, ut fere solet, dominii probatio, hac actione utimallet, quam rei vendicatione civili, licebitne id vero domino? Putarem licere, utique sub qualitate bonæ fidei possessoris, cum *Mynsing. n. 28. Oldendorp. class. §. action. 3.* Sed & ex quo usus fori cumulationem actionum admisit, eodem libello Publicianam cum rei vendicatione disjunctim proponi, & rem peti jure dominii vel quasi dominii posse, recte defenditur; cum hæ actiones affines magis sint aut diversæ, quam contrariæ: nam is, cui Publiciana competit, præsumptive dominus est, & falsum esse, quod remedia prætoria denegentur iis, quibus jure civili consultum est, ostendunt bonorum possessiones unde liberi, contra & secundum tabulas. Belle. *Bachov. disp. 3. de act. thes. 17. Gomez. Mynsing. & Schneid. hic, Gail. 1. obs. 62. num. 5.*

Possessionem casu amiserit.] Et amissam pos- 5
sessionem esse oportet, quoniam in rem actio nunquam ultro possidenti datur: quippe cui sufficit, quod possideat, *l. 1. §. pennlt. uti possid.* & amissam casu: nam qui facto & voluntate sua possessionem amisit, puta rem vendendo, permutando, & donando, ejus recuperandæ actionem non habet. Ex his, quæ hactenus dicta sunt, intelligi potest, qua ex causa cui Publiciana competat: nimirum competere agenti de re, quam ex justa causa sibi trad tam bona fide accepit, & cujus nondum dominus effectus possessionem casu amisit.

Nullam in rem directam.] Actionem directam hic vocat, quæ jure civili prodita est, ut appareat ex ratione subjecta, & oppositione Publicianæ, quæ inventa est à prætore. Quod non est novum; nam actiones honorariæ omnes, ad jus civile relatæ, utiles sunt, licet earum inter se oppositarum quædam directæ, quædam utiles dicantur, prout aut verbis edicti propositæ, aut per interpretationem & extensionem edicti introductæ. De quo pluribus disserui sub §. *ult. sup. de leg. Aquil.*

Durum erat eo casu deficere actionem.] Intro- 6
ducendæ hujus actionis causa fuit difficultas probandi dominii. Quippe quod non statim transit in eum, qui rem, licet ex justa causa sibi traditam, acceptit, nisi & is, qui tradidit, dominus fuit; quod perquam difficile probatu est: & tamen eo non probato, necesse est petitorem civili in rem actione experientem succumbere. Cum itaque prætori iniquum videretur, quemvis vel injustum possessorem potiorem esse eo, qui rem ex justa causa & bona fide nactus, ejus possessionem casu aliquo amisisset; ipse ex humanitate actionem introduxit, qua in hoc casu sub colore quodam dominii vinceret is, cui justa rei possessio semel

quæsita

quæsita esset, quamdiu in eo nulli alii fieret injuria. Hic intelligimus, & quo jure hæc actio introducta sit, & quæ ejus introducendæ fuerit causa.

7 *Eam rem se usucepisse.*] Hic indicatur, quid petitor hac actione intendat, nimirum se rem, quam petit, usucepisse. Quæ tamen intentio non ad verba exigenda est, sed ad effectum & sententiam verborum: quoniam sic agitur, quasi actor usucepisset. Nimirum non dicet actor expresse, se usucepisse, quod falsum est, & constitutioni hujus actionis contrarium: sed quod ad omnem actionem recte instituendam pertinet, causam actionis intentione sua complectetur. Dicet, se rem, de qua agitur, bona fide emisse à L. Titio, & ab eo traditam bona fide accepisse; petere se, ut sibi restituatur. Hoc autem qui dicit, vi ipsa intendere videtur, se usucepisse, quia idem petit, & jure prætorio consequitur, quod peteret & consequeretur jure civili, si rem usucepisset. In causis, ex quibus, & qui possessionem nondum nactus est, Publiciana agere potest, dicit actor, rem sibi à L. Titio legatam, aut eam in hæreditate L. Titij fuisse, quam aut ipse crevit, aut restituam sibi ex Senatusconsulto obtinet, *l.* 12. §. 1. *l.* 15. *hoc titul.* Quibus casibus cum Publicianæ locus sit usucapione non inchoata, dominium quasi usucapione quæsitum fingi aut prætendi non potest. Restat,
8 ut videamus, quod hic omissum est, adversus quem hæc actio detur. Datur Publiciana, ut cæteræ in rem actiones adversus possessorem: sed ita, nisi is possessor pari jure & æquitate nitatur. Itaque non datur Publiciana adversus eum, qui possidet justo titulo. In quo tamen hæc distinctio placuit, ut si duo rem emerint, siquidem ab eodem non domino, potior habeatur, cui priori res tradita est; utpote in quem prius translatum est jus omne, quod in re, qui tradidit, habuit; sin à diversis non dominis, melior sit causa possidentis, & juncta titulo possessio fortior ducenda titulo nudo, *l.* 9. §. *si duobus* 4. *hoc tit.* Quod si neuter possideat, & agatur contra tertium possessorem injustum, tuendus sit is, cui primum res tradita, sive ab eodem non domino emerint, sive ab alio atque alio quæ species est, quam tractat Neratius *leg. si ea* 31. §. *ultim. de action. empt.* ut recte censent vulgo DD. *Oldend. d. class* 3. *action.* 3. *Schneid. ad* §. *prec. num.* 28. *& seq.* late & subtiliter *Bachov. disput.* 3. *de act. thesib.* 21. *& 22.* De illo quæritur, an Publiciana detur contra eum, qui pro hærede possidet. Decisio quæstionis pendet ex eo, an is, qui pro hærede possidet, usucapere possit, nec ne: qua de re disputamus sub §. *diutina* 7. *sup. de usuc.* In universum autem justi dominii exceptio merito Publicianæ obstat. Quoniam semper plus juris in re sua habet dominus, quam quilibet, quantumvis justissimus possessor, qui dominus non sit, *l. penult. & ult. hoc tit.* Cæterum quæ vendicanti domino obsunt, quominus possessor ei rem restituere debeat, eadem & possidenti ac Publiciana convento obstabunt, quominus retineat, *l. si à Titio* 72. *de rei vend. si quis* 24. *de exc. rei iud. add. D. Donell. hic, num.* 15. Exitus hujus actionis idem, idemque in ea officium judicis circa rei & fructuum præstationem, cujusmodi hæc in rei vendicatione civili: de quo scripsimus ad §. 1. *sup.*

TEXTUS.

6. Rursus ex diverso, si quis cum reipublicæ causa abesset, vel in hostium potestate esset, rem ejus, qui in civitate esset, usuceperit, permittitur domino, si possessor reipublicæ causa abesse desierit, tunc intra annum rescissa usucapione eam rem petere, id est, ita petere, ut dicat, possessorem usu non cepisse, & ob id suam rem esse. Quod genus actionis quibusdã & aliis similibus æquitate motus prætor accommodat, sicut ex latiore Digestorum seu Pandectarum volumine intelligere licet.

NOTÆ.

6. REIPUBLICÆ CAUSA. Hoc exempli causa dictum accipe: nam in secunda clausula edicti, quæ hunc casum continet, Prætor non distinguit, qua ex causa quis abfuerit, necessariane aut probabili, an voluntaria, *l.* 21. §. 1. *ex quibus caus. maj.*

UT DICAT POSSESSOREM USU NON CEPISSE.] Hæc quoque actoris intentio non ad verba, sed ad vim effectumque verborum exigenda est, Mynsi. *num.* 1.

QUIBUSDAM ET ALIIS.] Absentibus scil. quorum res usucapta ab iis, qui in civitate manserunt, *l.* 1. §. 1. *d. t.* in prima clausula edicti. Sed hac parte iis duntaxat succurritur, quorum absentia aut necessaria fuit aut justa, *d. l.* 1. §. 1. *l.* 3. cum *seqq. l.* 36. §. *pen. & ult. & l.* 2. *ll seqq. eod.*

COMMENTARIUS.

1 *Actionem, qua hic proponitur, & rescissoria in specie dicitur, esse Publicianæ quodammodo contrariam.*

2 *Quibus ex causis hac actio à prætore detur: ejusque intendendæ causa.*

3 *Restitutio adversus eum, qui absens usucepit rem in civitate manentis: ubi & alia.*
4 *Quomodo accipiendum quod dicitur, contra non valentem agere præscriptio non currit.*
5 *Commentum esse quod de duplici judicio, rescindenti & rescissorio, interp. tradunt: ut & illud, quod de duplici tempore.*
6 *Actoris in actione rescissoria intentio.*
7 *Restitutio adversus eum, qui præsens rem absentis usucepit.*
8 *An ex sola causa ignorantia restitutio danda adversus usucapionem.*

HOc loco proponitur actio in rem prætoria, quæ in usu juris nostri specialiter, rescissoria appellatur, *l. nec non 28. §. ult. ex quib. ca. maj. l. ult. C. eod. l. nullo 24. C. de rei vend. l. ab hostibus 18. C. de postl. rev.* Nomen ex re inditum, quia per eam rescinditur, quod jure civili ratum est, *l. in honorariis 35. in fin. pr. de obl. & act.* Hæc actio superiori quodammodo contraria est: nam actione Publiciana agitur de re non usucapta, quam actor in effectu contendit usucaptam. Hic è converso de re usucapta, quam actor non usucaptam intendit. Illic loco domini habetur, qui dominium nondum acquisivit: hic pro non domino, qui revera dominus factus est jure civili. Pertinet huc edictum de restitutione majorum 25. annis, quod extat in *l. 1. quibus ex ca. mai.* qua parte scilicet prætor eos, quorum res usucapta est; certis ex causis in integrum se restituturum pol-
2 licetur. Causas duas edicto expressit, clausula edicti prima absentiam necessariam ejus, cujus res usucapta est; secunda absentiam qualemcunque ejus, qui usucepit. Postremo adjecit clausulam generalem, qua idem promittit quavis ex causa, quæ ipsi justa videbitur. Itaque duobus potissimum casibus majoribus contra usucapionem succurrit data actione rescissoria; si res absentis usucapta sit ab eo, qui in civitate mansit; si res in civitate manentis usucapta sit ab eo, qui abfuit. Quod posterius hic tantum tangitur: prioris autem partis, cujus & frequentior usus, & major utilitas, cognitio ex latiore Digestorum volumine peti jubetur. Introducendæ hujus actionis hanc causam prætor habuit, quod iniquum ei visum fuit, aut necessariam justamve absentiam nocere absenti, aut qualemcunque alterius absentiam nocere alteri, *l. item ait 21. d. titul.* Quæ porro ad vim & naturam hujus actionis pertinent, hic aut intacta, aut minus perspicua, indicata dices mox ex commentario.

Cum reipub. causa abfuit.] De eo, qui absens usucepit, ita loquitur Justinianus, quasi eum oporteat necessaria aliqua aut probabili de causa abfuisse: quod tamen secus esse, discimus ex edicto, cujus in secunda clausula, quæ hunc casum continet, prætor non distinguit, qua ex causa quis abfuerit, necessariane aut probabili, an plane voluntaria. Quod & diserte Ulp. notavit *l. item ait 21. §. 1. hoc tit. ex quib. ca. mai.* Et vero sine justissima quidem absentia prodest absenti ad usucapionem retinendam; absurdum sit ei prodesse absentiam plane voluntariam, malitiosam puta aut animi causa susceptam. Illud observandum est, tum demum ex hac parte edicti restitutionem dari, si defensor absentis non exstitit: nam si procurator fuit, aut amicus, qui se ultro defensioni obtulit, non debere eum inquietari: & hoc amplius, ne aliter quidem edicto in casu proposito locum esse, quam si aut amici absentis de defendendo eo interrogati defensionem non susceperint, aut nemo sit, qui interrogari potest, *d. l. item ait 21. §. pen. & l. seq. eod.* Novissime autem à Justiniano cautum, ut licet defensor absentis nullus existat, tamen integrum sit præsenti, usucapionem interrumpere, adito judice, & diligentia sua apud eum contestata, *l. 2. C. de annal. exc.*] Itaque ex hac parte edicti restitutio dari desiit.

In hostium potestate.] Ut hic procedat usucapio, ponendi termini habiles, nempe si servus aut filius ejus, qui captus est, rem ex causa peculiari teneant: hoc enim casu domini aut patris captivitas impedimento non est, quominus ea res usu acquiratur, *l. ait prætor 23. §. 3. hoc tit. l. justo 44. §. ult. de usuc.* Cæterum extra hanc causam captivus per servum aut filium possessionem acquirere non potest, ac proinde nec usucapere: sed possessio atque usucapio inchoata captivitate interrumpitur, in tantum ut nec postliminio restituatur, *leg. denique 19. hoc titul. l. si is 15 in pr. de usu cap.*

Usucceperit.] Potest igitur & absens usucapere rem præsentis, & ejus quidem, qui contra absentem agere non potuit, *l. item ait 21. §. 1. & deinceps. l. seq. hoc t.* Atqui vulgo traditur, contra eum, 4
qui agere non potest, præscriptionem non currere, *l. 1. in fin. C. de annal. exc. l. in rebus 30. vers. omnis, C. de jur. dot l. 1. in fin. C. de bon. matern.* Respondent interpretes, distinguendum esse inter impedimentum juris & facti. Iuris quidem impedimentum efficere, ne præscriptio currat aut impleatur. Exempla in *d. l. 1. C. de ann. exc. d. l. in rebus, C. de jur. dot. l. 7. §. 4. C. de præscr. 30. ann.* Facti vero, quale est, quod hic objicitur, non item. Itaque opus esse restitutione: & recte: quippe rationi consentaneum est, ut ubi jus ipsum impedimentum agendi objicit, ibi quoque sistatur cursus usucapionis ipso jure, at singulorum factorum, quæ idem impedimentum afferunt, rationem habere jus non potest.

Permittitur domino.] Veteri scilicet, cujus res jure

ure civili usucapta est. Hunc dominum vocat, vel respectu præteriti temporis, vel potius, quia à prætore rescindente usucapionem adhuc pro domino habetur.

Intra annum rescissa usucapione] Actio hæc, licet rei persecutoria sit, anno tamen eam finiri placuit, quia contra jus civile datur, *l. in honorariis* 35. *in fin. pr. de obl. & action.* Annum intellige utilem, *l.* 1. §. 1. *hoc titul. l. ab hostibus* 18. *C. de postl. rev* pro quo tamen Iustinianus substituit quadriennium continuum, *l. ult. C. de temp. in int. rest.* Quod autem ait, permitti domino rescissa usucapione rem petere, & Paulus, *d. leg.* 35. hanc actionem dari rescissa usucapione, id non sic intelligendum est, quasi duplici judicio hæc res expediatur, decretumque aliquod antecedat, quo prætor rescindat usucapionem, ac tum demum hanc actionem det, quia petatur res restitui. Sed ideo hoc dicitur? Quia prætor, dum hanc actionem concedit, simul ut ipsa usucapionem rescindit: quoniam permittit veteri domino sic agere, ut petat rem sibi à possessore restitui, perinde ac si nulla usucapio intervenisset, *l.* 1. §. 1. *l. sed etsi.* 26. *si feria.* 7. *l. nec non*, 28. §. *penult. hoc tit. l. ult. C. eodem l. nullo.* 24. *C. de rei vendic.* Quibus ex locis manifestè apparet, rescissionem usucapionis in ipsa datione actionis consistere, prætoremque dici restituere, cum actionem rescissoriam petenti concedit: ac proinde uno simplicique judicio rem totam explicari, *facil.* 9. §. 3. & 4. *quod met. ca. l.* 1. §. 1. *de dol. l.* 2. §. 1. *de cap. minut. l.* 1. *de alien. jud. mut. ca. l. ult. ad SC. Vellei.* Hoc & Gomezius *hic n.* 8. & *ult.* odoratus est: sed explicare non potuit, aut solidè confutare communem DD. opinionem, secundum quam duplex judicium hic necessarium, unum rescindens, alterum rescissorium; ac proinde & duplex libellus, duplex litis contestatio, & duplex pronuntiatio, decretum scilicet magistratus, quo rescindatur usucapio, & sententia judicis, quo res restitui jubeatur. *Pet. de Bellap. ert. lo. Fab. Inf. Z. cf. Mynf. Schneid. hic. Odd. de restit. quæst.* 33. *art* 2. *Maurit. de restit. c.* 4. Quæ opinio erronea est, & à ratione juris nostri valde aliena, ut ex iis, quæ modo diximus, perspicuè patet: in foro tamen recepta, ut sic utrumque remedium cumulari, id est, eadem utrumque opera peti & obtineri soleat, *Odd. part.* 1. *q.* 33. *art.* 5. *Mynf.* 2. *obs.* 25. *Oldend. class* 5. *action.* 8. Error hic natus videtur ex ignorantia ordinis judiciarij, qui apud veteres fuit; ubi quidem in omnibus fere actionibus occurrebat species quædam duplicis judicij, dum quædam apud prætorem seu magistratum tractabantur, quædam apud judices datos: Cæteroquin revera unum tantum erat judicium: ideoque unus tantum libellus, una litis contestatio, una sententia desiderabatur. Nempe apud prætorem non instituebatur judicium, sed à prætore constituebatur, data actione & judice, qui de re cognosceret: unde nec illa, quæ apud prætorem fiebant, in judicio fieri dicebantur, sed in jure: de quo fusius ad *pr. hujus tit.* Præcedens error secum traxit & alium de duplici tempore; uno, intra quod utendum sit remedio rescindenti: altero, intra quod petenda & instituenda actio rescissoria. Illud volunt; intentari posse intra quadriennium continuum, hanc finiri anno utili. Donellus, perpetuam esse. Sed ut una & simplex hic est actio, ita & unum tempus, intra quod ea peti & institui debet, annus olim utilis, nunc quadriennium continuum, computandum à tempore, quo absens reversus est. Illud singulare, quod hoc tempus etiam finiendæ actioni constitutum est, *l. ult. C. hoc tit. junct. l. ult. §. ult. C. de tempore integ. rest.* 5

Ut dicat, possessorem usu non cepisse.] His verbis significatur actoris in hac actione intentio. Ut autem id actione præcedenti, ita hic quoque intentio non ad verba, sed ad vim effectumque verborum erigenda est, quoniam sic agitur, ut effectu res usucapta non videatur. Puta non dicet petitor, possessorem rem, quæ petitur, usu non cepisse; quod & apertè falsum est, & perinde quasi negaret, adversarium dominum esse: cujusmodi formulæ in rerum corporalium vindicatione proditæ non sunt, §. 2. *sup. eod.* sed causam exprimet, ex qua actio ei jure constituta sit: dicet, adversarium absentem rem usucepisse, cum ipse interea ejus nomine agere cum vellet, & usucapionem interrumpere, non potuerit. Itaque petere se, ut sibi restituantur. Prætorem quoque verisimile est verba edicti secutum hoc modo judicium concepisse: *Si paret. eam rem qua de agitur, à possessore absente per statutum tempus possessam esse, cum interea petitor ejus nomine agere cum conaretur, non potuerit, tum si ea res petitori non restituatur, possessor damnetur.* 6

Quibusdam & aliis.] Veluti absenti, cujus res usucapta sit ab eo, qui in civitate mansit: quæ causa restitutionis prima parte edicti expressa est: & sola nunc etiam utilis, cum ex causa superiore jure novo restitutio non detur, *leg.* 2. *C. de annal. exc.* Non omnibus vero absentibus hac parte succurritur, sed iis duntaxat, quorum absentia aut necessaria fuit, *l.* 1. §. 1. *in pr. l.* 3. *cum seqq. l. rei-pub.* 36. *l. non vere.* 42. *hoc tit.* aut voluntaria quidem, sed justa & probabilis, qualis est studiorum causa, & similes. Hoc ex generali & postrema edicti clausula, *l. sed & si.* 26. §. *pen. & ultimi. cum duabus ll. seqq.* Illud tamen inter hæc interest, quod in necessaria & repentina absentia non nocet, quod quis procuratorem domi non reliquerit; in voluntaria aut ante prævisa absenti non 7

ſuccurritur, niſi procuratorem reliquerit, iſque procurator non egerit; aut interim defectus ſit, *d. l. 26. §. ult. l. nec non. 28. in pr. eodem.* Quippe priore caſu nihil eſt quod abſentibus imputetur: poſteriore objici eis poteſt, quod de rebus ſuis componendis antr diſceſſum potuerint & debuerint cogitare, *d. l. 26. § 1.* Hoc eodem edicto ſuccurritur & creditoribus; qui actionem ex his cauſis amiſerunt, *d. l. 1. § 1. l. Julian. 17. §. 1. l. ſi quis 41. eod.* ſed hoc caſu actio reſtitutoria in perſonam eſt.

8 *Simili æquitate motus.*] Quæſitum hic eſt, an ſola ignorantia juſta & ſufficiens cauſa ſit, ob quam ex poſtrema edicti clauſula danda ſit reſtitutio adverſus uſucapionem aut præſcriptionem. Ego puto non eſſe, *arg. l. ult. in fin.* ibi: *nulla ignorantia vel ſcientia expectanda. C. de præſc. long. temp. l. 3. & 4. C. de præſ. 30. ann. l. unic. C. de uſuc. transf.* Nam cum ſufficiens tempus præſtitutum ſit intra quod quiſque in res ſuas inquirat, eaſque ſibi aſſerat, poſt illud tempus reſtitui poſtulans ex ſola cauſa ignorantiæ, id eſt, ea quæ conjuncta eſt cum deſidia & negligentia, audiri non debet. Denique ſi ex hoc ſolo capite reſtitutio admittatur, jus de uſucapionibus & præſcriptionibus conſtitutum non aſſequitur finem ſuum, nunquam finis erit litium, ſemper dominia in incerto, contra *leg. 1. de uſucap. Vveſembec. parat. hoc tit. n. 10. Pinell in auth. niſi triennale. C. de bon. mat. diſſ. comment. DD. Covar. in c. p. ſſ. ſſor. de reg. jur. in 6. pag. 3. §. 3. Gail. 2. obſerv. 19.* de præſcriptione tamen 40. annorum adhuc contenditur: videſis *And. Fachin. 1. contr. 69. Ant. Fabr. Codic. ſuo tit. ſi adverſ. uſuc. & tit. de temp. in int. reſtit. Pinell. in d. aut. n. 58.*

TEXTUS.

7. Item ſi quis in fraudem creditorum rem ſuam alicui tradiderit, bonis ejus à creditoribus poſſeſſis ex ſententia præſidis, permittitur ipſis creditoribus reſciſſa traditione eam petere, id eſt, dicere eam rem traditam non eſſe, & ob id in bonis debitoris manſiſſe.

NOTÆ.

7. IN FRAUDEM CREDITORUM.] Et eventum fraus habuerit *leg. 10. §. 1. l. 15. qua in fraud. cred.* & ſimul is, qui accepit, fraudis conſcius fuerit, *leg. 1. l. 6. §. 8. eod.* In cauſis tamen lucrativis etiam in eum, qui fraudem ignoravit, hanc actionem dari placet, quatenus locupletior factus eſt, *d. l. 6. §. 11.*

BONIS POSSESSIS.] Nam Pauliana actio demum competit poſt miſſionem, in poſſeſſionem, excuſſionem, &c. *l. pen. C. eod.* Schneid. *n. 59.*

RESCISSA TRADITIONE.] Unde tam actionem Paulianam, quæ reſciſſoria eſt traditionis, quam ſuperiorem illam uſucapionis reſciſſoriam actionem in rem eſſe, & ad exemplum vindicationis dari, contendunt Cujac. & Fabror.

DICERE REM TRADITAM NON ESSE.] Non diſertè ac nominatim: ſed effectu intendere, ut ſupra.

COMMENTARIUS.

1 *Agi hic de actione, qua Pauliana dicitur; licet ea non in rem, ſed in perſonam ſit.*
2 *In perſonam eſſe, multis argumentis evincitur.*
3 *Dari hanc actionem creditoribus, ſive ante ſive poſt miſſionem in bona, res in fraudem eorum alienata ſit: interdum & in rem competere: qua tamen huc non pertineat.*
4 *Qua concurrere debeant, ut Pauliana ſit locus.*
5 *Verbum edicti*, Quod fraudationis, &c. *explicatio.*
6 *Edictum non pertinere ad eos, qui id agunt, ne acquirant, ubi quædam notabilia.*
7 *Quando primum creditores Pauliana experiri poſſint. D. Ioan. Dekker. notatus.*
8 *Qualis hic ſit reſciſſio & reſtitutio.*
9 *Intentio creditorum in actione Pauliana.*
10 *Dari hanc actionem intra annum utilem, qua primum experiundi poteſtas fuit.*

TErtia ſpecies actionis prætoriæ hic proponi- 1
tur, Pauliana dicta, quæ datur creditoribus ad revocanda ea, quæ in fraudem eorum alienata ſunt, *l. videamus 38. §. in Faviana 4. de uſur.* atque huc pertinent *tit. ff. qua in fraud. cred. & C. de rev. his, qua in fraud. cred.* Hanc autem actionem Gloſſa & plerique interpretes non in rem; ſed in perſonam eſſe opinantur; hic autem exponi inter prætorias in rem, & ſubjici reſciſſoriæ tantum propter ſimilitudinem, quam cum illa habet, quod uti per illam uſucapio, ita per hanc traditio reſcindatur, atque ita utraque contra jus civile detur. Quod ego veriſſimum puto: & Theophilum arbitror, qui Paulianam hic nominat, ſed eam in rem eſſe dicit, deceptum à Triboniano inconſiderate, & tantum ob ſimilitudinem, quam dixi, hanc etiam explicante inter actiones in rem. Etenim in rem eam non eſſe, primum ex eo vin- 2
citur; quod creditores non vendicant, aut intendunt, rem ſuam eſſe, ut in actionibus ſupetioribus: ſed aiunt, rem in bonis debitoris manſiſſe, quorum poſſeſſio eis data eſt. Deinde ex eo quoque, quoniam cum actionis in rem proprium

prium sit, ut sequatur ejus rei possessorem, quamvis cum actore nihil contraxerit, aut nihil in eum deliquerit; si quis autem non possidet, non teneatur, *l. actionum 25. de oblig. & act.* utrumque contra est in actione Pauliana: nam & is, qui possidet, quod in fraudem creditorum alienatum est, hac actione non tenetur, nisi & fraudis particeps fuerit, aut rem ex lucrativa causa acceperit, *l. 1. l. is qui. 9. & l. seq. hoc tit. l. pen. C. eod.* ut hic non sola possessio, sed aliud factum possessoris spectetur. Et è converso, qui non possidet, nec dolo malo desiit possidere, tenetur. Datur enim hæc actio non solum hæredi, sed etiam in hæredem similesque personas, & qua tales, *d. l. 10. §. ultim.* quod non minus, quam prius illud, à natura actionis in rem abhorret, quæ rem semper sequitur, & propter rem ejus possessorem, *l. 2. C. si un. ex plur. hared.* Cum itaque in rem non sit, relinquitur, ut sit in personam, §. 1. *sup. eod. d. l. actionum de oblig. & act.* Et hoc verum esse vel ex hoc uno intelligimus, quod hæc eadem actio in factum passim appellatur. *d. l. 10. l. 14 hoc tit. l. pen. C. eod.* quo nomine quæ appellantur, omnes in personam sunt, vid. *Bachov. disp. 3. de action. thes. ult.* Accedit exemplum actionis Favianæ, quam non in rem, sed in personam esse diserte testatur Ulp. *l. 1. §. hac actio. 26. si quid in fraud. patron.* Erit igitur & Pauliana in personam; cum utraque ex eadem causa detur; Faviana, si quid in fraudem patroni: Pauliana, si quid in fraudem creditorum alienatum sit. Sed quid verbis opus est? Iurisconsultus in *l. videamus 38. §. in Faviana. 4. de usur.* palam inter actiones, quæ in personam sunt etiam Paulianam numerat. Nam cum initio proposuisset videndum, quando in actionibus in personam etiam fructus veniant, mox variis ejus generis exemplis adductis inter cæteras in personam actiones Paulianam quoque, per quam quæ in fraudem creditorum alienata sunt, revocantur *d. §. 4.* recenset, & quidem conjunctim cum Faviana, quam in personam esse constat. At inquies, si Pauliana in personam est, erit etiam ex obligatione, §. 1. *sup. eod.* Unde ergo obligatio? Ex maleficio, inquam, & ejus nimirum, cum quo agitur, sive is fraudis particeps fuit, sive non fuit. Nam & qui ab initio dolo caret, improbè facit, si, postquam cognovit, rem in
3 fraudem creditorum alienatam esse, eam tamen, & tantum lucri sui causa, retinere tentet, per *leg. metum. 9. §. ult. l. item si 14. §. 3. quod met. caus.* Frustra se fatigat Bachov. *hic & disp. 3. de act. thes.* pen. dum probare conatur, actionem Paulianam in rem actionem esse: add. *Don. hic num. 3. & seqq. Ant. Fab. com. 16.* Illud hic notandum est, quod actio Pauliana competat, sive quid alienatum sit in fraudem creditorum, antequam creditores in bona mitterentur; sive alienatio facta sit, postquam jam in possessionem bonorum debitoris missi sunt, quorum quidem prius negat D. Ioan. Deckher. 1. *diss. 10. n. 27.* Sed perspicuè refellitur per *l. 25. & l. 17. §. 1. hoc tit.* Posteriore autem casu evenire potest, ut etiam in rem actio creditoribus competat pignoris persequendi gratia. Nam si creditores in possessionem jussu magistratus missi etiam in possessionem venerint, constituitur creditoribus in bonis debitoris pignus, quod in usu juris dicitur prætorium, *l. non est mirum 26. §. 1. de pign. act. leg. ult. C de prat. pign.* cujus pignoris, si creditor fortè possessionem amiserit, persequendi causa actionem in rem & olim habuit, & nunc habet: olim certo jure, si possessionem sine culpa sua casu aliquo amisisset; nunc etiam, etsi culpa sua possessione cecidit, *d. l. ult. C. de prat. pign.* Verbum hæc actio huc non pertinet, ut putat D. Donellus; quippe qua agenti necesse non est dicere rem in bonis debitoris mansisse: nam alienatio non extinguit jus pignoris. *l. distractis 14. & l. seq. C. de pign.* Sed neque species est Paulianæ, ut quidam putaverunt, quia datur adversus quemcumque possessorem: sed est species quasi Servianæ seu hypothecariæ, *per d. l. ult. C. de prat. pign. & arg. l. 9. hoc tit.* nam in casu illic proposito possessionem jure pignoris avocantem secundus emptor non excluderet, cum tamen excludat agentem Pauliana.

In fraudem creditorum.] Ut hæc actio ex edicto competat, requiritur, ut quid alienatum sit in 4
fraudem creditorum. In fraudem autem alienatum hic accipimus, si & animum fraudandi debitor, & eventum fraus habuerit; nam si alterutrum desit, & vel propositum fraudandi nullum fuerit, quod putaverit debitor, se solvendo esse, vel creditores re ipsa & eventu fraudati non sint, huic actioni non est locus, *l. ait prætor 10. §. 1. l. si quis 15. hoc tit.* Hoc amplius cessat hæc actio & revocatio, nisi & is, qui accepit, fraudis conscius fuerit, *l. 1. l. 6. §. hoc edictum 8. d. l. ait prætor. §. 2. eod.* Cæterum hoc sic acceptum est, si quis rem accepit ex causa onerosa: nam in causis lucrativis placuit detrahi mentionem scientiæ, & hactenus utique in eum, qui fraudem ignorans accepit, actionem dari, quatenus locupletior factus est, *l. 6. §. simili modo 11. eod. l. pen. C. eod.* Plane, qui debitam pecuniam recipit antequam bona debitoris possiderentur, quantumvis non ignorans, cum solvendo non esse, in hoc edictum non incidit; quia sibi vigilavit, *d. l. 6. §. apud Labeonem 6. & seq.* Porro quando & quatenus solutum uni ex creditoribus ab aliis potiori vel æquali jure nitentibus revocari possit, & de sententia *l. pen. hoc tit. l. 6. §. 2. de reb. auct. jud. poss.* aliarumque eodem pertinentium, vid. *Bart. in d. l. pen.*

Ptt,

Pet.Fab.ad l. generaliter.78. de reg. jur. Ant.Fab. 2. cons. 14. Gail. 2. obs. 25. n. 14. & seqq.

Alicui tradiderit.] Edictum generalibus verbis conceptum est, *Quæ fraudationis causa gesta erunt, &c.* quæ verba latissimè patent, continentque quidquid quocumque modo fraudis causa factum est. Itaque qualecumque id fuerit, hac in factum actione revocatur, sive rem alienaverit debitor; puta vendiderit, donaverit, pro derelicto habuerit, usucapi passus sit, usumfructum aut servitutem non utendo amiserit; sive acceptilatione aut pacto debitorem liberaverit, aut data opera ad judicium non adfuerit, vel litem mori passus sit, vel à debitore non petiit, ut tempore liberaretur. Sed & si pignora liberavit, vel quem alium in fraudem creditorum præposuit, vel ei exceptionem præbuit, aut se obligavit fraudandorum creditorum causa, vel quocumque denique modo aliquid fecit, ut desineret habere, quod habebat, ad hoc edictum pertinet, *l. 1. num. 4 seqq. l. 10. si cum 12. & seqq. l. 14.* & passim deinceps, *hoc tit.* 6 Plane ille in ea causa non est, ut edicto locum faciat, qui id agit, ne acquirat, quod acquirere potest, puta qui legatum aut hæreditatem sibi delatam repudiat: nam edictum ad eos pertinet, qui quid de bonis suis deminuunt, non qui id agunt, ne locupletentur, *l. 6. pr. §. 1. & aliquot seqq. eod. l. non fraudantur. 134 de reg. jur. fac. l. 5. §. 13. & seq. de don. int. vir. & ux. D. Diod. Tulden. in C. hoc tit. num. 4.* Late & eleganter *D. Vvesemb. cons. 17. n. 42. & seqq.* Atque hinc est, quod nec suus hæres se abstinens edicto locum facit, *l. 3. C. hoc tit.* multoque minus præteritus aut exhæredatus, qui non queritur de inofficioso, aut non agit ad supplementum legitimæ, per *l. 1. § sed si. 8. si quid in fraud. patr.* An ad legitimam petendam filius cogi possit, dubitatur; sed verius est compelli non posse, *arg. d. l. 6. § 2. l. patrem. 19. hoc tit. d. l. 1. §. sed si 8 si quid in fraud. patr. Io. Gutier. in repet. cap. quamvis 2. de pact. in 6. n. 24.*

Bonorum eius possessis.] Id est, postquam creditores à magistratu in possessionem bonorum debitoris 7 missi sunt. Nam hæc actio demum competit post possessionem, excussionem & distractionem bonorum; nec aliter, quam si ex bonis distractis creditoribus satisfieri nequeat, *l. pen. C. hoc tit.* de quo fusè *Schneid. n. 59. & seqq.* Sententiam hujus loci corrumpit. D. Ioan. Deckherus *ubi supra.* Nam vitiosè planè & per fallaciam compositionis & divisionis hæc textus verba *bonis eius possessis*, ita accepit, ac si significarent, pro iis demum bonis revocandis hanc actionem competere, quæ debitor alienavit, postquam jam bona possessa erant, & hinc probat Paulianam non competere de rebus ante missionem in bona alienatis. Perperam inquam, quoniam verba ista non ad tempus factæ alienationis, sed intentandæ hujus actionis referenda sunt: per *l. si quis 15. l. omnes 17. §. 1. hoc tit. junct. l. pen. C. eod.*

Ipsis creditoribus.] Plerumque curator bonorum hic constitui solet, *tit. de cur. bon. dand.* cui tum hæc actio exercenda datur, *l. 1. hoc tit.*

Rescissa traditione.] Sic intelligo, ut § *prac.* dictum est, vi ipsa restitutionis in integrum & judicii constituti. Rescinduntur autem hac in factum actione & in pristinum statum restituuntur omnia, quæ in fraudem creditorum facta sunt, perinde ac si nihil eorum factum esset. Itaque non dominia solum revocantur & res ipsæ, verum etiam obligationes, actiones, fructus, accessiones, cæteraque commoda restituuntur, quæ creditores habuissent, si nulla alienatio aut liberatio interveniisset, *l. 1. §. 1. l. ait. prater. 10. §. per hanc 19. & 3. seqq. l. hac in factum 14. l. omnes 17. l. ult. §. non solum 4. hoc titul. leg. videamus §. in Faviana 4. de usur.* 8

Dicere, traditam non esse.] Non diserte ac nominatim, quasi his ipsis verbis formula intentionis concipienda: sed dicere & intendere effectu & rebus ipsis, ut in actionibus superioribus. Sic enim hic agunt creditores, quasi revera res nunquam tradita sit. Adversus quos hæc actio detur, satis ex iis, quæ superius dicta sunt, intelligitur. Ex sententia Venulei etiam adversus ipsum fraudatorem datur, *l. ult. §. ult. hoc tit.* Datur intra annum, *l. 1. l. 10. eod.* nimirum quia velut superior illa contra jus civile introducta est, vel quia naturam actionis pœnalis habet. Post annum tamen de eo adhuc competit, quod ad eum pervenit, adversus quem actio movetur, *d. l. 10. § pen.* Annum intelligimus utilem, quo primum experiundi potestas fuit, *d. l. 12. in pr.* Itaque annus hujus actionis computabitur ex die venditionis bonorum, factæ scilicet à creditoribus decreto magistratus, *leg. 6. §. ult. d. l. 10. §. annus 18. eod.* Ante enim agi non potest, & non valenti agere præscriptio non currit, *l. 1. §. ult. C. de annal. exc. Ioan. Fab. n. 17. Mynsi. n. 63. Schneid. n. 83.* Inconsiderate igitur nonnulli textus istos retulerunt ad diem alienationis factæ à debitore, inter quos & D. VVesemb. *par. hoc tit. n. 12.* 9 10

TEXTUS.

8. Item Serviana & quasi Serviana (quæ etiam hypothecaria vocatur) ex ipsius prætoris jurisdictione substantiam capiunt. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quæ pignoris jure pro mercedibus fundi ei tenentur. Quasi Serviana autem est, quæ

creditores

creditores pignora hypothecasve persequuntur. Inter pignus autem & hypothecam (quantum ad actionem hypothecariam attinet) nihil interest: nam de qua re inter creditorem & debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur. Sed in aliis differentia est. Nam pignoris appellatione eam propriè rem contineri dicimus, quæ simul etiam traditur creditori, maximè si mobilis sit. At eam, quæ sine traditione nuda conventione tenetur, propriè hypothecæ appellatione contineri dicimus.

NOTÆ.

8. QUÆ ETIAM HYPOTHECARIA] Ab hac actione toto genere differt actio, quæ pigneratitia propriè dicitur; utpote quæ non in rem, sed in personam est; non prætoria, sed civilis, competens debitori adversus creditorem obligatum ex contractu ad pignus, quod accepit, soluto debito restituendum, §. *ult. sup. quib. mod. re contr.*

QUÆ PIGNORIS IURE] Scil. tum ea, de quibus nominatim convenit, ut pro mercede fundi essent obligata, §. 3. *in fin. inf. de interdict.* tum fructus in fundo conducto nascentes; quæ tacitè intelliguntur pignori esse domino fundi, *l.* 7. *in quib. caus. pign. tac.* In prædiis quidem urbanis eo jure utimur, ut etiam invecta & illata ab inquilino citra conventionem pignori sint: in rusticis autem prædiis contra observatur, *leg.* 4. *d. t. l.* 4. *de pact.*

CREDITORES PIGNORA HYPOTHECASVE] Reliquas res pignori obligatas: & in quovis genere pignoris locum habet.

NIHIL INTEREST] Effectu juris non differunt: diverso & discrepante sono idem significant, *l.* 5. §. 1. *de pign.* Actio hypothecaria tam de pignore, quam de hypotheca intenditur.

QUÆ SIMUL TRADITUR, &c.] *l.* 9. §. 2. *de pign. act. l.* 238. §. 1. *de verb. sign.* quam differentiam etiam Græci ponunt inter ἐνέχυρα & ὑπόθηκα.

COMMENTARIVS.

1 *Causa introducendæ actionis hypothecariæ.*
2 *Qualis sit hæc actio, quibus, adversus quos, quo exitu detur.*
3 *Quarum rerum probatio creditori pignus persequenti incumbat.*
4 *Necesse non esse ut creditor probet, rem in dominio debitoris fuisse. dummodo probet fuisse in bonis ejus.*
5 *Differentia juris veteris & novi circa hanc actionem, quando alius, quam debitor, pignus possidet: tum quid hic juris apud Batavos.*
6 *Nomina Serviana & quasi Serviana unde: Hypothecaria nomen commune: differt à pigneratitia.*
7 *Edictum quibus verbis à Servio conceptum.*
8 *Quares coloni pro mercede pignoris iure teneantur.*
9 *In vecta & illata in prædium urbanum tacitè pignori esse: in rusticum importata pignori non esse, nisi id expressè convenerit.*
10 *Actioni hypothecariæ locum esse in omni genere pignoris. Constitutio Caroli V ann.* 1529.
11 *Inter pignus & hypothecam nihil interesse, quantum ad actionem hypothecariam: nisi fortè in eo, quod cautum Nov.* 4. *c.* 2.
12 *Inter pignus & hypothecam quid propriè interfit secundum usum iuris. Veteres pro hypotheco verbo Latino* fiducia *usos videri.*

AD extremum proponitur hic actio in rem de pignore, quæ item jure honorario utilitatis causa comparata est, *l. si tibi* 17. §. 2. *de pact.* Nam jure civili nulla actione consulebatur iis, quibus res debitorum obligatæ erant, cum possessio earum apud alium esse cœpisset. Hoc igitur cum prætori Servio durum videretur, ipse actionem de pignore seu hypotheca quibusdam in causis introduxit, quæ postmodum eadem æquitate suadente prudentum interpretatione producta est etiam ad alias causas & species pignoris. Actio hæc in rem est, *l. pignoris* 17. *de pign. l. pignoris* 18. *C. eod.* constituta creditoribus pignoris persequendi causa, ut hic declaratur. Vnde intelligimus, competere eam adversus omnes, qui pignus possident, aut dolo malo possidere desierunt, *l. si fundus* 16. §. *in vendicatione* 3. *de pign.* Exitus actionis hic, ut qui convenitur, necesse habeat, aut creditoribus agentibus solvere, aut rem, de qua agitur, restituere: alioqui quanti ea res est, condemnatur, *d. l. si fundus*, § 3. Duo autem creditori pignus persequenti probanda sunt 1. se jus pignoris in re, de qua agitur, habere. 2. possessionem ejus rei esse penes eum, qui convenitur. Ad primum quod attinet, si creditor cum ipso debitore experiatur, sufficit ei ad fundandum jus pignoris probare, quod debitor possideat: quoniam inter contrahentes ipsos etiam alienæ rei pignus consistit, neque debitor quæstionem dominij referre potest, per *l. in rem alienam.* 41. *in fin. de pign. act.* Si vero, agatur contra tertium possessorem, probandum est, rem in bonis debitoris fuisse, aut in casu generalis hypothecæ, postea ad eum prevenisse, *l. & quæ nondum* 15. §. 1. *de*

depign. Nec interest, possessor causam habeat, an non habeat; & cum habet, utrum lucrativa sit, an onerosa. Nam jus pignoris non fundatur, nisi res fuerit in bonis debitoris: cumque hypotheca propriè titulum non præbeat, & creditor jure debitoris nitatur, oportet creditorem potentiori 4 jure munitum esse quam possessorem. Illud probare necesse non est, debitorem rei dominum fuisse, sed quemadmodum dixi, fuisse, in ejus bonis, seu justo titulo & bona fide ab eo possessam: quoniam quo probato succumberet possessor debitore agente Publiciana, eo probato etiam succumbere debet creditore agente hypothecaria, arg. *l. si ab eo. 18. de pign.* Hæc fusius tractantur à *Io. Fab. Angel. Iaf. Zas. Schneid. ad hunc* §. *Cyn. & Salic. ad l. cum res C. si res alien. pign. Negus. de p. 8. memb. 3. n. 6. & seqq.* Secundum expeditum est; quippe hoc omnium actionum in rem est proprium, ut eo tempore, quo moventur, ad litem 5 fundandam reum possidere oporteat. Olim si alius, quam debitor, pignus possidebat, non tenebatur creditor ipsum prius debitorem personali actione convenire, & sic deinde illo non solvente demum pignus à possessore persequi: sed in arbitrio creditoris erat, adversus utrum prius experiretur, *l. distractis 14. l. persecutione 14. C. de pignor. l. ult. C. de obl. & act.* Tantum hoc requirebatur, ut si debitor præsens esset, prius denuntiationibus conveniretur, id est, legitimè interpellaretur, ut solveret, ac tum illo non solvente ad possessorem pignoris veniretur, *l. 10. C. d. tit.* Iustinianus autem à creditoribus plus exegit, constituit enim, ut si debitores præsentes sint, non tantum denuntiationibus conveniantur, sed etiam judicio, nec prius ad pignorum possessores perveniatur, quam excussis debitoris, & fidejussorum, si qui sint, facultatibus. *Nov 4. c. 2. unde auth sed hodie. C. de obl. & act. & auth. hoc si debitor C. de pign.* Id iam olim in fisco pignus legale vendicante humanitatis causa placuerat, *l. Moschis 47. de iure fisc.* ad cujus exemplum in conventionali pignore idem caviisse videtur Iustinianus. Quod si debitor aut hæres ejus pignus possideat, tum adhuc nullus ordo servatur, & liberum etiamnum creditori est, omissa actione personali pignus persequi, *d. Nov. 4. c. 3. vers. contra principales, l. persecutione junct. pr. auth seq. hoc si debitor. C. de pign.* & secundum hoc sæpè à supremis Curiis judicatum testatur *Christin. v. l. 4. decis. 51. n. 9. & seq.* Apud nos jus vetus reductum placito anni 1564. quo expressè derogatur *d. Nov. 4 cap. 2. & d. auth. hoc si debitor.* Potest itaque hodie creditor vi istius placiti statim tertium possessorem convenire, & pignus persequi, omisso debitore principali ejusque fidejussoribus, nec prius facultates eorum excutere tenetur, *vid. dec. 4 Cur. Holland.*

Serviana & quasi Serviana, quæ etiam hypothecaria] Duplex igitur de pignore in rem actio est 6 Serviana, dicta ab auctore eadem analogia, qua Publiciana; & quasi Serviana, sic dicta, quia ad exemplum Servianæ introducta est; unde & utilis Serviana dicitur, *l. 1. inpr. & §. 2. de pign. l. 1. C. de precar.* Hæc eadem, ut hic traditur, etiam hypothecaria appellatur, à re scilicet & nomine communi: quod nomen etiam Servianæ competit: sed cum hæc nomen proprium haberet, illa, quod commune est, sibi proprium fecit. Nonnunquam tamen appellatione Servianæ & quasi Serviana seu hypothecaria omnis significatur, *l. 3. l. si ab. eo. 18. de pign. l. si creditor 28. de pign. action l. ult. C. de oblig. & act.* Ab actione hypothecaria toto genere differt actio quæ pigneratitia propriè dicitur, utpote quæ non in rem, sed in personam est, nec creditori competit, sed debitori adversus ipsum creditorem, ex contractu obligatum ad pignus, quod accepit, soluto debito restituendum; de qua *ff. & Cod. de pign. act. §. ult. sup. quib. mod. re cont. obl.* Abusivè tamen veteres quandoque hypothecariam quoque pigneratitiam vocant, ut observare licet *l. 9. in fin. quib. mod. pign. solv. l. rem alienam. 41. de pign. act. l. 3. §. 3. ad exhib. l. 13. de cond. ind. l. duobus 19. de exc. rei jud.* & aliis locis: vid. nostra ad *d. §. ult.*

Et prætoris jurisdictione] Atqui quasi Serviana à prætore introducta non est, sed Iurisconsultorum ingeniis excogitata & instituta ad exemplum ejus, quæ à prætore comparata & in edicto proposita fuit. Respondemus, etiam eas actiones, quæ ad imitationem edicti à prudentibus compositæ sunt, prætorias censeri, propterea quod causam & initium à jurisdictione prætoris acceperunt.

De rebus coloni] Dubium non est, quin ea actio de pignore, quæ verbis edicti proposita fuit, Serviana propriè vocetur. Unde existimare licet, 7 prætorem nominatim tantum de rebus colonorū, pro mercede locationis obligatis, locutum, edictumque ad hunc modum conceptum fuisse; *Quod à colonis oppigneratum mercedis causa ad alterum pervenerit, ejus rei creditoribus actionem dabo.* De rebus inquilini similiter obligatis actio verbis edicti proposita non fuit: itaque cum de his rebus agimus, non propriè Serviana experimur, sed quasi Serviana, quæ est ex edicti productione.

Quæ pignoris jure pro mercedibus] Relativum 8 *quæ* hic non demonstrat, sed distinguit: quippe hac adjectione non illud significatur, res omnes coloni pro mercede fundi locatori esse obligatas, sed de his, quæ obligatæ sunt, Servianam competere. Iam autem constat, non omnes res coloni pro mercede pignoris jure teneri; sed primum fructus in fundo conducto nascentes; qui quidem etiam tacitè citra ullam conventionem pignori

pignori esse intelligantur, *l.7. in quib. caus. pign. tac. l.3. C. eod.* Deinde ea, & sola, de quibus nominatim convenit, ut pignori essent, §. *adipiscendæ 3. in fin. inf. de interdict.* nam nec invecta, inducta, aut illata in prædium rusticum, aliter pignori sunt fundi domino, quam si expressa conventio intercesserit, *ll. 4. & d. l. 7. d. tit. l. 5. C. eod.* Qua in re distat conductio prædii urbani à conductione rustici: nam in urbanum prædium illata placet pignori esse locatori, etiamsi nihil nominatim convenerit, *l. 4. de pact. & d. l. 4. in quib. caus. pignor. tac.* Cujus differentiæ ratio si quæratur, ea sumenda est ex moribus populi Romani. Solebant in prædiis rusticis nata pro mercede obligari, in urbanis invecta, *l. si servus 61. §. locavi. 8. de furt.* quod autem erat in more positum, ut alias sæpe, in jus paulatim transiit, & pro dicto habitum est, sicubi dictum non esset. Scio, veteres interpretes aliter sentire, atque arbitrari, etiam in inductis atque illatis in prædium rusticum tacitè sive citra pactionem expressam pignus pro mercede constitui, si modo voluntate seu scientia domini illata sint, quod nec ipsum in illatis in urbanum prædium exigatur. Laudant in hanc sententiam constitutionem Alexandri, quæ extat in *l. 5 C. de locat.* Sed merito hæc sententia à recentioribus rejecta est, nihilque eam juvat d. Alexandri constitutio, qua sola nititur. Nam voluntatis nomine in ea constitutione adsignificatur expressa coventio, quemadmodum etiam in *l. Pomponius 5. §. 1. in quib. ca. pign. tac.* Quorsum enim exigamus, ut voluntate domini illata sint, nisi simul ut pignori essent, pactio aliqua inter eum & colonum interposita fuerit? Sed & voluntate domini illata sic rectè accipi possunt, si dominus locaverit fundum hac lege, ut aliqua in eum fundum inferrentur. Qui autem hanc legem locationi dixit, vi ipsa & per consequentiam pactus esse intelligitur, ut quæ ex pactione importarentur, pignoris loco teneantur. Ita ferme. *Connan. 4. comm. 16. Fort. Garz. ad d. l. 5. Duar. Cujac. ad leg. 4. de pact. Don. de pign. c. 4. Bach. l. de pign. c. 11. D. Tulden. in tit. C. in quib. ca. pign. tac. n. 3. Christ. vol. 3. dec. 110. & vol. 4. dec. 155.*

9

10 *Qua creditores pignora persequuntur.*] Quasi serviana seu hypothecaria datur de reliquis rebus pignori obligatis: & in quovis genere pignoris locum habet. Itaque competit non tantum de pignore conventionali, sed etiam de legali: quale verbi causa habent pupilli & adolescentes in bonis tutorum & curatorum, *l. pro officio. 20. C. de adm. tut.* fiscus in bonis debitorum fisci, *l. 1. l. 2. C. in quib. ca. pign. tac.* uxor in rebus mariti in causa dotis, *l. un. §. 1. C. de rei ux. act.* legatarii in rebus hæreditariis, *l. 1. C. comm. de legat.* item de pignore prætorio & judiciali, *l. 2. C. de prat. pign.* item de eo, quod testamento constitutum est, *leg. non est mirum 26. de pign. act.* denique & de pignore tacito, *l. 4. l. 7. in quib. ca pign. tac. l. 4. de pact.*

Inter pignus & hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam.] Inter pignus & hypothecam tantum nominis sonus differt, ait Marcian. *l. 5. §. 1. de pign.* id est, diverso & discrepante sono idem significant. Addit hic Imp. *quantum ad actionem hypothecariam attinet*, quod etiam sensisse Marcianum arguit inscriptio *d. l. 5.* quæ est, Ad formulam hypothecariam. Quorsum hæc restrictio pertineat, mox indicatur.

Inter creditorem & debitorem convenit.] Additum hoc exempli causa; multa enim sunt genera pignorum, quæ constituuntur sine conventione, ut jam intellexerimus. In conventionali pignore hoc jure in toto Belgio utimur, ut nullum prædium speciali hypotheca affici queat, nisi coram magistratu & judice, sub cujus jurisdictione situm, pignus constituatur scriptura in fidem rei gestæ confecta, juxta placitum Caroli quanti ann 1529. *Io. Deckher. lib. 1. diff. 10. n. 34. add. art. 35. Ordin. Polit.* aut si feudale sit prædium, coram Paribus Curiæ, *Neostad. de feud. c. ult. n. 26. Grot. lib. 2. introd. c. 42.* Plane ad constituendam generalem hypothecam sufficit, coram quovis hujus regionis judice bona sua apud acta publica obligasse, *d. art. 35. Grot. d. lib. 2. c. 48.*

Utraque hac appellatione continetur.] Sensus est, Quæcumque res sit, sive mobilis, sive immobilis, sive tradita, sive non tradita, quæ pro debito obligata est, ea utroque hoc nomine, pignoris videlicet & hypothecæ, promiscuè in actione hypothecaria designari solet. Quippe quæ actio, & si quod commodum ei adhæret, creditori competit, tam pro pignore propriè dicto, cujus scilicet amissa sit possessio, quam pro hypotheca; ita ut effectu juris non differant. Ex hoc dictum est ab Ulpiano, pignus contrahi non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi traditum non est, *l. 1. de pign. act.* Sane quod novissimo jure constitutum est, ut debitor prius conveniatur & facultates ejus excutiantur, & sic demum, si repertum sit, debitorem non esse solvendo, ad pignoris possessionem perveniatur; *Nov. 4. cap. 2.* id plerique putant tantum locum habere in hypotheca, non in pignore propriè dicto, cujus scilicet possessio ab initio ex conventione penes creditorem fuit, & postea fortè amissa: sed hoc casu adhuc statim & recta possessionem pignoris avocari posse: quæ sententia non caret ratione. *N gus. de pign. part. 8. memb. 1. n. 18.*

11

Pignoris appellatione eam propriè rem &c.] Si significationem & proprietatem verborum spectamus aut potius usum juris, inter pignus & hypothecam hoc interest, quod pignus propriè dicitur,

cum simul res traditur creditori, Græcis ἐνέχυρον, & præsertim si sit mobilis: hypotheca autem cum res sine traditione nuda conventione obligationi subjicitur. In pignore id nostri sumpserunt à notatione & origine verbi, utpote quod dictum sit à pugno, ut sit res, quæ traditur manu, ac velut pugno: *l. plebs 238. §. 1. de verb. sign.* Unde maxime id dicitur de re mobili, in quam solum cadit, ut manu capiatur: sed propter traditionem translatum ad res omnes etiam immobiles, quarum possessio itidem creditori tradita sit. Hypotheca autem verbum Græcum est, quod posterior ætas usu Latinum fecit, dictum παρὰ τὸ ὑποτίθεσθαι, quod est *supponere*, id est, *pignori opponere, fiduciare*: ut appareat, verbum generale esse, eoque significari utramque speciem rerum pignori oppositarum, tam quæ traditæ sunt, quam quæ non sunt traditæ. Sed quod in aliis innumeris accidit, ut modo generis, modo speciei ei generi subjectæ significationem habeant, id etiam fit in verbo hypothecæ, quod cum per se generale sit, tamen plerumque ad certam speciem contrahitur, ut ea appellatione intelligatur species pignori contraria, id est, res quæ sine traditione nuda conventione tenetur, & maximè immobilis: idque intelligi necesse est, quoties hypotheca à pignore distinguitur. Hæc verborum differentia etiam traditur in *l. si rem. 9. §. proprie. 2. de pign. act.* Veteres Consulti verbo *hypotheca* usi non videntur, sed Latino *fiducia*. Cujus rei argumentum est, quod in iis, quæ manum Triboniani elapsa ad nos pervenerunt, ubi de materia pignoris agitur, nusquam nomen hypothecæ occurrat, sed fiduciæ duntaxat, ut videre est apud Paulum in libris receptarum sententiarum, *lib. 1. tit. 9. lib. 2. tit. 5. lib. 3. tit. 6. de legat. lib. 5. tit. 26. in fin.* sicut nec actionis hypothecatiæ ullibi in his mentio extat, sed fiduciariæ; judicii & actionis fiduciæ tantum: ut apud eundem Paul. *d. lib. 2. tit. 13.* Modestinus apud Licinium Ruffinum *in coll. at. leg. Mosai. & Rom. tit. de depos.* *Sed & in cæteris quoque partibus juris ista regula* (de culpa præstanda) *custoditur*: *sic enim & in fiducia judicio, & in actione rei uxoriæ & dolus & culpa deducitur*, &c. Papinianus apud eundem *tit. de atroc. injur.* *Per hominem liberum noxæ deditum si tantum, acquisitum sit, quantum damnum dedit, manumittere cogendus est à Prætore, qui noxæ deditum accepit, sed fiducia judicio non tenetur.* Fuit vero & hoc ipsum fiduciæ verbum generale, eoque tam pignus, id est, ἐνέχυρον, quam ὑποθήκη, significabatur. Cic. *in Topic.* *Si tutor fidem præstare debet, si socius, si cui mandaris, si qui fiduciam accepit, debet & procurator.* Paul. *d. tit. 13.* *Debitor distractis fiduciis, à creditore de superfluo adversus eum habet actionem.* Sed usus item speciale fecerat, contrahendique ad obligationem immobilium, Paul. *d. lib. 2. tit. de modo, id est, spatio: Hæredibus debitoris adversus creditorem, qui pignora vel fiducias distraxit, nulla actio datur*, &c. Idem alibi: *Rem legatam testator si postea pignori vel fiduciæ dederit*, &c. id est, pignori vel hypothecæ. Hæc & Clariss. Salmas. *lib. de mod. usur. c. 14.*

TEXTUS.

9. *In personam quoque actiones ex sua jurisdictione proposuit prætor, veluti de pecunia constituta: cui similis videbatur receptitia. Sed ex nostra constitutione (cum & si quid plenius habebat, hoc in actionem pecuniæ constitutæ transfusum est) & ea quasi supervacua jussa est cum sua auctoritate à nostris legibus recedere. Item prætor proposuit actionem de peculio servorum, filiorumque familiarum; & eam, per quam quæritur, an actor juraverit; & alias complures.*

NOTÆ.

9. RECEPTITIA.] Hæc actio civilis erat verbis solemnibus composita, & tantum in argentarios dabatur; cæterum de re quacumque etiam ante non debita: actio autem constitutoria, quæ honoraria est, dabatur contra omnes quidem, qui constituissent; sed tantum de rebus, quæ ponderе, numero mensura constant; & non nisi debito constituto, *l. 2. C. de const. pec.* ad Salmas. *de mod. usur. cap. 16.*

IN ACTIONEM PECUNIÆ CONSTITUTÆ.] Actionis receptitiæ vis omnis à Justiniano transfusa est in constitutoriam, excepto eo, quod non constituitur nisi debitum, etsi recipiebatur & non debitum, *d. l. 2.*

COMMENTARIVS.

1 *Recipere quid: actio receptitia.*
2 *Actionis receptitiæ & constitutoriæ discrimina: & præcipua causa.*

HActenus actiones prætoriæ in rem: subjiciuntur deinceps, ut erat propositum, ejusdem originis actiones in personam. Actionum prætoriarum in personam quædam velut ex contractu & negotio gesto proficiscuntur, quædam ex maleficio, aut quasi ex maleficio; ac utriusque

generis

generis multæ & variæ sunt species causis efficientibus proximis distinctæ : neque enim hoc loco omnes, sed paucæ tantum proponuntur, exempli videlicet gratia : ac primum velut ex contractu hæ tres, de constituta pecunia, de peculio, ex iureiurando.

1 *Cui similis videbatur receptitia*] Actioni de pecunia constituta similis fuit vetus actio receptitia, sic dicta à verbo *recipere*, quod inter alia significat in se aliquid suscipere & polliceri. nam passim apud Classicos actores invenies, *recipere in se, ad se*, & simpliciter *recipere*, dictum pro aliquid facturum promittere, & videtur majorem etiam vim hoc verbum habuisse, quam *promittere* Cicero Licinio Crasso ; *Velim existimes, me ea, quæ tibi promitto, ac recipio, sanctissime esse observaturum.* Hæc autem receptitia actio tantum ad trapezitas sive mensarios aut argentarios pertinebat, apud quos, ut tum moris erat, pecuniæ & res civium Romanorum deponebantur. Itaque si mensarius citra stipulationem recepisset, se certo die soluturum, quod hic vel ille apud se deposuisset, hoc conventionis genus receptum dicebatur, & actio, quæ ex ea re competebat, receptitia sive pecuniæ receptæ.

2 *Nostra constitutione*] Extat in *leg. 2. C. de const. pec.* Quantum autem ex hac constitutione Iustiniani intelligere licet, hæc inter actionem receptitiam & constitutoriam discrimina fuerunt: illa civilis erat, verbis solemnibus composita, hæc prætoria : illa tantum contra argentarios dabatur, hæc contra omnes, qui constituissent : in illam etiam veniebat, quod non erat debitum, in hanc non nisi debitum : illa in quibuscunque rebus, hæc in iis tantum, quæ pondere, numero, & mensura constant, locum habebat, in quibus & consistebat mutuum. Cujus differentiæ hanc fuisse causam putat eruditissimus Salmasius *lib. de mod. usur. cap. 16.* quod olim mensarij auctionibus præerant, preria rerum venditarum colligebant, ac redigebant : apud eos cujusque generis res deponebantur, quia publicæ fidei erant quasi sequestres. Idcirco & promittebant, sic soluturos aut reddituros pro aliis res quascunque mobiles vel immobiles. Cæterum Iustinianus sublata receptitia, unam esse voluit actionem adversus omnes constituentes, & de omnibus rebus constitutis, eam, quæ de pecunia constituta appellatur, quod & ad agendum esset commodior, & verbum *pecunia* omnibus rebus conveniret, *l. pecunia 178. de verb. sign.*

Si quid plenius Hoc tamen excepto, quod non constituitur, nisi debitum, ersi olim in receptitiam veniebat & quod non fuerat debitum, *d. l. 2. C. de const. pecun.*

Et alias complures] Cujusmodi sunt, quod jussu, exercitoria, institutoria, tributoria, de in rem verso: quæ etiam explicantur *tit. proximo.*

TEXTVS.

10. *De constituta autem pecunia cum omnibus agitur, quicunque vel pro se, vel pro alio soluturos se constituerint ; nulla scilicet stipulatione interposita. Nam alioqui si stipulanti promiserint, jure civili tenentur.*

COMMENTARIVS.

1 *Actionis de pecunia constituta introducta causa.*
2 *Singulare in hac actione.*
3 *Quibus ex causis hac actione teneantur.*
4 *Constituti & fidejussionis convenientia & dissimilitudo.*

ACtio de pecunia constituta edicto prætoris introducta est ex hac causa, si quis nudo pacto constituerit, se soluturum, quod ante debitum fuit, *l. 1. § 1. de const. pec. l. 2. C. eod.* Ex hac causa jure civili actio non competit : quippe quo jure ex nuda conventione, quantumvis geminata aut obligationis antecedentis confirmandæ gratia interposita, actio non datur. Prætor autem constituta ex consensu facta custodienda putavit, motus naturali æquitate : quoniam ut Ulpianus ait *d. l. 1. in pr. grave est fidem fallere.* Grave scilicet in hac specie maxime, ubi quod jam ex aliqua præcedenti causa debetur, nova conventione stabilitur ac confirmatur : nam nisi debitum sit, quod constituitur, prætor actionem non dat. Illud in hac actione, ut singulare observandum est, quod ea edicto proponitur non statim, sed sub conditione, si appareat, eum, qui constituit, neque soluere, neque fecisse, neque per actorem stetisse, quominus fieret, quod constitutum est, *l. si duo 16. §. 1. & seq. l. sed & si 17. & l. seq. de pec. constit.* Ex quo simul intelligimus non admitti actionem actori, si moram fecerit in accipiendo ; quod ratio juris civilis non patitur ; sed ei ab initio nec datam videri, si per eum steterit constituti die, quominus oblatum acciperet. Nimirum prætori novam actionem præter regulam juris inducenti visum est, eam sic proponere, ut quam mitissime cum reo ageretur, & quæcunque culpa posset actori in accipiendo objici, ne actio daretur.

Pro se vel pro alio] Is solus actione constitutæ pecuniæ tenetur, qui quod ante debitum fuit, constituit, *l. 1. §. 1.* & passim deinceps, *l. 5. §. 2. l. item illa 18. §. 1. hoc tit. de pec. const.* Aquo autem debi

debitum sit, utrum ab eo, qui constituit, an ab alio, nihil interest, *d.l.* 5. § 2. *l.* 2. *C. eod.* Sed nec illud refert, qua ex causa, quove jure debitum sit, dum aut utiliter peti possit, aut naturaliter debeatur, *l.* 1. §. *debitum* 6. & *deinceps*, *l.* 3. §. 1. *eod.* Hoc amplius, etsi quis constituit alii, quam creditori modo, pecunia debita sit, valebit constitutum; nihil enim prætor adjecit. *d.l.* 5. §. 2. Postremo & aliud, quam quod debetur, constitui potest, & quod debetur, constitui citeriore die, aut alio loco, quam quo dari oportet, *d.l.* 1. §. *an potest* 5. *l.* 4. *l.* 5. *in pr. eod.* Id quod sub conditione debetur, sive pure sive in diem constituatur, eadem conditione suspenditur, ut existente conditione valeat, deficiente utrumque pereat. Sed is, qui pure debet, si sub conditione constituat, in hunc esse utilem, id est, efficacem actionem, Pomponius censuit, *l. id quod* 19. *p.* & §. 1. *eod.*

Nulla stipulatione interposita.] Actioni constitutoriæ tunc locus est, cum quis nudo pacto se soluturum constituit. Nam si stipulatio intervenerit, actio honoraria non desideratur, cum sit civilis ex stipulatu. Illud sciendum est, constitutum priorem obligationem non innovare, sed ei accedere, eumque etiam, pro quo alius constituit, adhuc obligatum manere, *l. ubi quis* 28. *eod.* Quæ species constituti multa habet cum fidejussione communia. Veluti quod liberato priore seu principali debitore, liberetur & pecuniæ constitutæ reus, *l. in omnibus* 43. *de solut.* quod ei beneficium ordinis & excussionis non minus, quam fidejussor tributum est. *Nov.* 4. *cap.* 1. & si plures sint pecuniæ pro alio constitutæ rei, quod his etiam competit beneficium divisionis, *l. ult. C. hoc tit.* Cæterum & in multis discrepant: nam constitutum nudo pacto perficitur, fidejussio stipulationem requirit: constitui potest etiam aliud, quam quod debetur, & alii, quam creditori; & quod ulteriore die debetur, constitui citeriore. Quorum nihil admittit fidejussio, ut docuimus *sup. de fidejuss. sub* §. *fidejussores* 5. quo loco etiam monuimus, hodiernis moribus constitutum à fidejussione vix discerni posse, sublata videlicet pacti & stipulationis differentia. Olim quoque apud Græcos, qui stipulationum firmamenta pactionibus suis non adhibeant, nullum hac in parte discrimen fuit inter ἀντ. φάναι & ἐγγυᾶν communem.

TEXTUS.

11. *Actiones autem de peculio ideo adversus patrem dominumve comparavit prætor, quia licet ex contractu filiorum servorumve ipso jure non teneantur, æquum tamen est, peculio tenus (quod veluti patrimonium est filiorum filiarumque, item servorum) condemnari eos.*

NOTÆ.

11. QUIA LICET EX CONTRACTU.] Consulto additum ad removenda maleficia, ex quibus de peculio non datur, *l.* 5 8. *de reg. jur.*

IPSO JURE NON TENEANTUR.] Filiusfam. patrem civiliter non obligat, nec servus dominum, *l.* 8. *de resc. vend. l.* 8. §. *ult. de accept.*

VELUTI PATRIMONIUM] *l.* 32. *in fin. pr. de pecul.* Peculium autem filiifam. hic profectitium tantum accipimus, *l.* 18. *in fin. de castr. pec. l.* 6. & *l. ult. C. de bon. quæ lib.*

COMMENTARIVS.

1 *Causa introducendæ actionis de peculio.*
2 *Hanc actionem non in rem, sed in personam esse.*
3 *An actio de peculio, quæ adversus patrem datur, specie differat ab ea, qua tenetur filius.*
4 *Cujus peculii nomine pater ex contractu filii recte conveniatur.*
5 *Actione de peculio non consumi obligationem, quæ cum filio aut servo contracta.*
6 *Ex delictis actionem de peculio non dari.*
7 *Causæ, ex quibus servus dominum, filius patrem de peculio non obligant.*

ETiam actiones, quæ de peculio ex contractu filiifa. aut servi adversus patrem aut dominum dantur, sunt actiones in personam prætoriæ. Nam jure civili nemo ex alterius contractu obligatur, *l.* 1. *C. ne ux. pro maris l.* 1. *C. ne fil. pro patr. l. pen. C. quod cum eo qui al. pot.* Sed prætori æquum visum est, ex contractu servi aut filii patrem & dominum, ad quos emolumentum contractus pertinet, saltem hactenus obligari, quatenus causa contrahendi, id est, peculium, filio aut servo concessum pateretur: ne scilicet qui bona fide cum servis & filiis contraherent, quos peculium habere scirent, circumvenirentur. Nam pater & dominus hoc ipso quod peculium filiis & servis concedunt, de eo se tacite obligare videntur, & simul servo & filio etiam jus contrahendi pro modo & quantitate peculii concedere, *argum. l.* 1. §. *item* 5. *de acquir. poss. l.* 1. *si à par. quis man.* ut proinde qui cum servo aut filio contrahit, etiam dominii & patris personam spectare, & eorum quoque fidem quodammodo sequi videatur. Porro ut hic locus ostendit, actio de peculio non est actio in rem, sed in personam. Quippe quæ non nascitur ex ullo jure, quod quis in re habet;

habet, sed ex obligatione, uti passim legimus dominum & patrem de peculio obligari, Obligantur autem non ex persona; sed ex persona servorum & filiorum, propter eam causam, quam modo allegavimus. Plane in hoc actio de peculio naturam actionum in rem imitatur, quod peculium ea sequitur, veluti si servus cum peculio alienatus sit, *l. & ancillarum 27. §. 2. de pecul.* actionis enim in personam natura hæc est, ut semper adversus eundem locum habeat. *l. actionum 25. de obl. & act.* Cæterum hoc ideo placuit, quia prætor propter peculium dominum teneri voluit, & tantum peculio tenus.

Actiones] Utitur numero multitudinis, quia tot sunt actiones de peculio, quot sunt rationes contrahendi, ut actio ex empto de peculio, ex vendito de peculio, mandati, commodati, depositi, &c.
3 de peculio. Quæsitum autem est, an actio, quæ de peculio adversus patrem datur, sit diversa ab ea, quæ contra filium competit, ut quemadmodum duo hic sunt debitores, *l. si quis 44. de pecul.* ita & duæ sint distinctæ actiones; an vero una sit eademque actio. Et certum est, numero quidem hasce actiones differre: at non videntur differre specie, sed actio de peculio cum altera illa esse eadem specie actio, novam saltem qualitatem habens. Etenim actio de peculio non est propria aliqua actio, sed alterius actionis, puta mandati, depositi, ex empto, adjectio; prorsus ut actio noxalis non est propria actio specie distincta ab ea, quæ directo ex delicto competit, sed tantum actionis ex delicto adjectio; quanquam novam habet qualitatem, *vid. inf. tit. 8.*

De peculio] Peculium servi simplex est & unius generis, totum in domini, à quo profectum est, potestate: unde & sine exceptione dominus de peculio tenetur. Peculium vero filiifam. multiplex & non unius naturæ. Genera eius singula distincte exposita sunt *sub tit. 9. lib. 2.* Ex ea autem
4 distinctione intelligere licet, patrem non de omni peculio recte conveniri, sed de profectitio tantum, quod solum totum in potestate habet. Et quidem de castrensi aut quasi castrensi ideo pater non cogitur actionem de peculio pati, quia in hoc genere peculij pater ius nullum habet, sed ipse filius locum ac ius patris fa. in eo obtinet, *l. ex castrensi 8. in fin. de castr. pecul. l. 30. C. eod. l. 2. de sen. Mac.* De peculio adventitio olim quidem similiter ut de profectitio in patrem actio competebat: sed postquam Iustinianus adventitij peculij proprietatem filio concessit, & pater tantum usufructuarius huius peculij & legitimus administrator factus est, desiit ex contractu filij de hoc peculio conveniri posse, *l. 6. & l. ult. C. de bon. qua lib.* multo minus igitur conveniri poterit eo casu, quo filius plenam peculij adventitij proprietatem habet Costalius post *Bartol. in l. 1. de pecul. Christ. vol. 3. decis. 35. n. 1.*

Adversus patrem & dominum] Ita ut nihilominus salva maneat obligatio, quæ cum filio aut 5
servo contracta est. Quæ res hanc vim habet, ut si cum patre actum sit, adhuc civilis actio contra filium supersit, *l. si quis 44. de pecul.* si cum domino, servus adhuc naturaliter obligatus maneat hoc effectu, ut & fidejussor eius obligationis accipi possit, & pecunia à manumisso soluta non repetatur, *l. eo tempore 50. § 2. eod. l. 14. de obl. & act.* Itaque quod dicitur, in *dict. leg. si quis*, cum qui cum filiofa. contrahit, duos habere debitores, filium in solidum, & patrem de peculio, idem de eo quoque, qui cum servo contraxit, dici potest, nimirum etiam hunc duos habere debitores, dominum de peculio, servum in solidum: sed hoc interest, quod cum filio etiam agi potest, cum servo non potest: qua de causa Iurisconsultus in *d. l. si quis*, filiifam. tantum meminit. Illud per se planum est, pro est, quod actor à patre aut domino actione de peculio consecutus est, minui filij & servi obligationem: ut & illud, si filius conventus pecunia alicunde quæsita solverit, etiam patrem liberari.

Ex contractu] Additum hoc consulto ad re- 6
movenda maleficia & quasi maleficia: nam ex delictis causisque pœnalibus actio de peculio non datur, *l. 1. §. si filius fam. 7. de his qui deiec. l. ex pœnalibus 38. de reg. jur.* Cui non obstat, quod filio ex pœnali causa convento & in certam summam condemnato, pater tenetur actione iudicati de peculio. Nam hic pater non convenitur ex delicto filij, sed velut ex contractu. Quippe etiam iudicio cum filio contrahitur, sicut stipulatione, *l. 3. §. idem scribit 11. de pecul.* Sed nec ulla alia actione ex delicto filij pater conveniri potest: dominus autem ex delicto servi alia tenetur, nempe actione noxali, *inf. tit 8.* Cæterum verbo contractus & quasi contractum hic intelligere debemus, puta tutelam, negotia à filiofam. aut servo gesta, quorum nomine etiam de peculio adversus patrem & dominum actio est, *l. ex facto 52. de pecul. l. 14. de neg. gest. l. ex contractibus 49. de obl. & act. l. 1. C. quod cum ea.* Neque hoc novum est, ut quasi contractus absolute contractus vocetur, *l. sed etsi 16. de neg. gest. l. ult. in quib. ca. pign. tac. d. l. ex contractibus, de obl. & act.* Illud obiter notandum, esse quosdam contractus & causas, ex quibus servus & filiusf. dominum aut patrem de peculio non obligant. Dominum placet non teneri ex his quatuor; si servus fidejusserit; si liberum se mentitus iudicium susceperit; si compromiserit; si jusjurandum detulerit *l. 3. §. si filius fa. 5. & §. si servus 8. cum seq. l. 5. §. 2. de pecul.* Pater autem ex una tantum causa non tenetur, nempe si filius mutuam

pecuniam

pecuniam acceperit ; idque propter Senatusconsultum Macedonianum, quod vetuit, ex hac causa actionem aut in filium aut in patrem dari. De quo pluscula suo loco in *fin. tit. seq.*

Ipso iure] Ipso iure idem hic valet, quod iure civili, uti & in §. *1. inf. de perp & temp. act. l. 9. §. 1. usufr. quemad. cau. leg. 1. §. ultim. de superfic.* Hæc igitur huius loci sententia est, ideo actionem de peculio ex contractu filiorum & servorum adversus patrem & dominum comparatam à prætore, quia hi non teneantur eo nomine iure civili, & tamen æquum sit teneri eos peculio tenus. Potest & locus sic explicari, ut ipso iure dictum intelligamus pro mera & stricta iuris ratione.

Quod veluti patrimonium] Hæc ratio non concludit, nisi factum patris & domini simul respicias, qui peculium, eiusque seu patrimonij cuiusdam administrationem filiis & servis concesserunt.

Condemnari eos] Deducto tamen, quod iis naturaliter debetur, *l. pen. C. quod cum eo, l. 5. §. ult. l. 9 § 2. & 3. de pecul.* ubi Ulpianus ait, peculium deducto eo, quod domino debetur, computandum esse; quia præveniisse dominus, & cum servo egisse videatur. Item si quid his debetur, qui sunt in eius potestate. Actionis de peculio apud nos nullus usus est.

TEXTUS.

12. *Item si quis postulante adversario iuraverit, deberi sibi pecuniam, quam peteret, neque ei solvatur, iustissime accommodat ei talem actionem, per quam non illud quæritur, an ei pecunia debeatur, sed an iuraverit.*

NOTÆ

12. POSTULANTE ADVERSARIO] id est, conditione iurandi ab adversario delata : alias prætor iusjurandum non tuetur, *l. 3. de jurei.*

COMMENTARIUS.

1 *Qualis sit actio, quæ ex iureiurando datur, novane aliqua, an vetus.*
2 *In personam eam esse, quacunque ex causa iuratum sit.*
3 *De quo genere iurisiurandi hic tractetur.*
4 *Quam ob causam hac actio à prætore introducta, cui, adversus quem, quo effectu detur.*

INter actiones, quæ à prætore proditæ in personam sunt, numeratur hoc loco & actio ex iureiurando. A prætore hanc actionem introductam esse, non constituram iure civili, apparet ex eo, quod iure civili nulli actio datur, nisi ei, cui quid debetur : nec satis est, in iudicio dicere, sibi quid deberi, nisi & is, qui dicit probet. Non probat autem qui iurat ; utique non proprie & vere. Cur autem prætor hic actionem constituerit, paulo post audiemus. In personam est, utpote proficiscens ex conventione, *l. qui iuraſſe 26. §. ult. de iureiu.* Proinde talis etiam tunc, cum in actione in rem iuratum est. Sed quoniam in universum parum liquet, qualis sit hæc actio, (nam & veterem hic actionem dari legimus, *leg. si duo 13. §. 3. & seqq. eod. l. 7 §. si petenti 7. de public. in rem. act.* & utilem interdum, *l. sed si 11. §. ult. l. quod si 29. de iureiur.* sæpe etiam & passim in factum) diligentius inquirendum est, quid de ea re habendum sit. Ego sic sentio, verbis has actiones distingui; cæterum re ipsa unam tantum esse, eamque ex solo iureiurando nasci, certe una hac causa & defensione niti, quia iuratum est. Porro hanc eandem modo in factum, modo utilem à Consultis vocari, modo sub appellatione veteris actionis intelligi. Dicitur actio in factum, qualis dari solet, cum dedi aut feci quid, ut vicissim dares aut faceres: iuravi enim, te deferente, ea lege, ut dares aut faceres, quod peto, *d. l. 11. §. 1. l. 8. C. eod. iunct. leg. 1. & 2. de præscr. verb.* Dicitur utilis, propterea quod cum conventio hic aperta non sit, non potuit dari ex iureiurando actio præscriptis verbis seu in factum civilis ; sed datur in factum prætoria, *id* est, utilis. Dicitur denique & vetus actio iuranti dari, sed verbo magis, quam re; nimirum ob veterem causam, quam initio obtendere ad existimationem actoris nonnihil pertinet. Cæterum revera novæ causæ intentione nititur, quæ non aliunde nascitur, quam ex iureiurando : quapropter etiam in hoc solum consistit ; cuius proprium est, ut non aliud quæratur, quam an iuratum sit, omissa quæstione, an ex priore causa debeatur, *l. 5 §. 2. l. 9. §. 1. de iureiur.* Et hoc est, quod Paulus scribit, in *l. eum qui 30. eod* hoc iudicio, in quo de iureiurando agitur, non principalem causam exerceri; sed iusjurandum actoris conservari. Plane iuramentum præstitum non impedit, quoniam adhuc vetus actio intentari possit, *d. l. eum qui*, sed nemo, qui sapit ; necessitati probandi ultro se subjicit. *Oldend. class 1. act. 9. in affin. rem. Don. c. 8. ad tit. de iureiur.* Proficiscitur hæc actio ex conventione, *l sed & si 25. & l. seq. in fin eod.* cui consequens est, in personam eam esse, non in rem, etiam tunc cum quis in actione in rem iuravit, rem, quam petebat, suam esse, Nam cur hic quoque non sit actio in personam, cum sit pariter ex iureiurando, id est, ex conventione, cuius generis actiones omnes in personam sunt, nulla in rem?

Neque

Neque obstat, quod petitur, qui deferente possessore iuravit, rem suam esse, ex hac parte edicti agens, intendit, rem suam esse, ut iuravit; quæ intentio est actionis in rem. Nihilominus enim in personam agere intelligitur hoc ipso, quod agit propter iusjurandum: ideoque & hic actio in factum dari dicitur, quæ utique in personam, *l.* 11. §. 1. *eod.* Denique illud constat, non dari eam adversus quoscunque possessores, ut natura est actionum in rem, sed adversus eum duntaxat, qui jusiurandum detulit, eosve, qui in locum eius successerunt, *l.* 9. §. *ult. & l. seq. eod.* & ideo quamvis alii hic utilem in rem dari censent, per *d. l.* 11 §. *ult.* effectu tamen iuris nihil interesse fatentur, in personam, an in rem hic agi dicamus. Donellus existimat, tractari solum hoc loco de iureiurando, quo res transigitur nulla interveniente sententia, & nimirum de iureiurando voluntario, quod iudicio nondum cœpto seu ante litem contestatam ex conventione actori defertur. Nam ibi sententia intervenit, actionem ex iureiurando non dari, sed locum esse actioni iudicati duntaxat; videlicet cum iusiurandum actori defertur post litem contestatam; sive à reo approbante iudice, quod proprie vocatur iudiciale; sive à iudice in causa dubia, & laborante inopia probationum, etiam reo invito, secundum *l. admonendi* 31. *de iureiur. l.* 3. *C. eod.* quod iusiurandi genus dicitur necessarium. His enim casibus iudicem præstito iureiurando, quasi re satis probata, secundum eum sententiam ferre, qui iuravit, *l. jusjurandum* 34 §. *ultim. d. l. admonendi, eod.* De iureiurando necessario assentior: quippe quod in eum finem ut inde actio nascatur, non defertur: cæterum iudiciale etiam huc pertinere arbitror, atque ex eo quoque actionem dari, licet sententia secura sit; scilicet præter actionem iudicati. Nam non est novum, ut ad idem obtinendum plures actiones dentur. Itaque non obstat, *l.* 34. §. *ult. de iureiur.* & omnino ex iudiciali etiam actionem dari, evincitur ex, *l.* 8. *C. de reb. cred. l.* 3. *pr. & §.* 1. *l.* 9. §. *ult. l.* 30. §. 3. *de iureiur.* Atque in *d. l.* 34. §. 7. *eod.* petitori, cui relatum est iusiurandum, si iurare recuset, denegatur actio. Ubi de iureiurando iudiciali agi, arguit relatio, cui in voluntario non est locus, *l.* 17. *pr. eod. Osvuald. Hilling. in Don. lib.* 24. *C.* 18. *E. Mudæus ad hunc §. n.* 3.

Postulante adversario] Id est, condirione iurandi ab adversario delata. Nam si quis iuret, nemine ei iusiurandum deferente, prætor id iusiurandum non tuetur, quasi sibi iuraverit. Et alioqui facillimus quisque ad iusiurandum decurrens oneribus probationum se liberaret, *l.* 3. *de jureiur.*

Juraveris] Aut cum iurare paratus esset, remissum ei fuerit iusiurandum. Nam remissi eadem vis, quæ præstiti, *leg.* 5. §. *ultim. l.* 9. §. 1. *eod. l.* 1. *l.* 8. *Cod. eodem.* Remittit autem, qui deferente se, cum paratus esset adversarius iurare, gratiam ei fecit, contentus voluntate suscepti jusiurandi, *l.* 6. *eod.*

Justissime accommodat ei talem actionem] Iustissimum ideo, quia ad religionem iusiurandi accedit deferentis conventio & consensus, qui dum iusiurandum actori defert, hoc discere videtur, si actor iuraverit, paratum se stare iurijurando, id est, præstare quod petitur. Hinc illa, iusiurandum servari propter religionem & conventionem, *l. sed & si* 25. *& l seq.* §. *ult eod.* item speciem transactionis continere, *l.* 2. *eod. id est*, iureiurando negotium quasi transigendo inter litigatores decidi, *l. admonendi* 31. *eod. leg. quod si* 21. *de dol.* Accedit ad conventionem & utilitas publica, quo scilicet maior sit facultas litium expediendarum, *l. r. eod.* Constituta est igitur actio ei, qui juravit, quid sibi deberi, aut suum esse, adversus eum, qui iusiurandum detulit: & constituta optimo iure. Sicut autem actori iuranti actio ex iureiurando iure prætorio competit, ita ex contrario, si actore deferente iuraverit reus se nihil debere, datur reo iusiurandi exceptio: de qua, *inf. sub tit. de excep.* §. 4.

Sed an juraverit] Δῆλον τὸ σίβας τὸ ὄρκον. Dato igitur iureiurando vel remisso non aliud quæritur, quam, an iuratum sit, an parato iurare iusiurandum remissum, insuper habita quæstione, an debeatur; quasi id satis probatum sit iureiurando, *d. l.* 5. § 2. *l.* 9 §. 1. *eod. l post rem* 56. *de re iudic. l. si quis* 11. *in fin. C. de reb. credit.* ubi eius rei hæc ratio redditur, ne repetita lite finis negotij alterius causæ fiat exordium. Et omnino qui adversarium iurare patitur, iis omnibus allegationibus renuntiasse intelligatur, quæ ante iusiurandum præstitum objici, iurisque iurandi præstationem impedire an remorari potuissent. Utique tamen salvæ manent exceptiones omnes, quæ etiam in causa iudicati objici potuissent, *leg. cum qui* 30. §. *ult. eod. Ant. Fab. C. suo, eod. tit. d. fin.* 11. An iusiurandum prætextu aliquo, sive inventionis novorum instrumentorum, sive perjurii, retractari queat, & non pœna aliqua peieranti legibus civilibus constituta sit, disputare non est huius loci. Consulantur, *DD. in l.* 1. *l.* 2. *& l. ult. C. de reb. cred. & iureiur.*

TEXTUS.

13. *Pœnales quoque actiones prætor pene multas ex sua iurisdictione introduxit: veluti adversus eum, qui quid ex*

albo ejus corrupiſſet: & in eum, qui patronum vel parentem in ius vocaſſet, cum id non impetraſſet: item adverſus eum, qui vi exemerit eum, qui in ius vocaretur, cuiuſve dolo alius exemerit: & alias innumerabiles.

NOTÆ.

13 QUI QUID EX ALBO] In eum, qui album prætoris iuriſdictionis perpetuæ cauſa propoſitum corrupit, iudicium populare 50. aureorum datur In Pand. Flor. legitur 500. *aureorum, l. 7. de iuriſd.* Prætorum edicta in tabulis dealbatis conſcripta proponebantur, ut unicuique legendi poteſtas eſſet.

CUM ID NON IMPETRASSET] *l. 4. §. 1. & deinceps, l. 5. cum 3. ſeqq. de in ius voc.* inque eum quinquaginta quoque aureorum iudicium datur, *l. pen. & ult. eod.*

QUI VI EXEMERIT] Adverſus hunc datur actio in id, quanti ea res erit ab actore æſtimata, *leg. 1. leg. pen. & paſſ. ne quis eum, qui in ius voc. &c.*

COMMENTARIVS.

1 *Quale iudicium edicto conſtitutum in eum, qui album corrupit: & quid hoc loco ſit album.*

2 *Quid edictum perpetuum, quid temporale: & cur illud corrumpens actione populari teneatur: non item, qui hoc: & utrum pœna fiſco applicetur, an litem occupanti.*

3 *Qui in totum, & qui ſine venia in ius vocari edicto prohibeantur: qui ſine venia vocavit, qua actione teneatur.*

4 *Quæ cauſa prætorem moverit, ut patronum & parentem niſi venia impetrata vocari noluerit: problematice.*

5 *Mores hodierni circa utramque partem edicti, & circa alteram interpretum extenſio.*

6 *Quale iudicium conſtitutum in eum, qui in ius vocatum vi exemerit. Hodie vix huic locum eſſe.*

7 *Recenſenturpleraque alia actiones prætoriæ pœnales.*

HAbuimus exempla quædam prætoriarum in perſonam actionum, quæ velut ex contractu ac negotio geſto proficiſcuntur, reique perſecutionem continent. Sequuntur nunc exempla aliquot earum, quæ quidem & ipſæ prætoriæ ſunt & perſonales, ſed ex delicto veniunt, & pœnæ perſecutionem habent; ut actio de albo corrupto de patrono aut parente ſine venia in ius vocato, de in ius vocato vi exempto.

Pene multas] Pro *pene* videtur legendum *bene*, id eſt, valde: nam *bene* particula veteribus ſæpe eſt ἐνέργειαν, ut bene doctus, bene magnus, bene longus Cicero lib. 2. de Orat. *Habetis ſermonem bene longum.* Idem in Rull. *Adoleſcens non minus bene nummatus, quam capillatus.* Oppius lib. 5. *Cum bene magnam multitudinem telorum iniecciſſent.* Et mox, *eum bene magnam partem muri conſumpſiſſent.*

Qui quid ex albo] Exemplum primum actionum pœnalium ex iuriſdictione prætoris introductarum, actio albi corrupti. In eum, qui album prætoris corrupit, iudicium populare quinquaginta aureorum datur, *l. 7. in pr. de iuriſd.* Codex Florentinus & nonnullæ antiquæ editiones habent, *quingentorum aureorum.* Quod D. Cujacio *lib. 10. obſ. 10.* & quibuſdam aliis magis probatur, propter graviratem delicti. Quanquam vix eſt, ut tantæ pecuniæ pœna conveniat iudiciis popularibus. Hodie pro arbitrio iudicis multari ſoler. *Buſ. ad d. l. 7.* Album hoc loco ſignificat tabulam gypſatam, in qua edictum perſcriptum proponebatur palam, ut unicuique legendi poteſtas eſſet. Cum autem duplex edictum ſit? unum perpetuum, quod per univerſum prætoris imperium permanet, & in omnibus obtinet cauſis; alterum temporale & paucorum dierum, quod ad cauſas ſingulas & oborta negotia accommodatur; quale eſt ciratorium & peremptorium: *l. ad peremptorium 68. cum ll. ſeqq. de iudic.* ſciendum eſt, pœnale hoc iudicium conſtitutum adverſus eos tantum, qui quod iuriſdictionis perpetuæ cauſæ propoſitum eſt, corruperunt; non in eos, qui quid corrumpunt ex edicto temporali, quod prout res incidit proponitur, *d. l. 7. de iuriſd.* Illi auctoritatem magiſtratus violant, & ideo ipſam quodammodo rempub. civeſque univerſos lædere videntur: unde quoque eſt, quod hoc caſu populare iudicium prætor propoſuit, id eſt, unicuique ex populo eo nomine actionem conceſſit, *d. l. 7.* Hi tantum privatos offendere intelliguntur, nimirum eos ſolos, quorum gratia edictum propoſitum erat: & proinde ſufficit, hos ipſos injuriam ſibi factam privata actione perſequi poſſe. *Diſſent. Gomez. hic num. 15.* cuius ſententia praxi horum temporum magis convenire videtur. Ait, *corrupiſſet*, ſcilicet dolo malo: nam quod quis per imperitiam, ruſticitatem, aut caſu fecit, ad hoc edictum non pertinet, *d. leg. 7. in pr. & §. doli 4.* Tenetur vero hoc edicto non tantum qui corrupit, ſed etiam qui ſuſtulit, aut corrumpi tollive mandavit, *d. leg. 7. §. ultim.* Quæritur autem, cum actio ex hoc edicto popularis ſit utrum pœna fiſco applicanda, an privato litem

litem occupanti. Sed verius est, litem occupantis lucro eam cedere. Per *leg. 12. de verb. sign.* & ita post *DD. comment. Gomez. hic, num. 29. Schneid. num. 28.*

5 *Qui patronum vel parentem in jus vocasset.*] Alterum exemplum actionis prætoriæ pœnalis de patrono aut parente sine venia in jus vocato. Quædam personæ sunt, quæ in totum in jus vocari prohibentur; quædam quæ vocari prohibentur sine venia prætoris. In totum vocari prohibentur magistratus, qui imperium habent; item omnes, qui necessaria aliqua occupatione, sive privata, sive publica aut religiosa, destinentur, *l. 2. cum 2. ll. seqq. de in jus voc.* sed hæc prohibitio temporalis est, finitoque magistratu aut negotio expirat. Sine permissu suo prætor vocari prohibet parentem, patronam, patronum, liberos, parentes patroni, patronæ: atque in eum, qui adversus hanc partem edicti fecerit, pœnale judi-
4 cium quinquaginta aureorum parenti, patrono, &c. constituit, *l. 4. cum aliquot seqq. l. pen. & ult. d. tit. l. 1. 2. 3 C. eod.* Causam huic edicto dedisse existimant veterem judiciorum Romanorum morem: sic enim jus fuisse olim, ut qui in jus vocabantur, inviti cogerentur ire, alioqui vi adhibita & injecta manu reluctantes in jus trahere liceret: quod filio in patrem, liberto in patronum sine veniæ petitione permittendum non fuerit, ita fere *Duar. 1. disput. 1. Renard. cap. 5. ad l. 12. tabb. Cuiac. 10. obs. 10. Hotom. Don. Vult. ad hunc* §. qui omnes pro certo tradunt, jure Romano veteri vocationem in jus fieri solitam fuisse non tantum sine ullo apparitore præceptove judicis, sed passim etiam licuisse adversario vocatum, ni confestim iret, vocantemque sequeretur, aut satis vel cautum daret, se certo die affuturum, testibus adhibitis ducere, trahere, obtortoque, ut loquuntur, collo in jus rapere. Sunt tamen quamvis pauci, qui adduci non possunt, ut credant, violentam illam ductionem simpliciter & in quosvis permissam fuisse. Quid enim, aiunt, tam alienum à disceptationibus civilibus, quam judiciorum omnium exordium fieri ab impressione & violentia? Nec vero illa, quæ sunt apud Comicos, *In jus ambula*; item *In jus eamus*, & apud Plinium in Paneg. *In jus veni: sequere ad tribunal.* Manus arguere injectionem. Illa quidem arguere, quæ legimus in *Eunucho*; *In jus ducito.* In *Adularia. Ad prætorem te rapiam.* In *Rudent. Rapior obtorto collo.* Item apud Horatium 1. *satyr. 9. Rapit in jus.* Sed Horatium aperte loqui de vadimonii desertore: Comicos autem fere agere de lenonibus; quod genus hominum contemptum & vilissimum habebatur. In hujus tantum generis homines, aut ejusdem utilitatis, in desertores vadimonii, aut latitantes, si in publico occurrissent, violentiam istam impune exerceri potuisse. Non obstare huic sententiæ edictum, *Ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat.* Nam & eum, qui sequitur, aut sequi paratus est, vi eximi posse, ne eat. Nec verbum *Ducere*, quo utitur Iurisconsultus in *l. 5. §. 1. qui satisd. cog.* hoc enim de volentibus proprie dici; ut in illo Senecæ, *Fata volentem ducunt, nolentem trahunt.* Quod autem parentes & patroni sine permissu prætoris à liberis & libertis in jus vocari vetantur, id non hanc habere rationem, quod vetus in jus vocatio vim adjunctam habuit, vocatusque, si ire recusaret, manu injecta trahi potuit; quod filio & liberto sine venia permittendum non fuerit, propter reverentiam parenti & patrono debitam: sed quia hoc ipso, quod filius patri, libertus patrono diem dicunt, propriaque auctoritate eos in jus ire jubent, contra reverentiam & pietatem faciunt. Et quis denique, aiunt, non indignetur, qui audiat, facinus tam indignum à prætore permitti, ut filius patrem, libertus patronum manu injecta in jus rapiat? aut quomodo filius aut libertus id citra impietatem petere possunt? His ergo rationibus moti existimant, edictum de in jus vocando pertinere non ad violentam aliquam raptionem, sed ad simplicem vocationem ac denuntiationem; raptionisque violentiam non in quosvis cives, sed tantum in personas viles, & desertores vadimonii exercitam fuisse. Sententia est D. Ioan. Vaudi *lib. 2. quæst. 26.* & Bachovii *ad tit. de in jus voc.* eamque juvare videntur textus in *l. 11. l. 16. l. 18. & seq. l. 22. d. tit. l. 2. §. 1. si quis in jus voc. non ier.* ubi Paulus scribit, eum, qui in jus vocatus non ierit, à competente judice multari: & si actoris nihil interest, adversarium suo tempore venisse, pœnam à prætore remitti. In his regio- 5
nibus ea pars edicti, quæ est de magistratibus in jus non vocandis, non observatur: sed possunt magistratus, omnesque, qui publico aliquo munere funguntur, æque ac quivis privatus in jus vocari, *art. instruct. Cur. Holl. 8. 12. & 38. Buss. Mornac. & Autumn. ad leg. 2. de in jus voc. Zypæ, not. jur. Belg. eod. vers. magistratus.* Cæterum in causis, quæ ad officium eorum pertinent, ratio citandi nonnihil diversa. De qua vide *Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 1. tit. 3. cap. 4.* Altera vero pars de parentibus sine venia non vocandis etiamnum hodie obtinet, quamvis ex auctoritate & jussu magistratus per apparitores viatoresve vocatio nunc peragatur. Dixi, jussu magistratus: nam etsi apud nos in inferioribus tribunalibus apparitores sive nuntii nullo speciali judicis mandato interveniente, nec libello supplice exhibito, (uti fit in Provinciali & suprema Curia) ad solam petitionem actoris vocationem exequantur: id tamen faciunt, quasi ex tacito & generali magistratus mandato.

Gudelin. lib. 4. de jur. noviſſ. cap. 5. Merul. d. ſect. 1. tit. 4. cap. 12. Chriſtin. vol. 2. deciſ. 254. Perez. C. de in jus voc. n. 3. Enimveto venia in prima inſtantia ſemel impetrata, eam repetere in ſecunda non eſt neceſſe. Interpretes hanc edicti partem etiam ad alias perſonas extendunt. 1. Ad parentes ſpirituales, quos vocant, id eſt, eos, qui agere volentem de ſacro fonte Baptiſmatis levaverunt. *Alex. Caſtr. & alii in leg. generaliter 13. de in jus voc. Schneid. poſt Angel. laſ. hic, num. 42. Chriſtin. vol. 2. deciſ. 90. num. 7.* quod mihi videtur ſuperſtitionem ſapere. 2. Ad ſocerum, ſocrum, vitricum, novercam, qui jure noſtro parentum loco ſunt genero, nuru, privigno privignæ *DD. comm. in d. l. generaliter.* Fulgoſius tamen, & poſt eum. *Alex. d. loc.* de vitrico & noverca diſſentiunt; & D. Merula *d. ſect. 1. tit. 4. cap. 12.* tradit, more noſtri fori vitricum & novercam poſſe ſine venia in jus vocari. Videndum an non probanda ſit diſtinctio Jaſonis *hic, n. 75.* inter affinitatem durantem & diſſolutam, cum D. Diod. Tuldeno *comm. ad tit. de pœn. litig. infrà cap. 53.* Ad præceptorem, quia & hic diſcipulo ſuo parentis loco ſit. *Menoch. 2. arb. jud. quæſt. ult. Alciat. in l. 1. C. de in jus voc. n. 8.* Verum alii hoc improbant. *Duar. cap. 4. de in jus voc. laſ. hic num. 78 Alex. in d. l. generaliter.* Plerique tamen horum diſtinguunt inter citationem verbalem & realem, ut in illa veniæ impetratione non ſit opus, in hac contra. Sed hoc admiſſo, præceptorem verbaliter ſine venia citari poſſe, fatendum eſt edictum, ſecundum verum ejus ſenſum, de quo ſupra, ad præceptorem non pertinere. Quod ſi ſecundum mores hodiernos de reali citatione diſputemus, quæ in cauſis civilibus rariſſimè locum habet, & non niſi ad commiſſionem judicis fieri poteſt, tanto minus hodie iſta diſtinctione utemur. Conſiderandum vero, an inter ipſos præceptores non ſit admittenda diſtinctio, ſeparandusque à qualiquali præceptore operam leviter locante is, qui ſimul & educator, vitæque & morum formator ſit, qualem veteres, teſte Juvenale *ſat. 7. ſanctè voluere parentis eſſe loco.* 4. Ad univerſitatem & civitatem. Nam ex communi opinione non poteſt civis cujuſque univerſitatis aut civitatis ſine venia in jus vocare univerſitatem aut civitatem ſuam: quoniam non minus patriæ ſuæ quiſque, quam parentibus debet, *Grammat. conſ. civ. 40. Viv. opin. 129. lib. 2. Schneid. hic poſt Ang. laſ. n. 44.* Contrarium tamen cenſuit aliquando Curia Mechlin. teſte Chriſtin. *vol. 2. deciſ. 90. n. 7.* Poſtrema ſunt, qui nec dominum feudi à vaſallo ſine permiſſu judicis impune in jus vocari poſſe contendunt: inter quos & Merula noſter *d. c. 11.* Sed communis opinio contrarium tenet. *Myns. 4. obſ. 92. Gail. de pignor. c. 15. n. 6. D. Præſ. Everh. in locis legal. à liberto ad Vaſall. in fin. Schneid. hic n. 45. Grot. manuduct. cap. 42. in calce.* Plane, ſi dominus feudi ſimul ſit & dominus territorii, non poterit à vaſallo ſine venia vocari, non quia vaſallus, ſed quia ſubditus, cui utique dominum eundemque Principem ſuum in jus vocare ſine petitione veniæ licere non debet. *Gail. d. cap. 15. Rol. à Vall. conſ. 18. lib. 2. Alciat ad l. 2. C. de in jus voc. Arnold. de Reyg. in addit. ad d. obſerv. Myns. 92.*

Qui vi exemerit eum.] In eum, qui vocatum in jus vi exemerit, cujuſve dolo alius exemerit, pœnale judicium à prætore conſtitutum eſt, *l. 1. & paſſ. ne quis eum, &c.* Pœna autem longe alia eſt, quam ſuperiorum: nam neque definita eſt, & admodum magna eſſe poteſt. Litis enim æſtimationem cogitur exemptor ſolvere *l. pen. eod.* ubi Iuriſconſultus ait, in eum, qui vi exemit, in factum judicium dari; quo non id continetur, quod in veritate eſt, ſed quanti ea res eſt ab actore æſtimata, de qua controverſia eſt. Quod additum eſt, ut appareat, etiamſi calumniator quis ſit, tamen hanc pœnam eum perſequi. His autem verbis non ſignificatur, actorem in litem juraturum; ſed eam tem æſtimaturum, quam petebat: ut exemptor, etiamſi res non deberetur, tamen ejus æſtimationem ſoluat. Hodiernis moribus vix eſt ut huic judicio ſit locus. 6

Et alias innumerabiles.] Υαρεθολιμᾶς, pro *multas & varias:* veluti contra eum, per quem factum erit quo minus quis in jud. ſiſtat; de dejectis vel effuſis; de ſuſpenſis vel poſitis; contra nautas, caupones, ſtabularios; *ſup. tit. præc.* contra calumniatores in quadruplum; §. 25. *inf. eod.* item contra menſorem, *ff. ſi menſ. falſ. mod.* &c. 7

TEXTUS.

14. *Præjudiciales actiones, in rem eſſe videntur: quales ſunt, per quas quæritur, an aliquis liber, an libertus ſit, vel ſervus, vel de partu agnoſcendo. Ex quibus fere una illa legitimam cauſam habet, per quam quæritur, an aliquis liber ſit: cætera ex ipſius prætoris juriſdictione ſubſtantiam capiunt.*

NOTÆ.

14. PRÆJUDICIALES ACTIONES.] Præjudicia ſive actiones præjudiciales recte definiuntur à Th. formulæ ſola intentiones conſtantes, quæ condemnationem non habent. Nihil enim hîc petitur reſtitui, ſed tantum ut talis declaretur actor, qualem ſe eſſe contendit.

IN REM ESSE VIDENTUR.] Quia his omnibus, qui agit, aliquid suum vindicat; dominus jus dominicum, servus libertatem, patronus jus patroni, &c.

AN ALIQUIS LIBER.] Præjudicialis actio de libertate etiam causa liberalis & liberale judicium dicitur, *D. & C. de lib. caus.*

UNA LEGITIMAM CAUSAM.] Utpote quæ ex lege 12 tabb. descendit, *l. 2. §. 24. de orig. jur.*

CÆTERÆ EX IPSIUS PRÆTORIS.] De partu tamen agnoscendo quædam cauta sunt SCtis. *l. 1. l. 3. §. 1. de lib. agnosc.*

COMMENTARIUS.

1 *Præjudicialium actionum definitio: earum genera & unde sic appellentur.*
2 *Cur actionibus in rem annumerentur.*
3 *De libertate inter quos agatur.*
4 *Inter quos vertatur quæstio de ingenuitate.*
5 *Actio de partu agnoscendo cui, adversum quem, quo effectu detur.*
6 *Actio de jure familiæ inter patrem & filium.*
7 *Quid hæc differat ab illa de partu agnoscendo.*

DUobus generibus actionum constitutis, uno in rem, altero in personam, eorumque causis, quantum instituto convenire visum est, expositis occurrit Imperator tacitæ objectioni, qua effici videtur deesse aliquid superiori divisioni, ac proinde eam vitiosam esse. Objici enim potest, actiones præjudiciales utique etiam actiones esse, uti nominantur: has autem actiones divisione ista non contineri; quippe quæ neque in personam, neque in rem esse videantur. Non esse in personam, ex eo apparere, quia non dantur adversus eum, qui nobis obligatus est ad dandum aliquid vel faciendum; quod est proprium actionum in personam, *l. actionum 25. de oblig. & act.* Non in rem, ex eo, quia actione in rem id agitur, ut res nostra, quæ ab alio possidetur, nobis restituatur: nullam vero hujusmodi restitutionem peti aut fieri in actionibus præjudicialibus. Imperfectam igitur esse divisionem, quæ hoc genus actionum non complectatur. Hanc objectionem Justinianus tacitè hic removet, docens, etiam actiones præjudiciales ad superiorem divisionem pertinere; & nimirum eas videri esse actiones in
1 rem; quam rectè, videbimus inferius. Præjudiciales actiones sunt, quibus inter aliquos agitur de alterutrius statu, dum aut unus alterius statum oppugnans in eo, aliquid juris sibi vendicat; aut alter adversus alterius oppugnationem statum suum sibi defendit. Omnis autem de statu controversia aut est de libertate, aut de ingenuitate, aut de jure familiæ: unde totidem quoque actionum præjudicialium genera: unum de libertate, in quo quæritur, utrum quis liber sit, an servus: alterum de ingenuitate, in quo quæritur, utrum quis libertus sit, an ingenuus: tertium jure familiæ, in quo quæritur, utrum quis sit filius, an non sit: quæ genera etiam hic proposita sunt. Dicuntur hæ actiones præjudiciales, & uno verbo præjudicia, *l. quoties 10 de probl. l. ult. si ingen. esse dic. l. 3. §. 2. de agn. lib. l. 1 §. 2. de rei vend. l. actionis 37. de obl. & act.* ducto nomine non ex eo, quod aliis causis præjudicium quandoque adferant, aut quia harum judicium præcedere debeat: hoc enim commune est cum aliis multis actionibus, quæ tamen non dicuntur præjudiciales uti videre est in *l. Papinianus 8. §. pen. de inoff. test. test. l. per minorem 54. de judic. l. fundum 16. l. fundi. 18. l. rei 21. de except. l. 5. in fin. de hared. petit. l. ult. C. eod.* sed ex fine harum actionum proprio, quia etiam præjudicii aliis rebus faciendi causa ex professo instituuntur, atque ut instituuntur, ita & sine exceptione omnibus faciunt, etiam inter alias personas, inter quas postea de eodem statu quæstio inciderit, *leg. antepen. de stat. hom.* quamvis aliàs res inter alios judicata aliis non noceat. Exempla habemus in *l. 1. §. ult. l. 2. l. 3. pr. de agnosc. lib.* In his actionibus uterque & actor & reus esse potest: cæterum is actoris partes sustinet, eique incumbit probatio, qui ad judicium provocavit, *l. generaliter. 12. de except. l. circa 14. de probat.*

In rem esse videntur.] Actiones præjudiciales 2
ex parte excellentiore non malè in rem esse dicuntur: quoniam his omnibus qui agit, aliquid suum vendicat & asserit; dominus servum suum in servitutem; servus libertatem; patronus jus patroni; libertus ingenuitatem; pater jus patris; filius jus filij. Sed non per omnia in rem sunt, ut illæ, quæ propriè ita dicuntur: & ideo ait, *videntur.* Nam ex duobus finibus, cæteris propositis, priorem tantum præ se ferunt, nempe ut talis declaretur actor, qualem se esse contendit. Nulla hic petitur restitutio, cujus condemnatio sequatur, ut sit in actionibus in rem propriè sic dictis, *l. 9. l. qui restituere. 68. de rei vend.* quod etiam intellexit Theophilus, cum præjudicium dicit esse formulam sola intentione constantem, quæ condemnationem non habeat. Cæterum statu adversarii sententia judicis semel constituto, actor præjudicium paratum habet, quo consequatur commoda, quæ ex statu nascuntur tribuunturque domino, patrono, patri, filio, quæ commoda qualia sint, satis notum est. D. Herm. Vulteius *hic & discept. scholast.* 3. contendit præjudiciales actiones, contra quam hic scriptum est, in personam esse, non in rem: sed argumentis parum solidis, & quæ vel mediocriter in jure versati facile con-

fuisse poterunt : qui volet, adeat D. Bachov. *in Treutl. vol. 2. disp. 26. thes. 4.* ubi ex professo vulgatum refellit.

An aliquis liber.] Prima præjudicialis actio de libertate, quæ eadem & causa liberalis, & liberale judicium dicitur, *tit. ff. & C. de lib. caus.* De libertate agitur inter duos, quorum unus eum, cum quo agit, servum suum esse dicit; alter contra servum se esse negans, liberum se esse contendit. In domino ultro agente actionem agnoscas confessoriæ similem; in servo in libertatem proclamante similem negatoriæ, *l. 7. §. ult. l. 10. de lib. caus.*

4 *An libertus sit.*] Secunda actio præjudicialis, qua quæstio ingenuitatis vertitur. De ingenuitate agitur inter eos, quorum unus alterum libertum suum esse dicit, seque ei patronum esse: alter se ejus libertum esse negat, seque aut ingenuum plane esse, aut ab eo, cum quo agitur, ingenuum esse contendit. Prior jus Patronatus sibi vendicat actione velut confessoria; alter ingenuitatem negativa: atque alterutro agente præjudicium redditur, *l. circa. 14. l. quoties 18. de probat. l. ult. si ingen. esse dic.* Quæsitum est, an contra vasallos nostri temporis, qui nolunt dominium recognoscere utile hoc præjudicium detur. Negant *Io. Fab. Zas. Schneid. hic n. 20. & DD. comm.* Alio autem pacto domino consuli aiunt; quippe qui feudum, tanquam commissum, auferre potest.

De partu agnoscendo.] Tertia præjudicialis, in qua quæritur de jure familiæ, non utique quolibet, sed de jure filii. Hujus generis duæ sunt species: una, quæ hic proponitur, de partu agnoscendo; qua agitur inter uxorem & maritum de partu mulieris agnoscendo pro partu legitimo, & eo, qui fit ex marito; quod cum quæritur, vi ipsa hoc quæritur, an partus sit filius & in potestate: altera, qui agitur in patrem & filium; in qua & ipsa idem illud quæritur, & apertè, an quis sit filius & in potestate, nec-ne. De partu agnoscendo datur mulieri soluto matrimonio, contendenti partum legitimum esse editumque ex eo, qui maritus fuit, adversus maritum partus controversiam facientem, sive quod neget uxorem suam fuisse, sive quod ex se prægnantem, *l. 1. §. quemadmodum 11. de agn. & alend. lib.* Itaque in hac controversia intendit mulier, se & uxorem, puta Lucii Titii, fuisse, & ex eo prægnantem: petit, ut ita pronuntietur, quo & maritus partum pro suo agnoscat, agnitum pro justo filio habere atque alere cogatur, *d. l. 1. § pen. & ult.* Competit autem hæc de partu actio, sive post divortium partus edatur, sive constante adhuc matrimonio editus sit, *l. 3. §. 1. d. tit.* Sed etsi edatur post mortem mariti, de agnoscendo eo cum avo agi potest, *d. l. 3. §. 2.* Illud hic sciendum est, permitti mulieri, intra triginta dies post divortium denuntiare marito se ex illo prægnantem esse, *d. l. 1. §. 1.* qui si nec ipse, nec alius ejus nomine, responderit, non esse ex se prægnantem, etiam sine judicio partum agnoscere, & pro suo alere cogitur: quanquam non ideo partus illi filius & suus hæres efficitur, *d. l. 1. §. pœna. 4. & §. antepen.* Quæ res facit, ut de eo ju- 6
dicio possit experiri, non quidem cum matre, sed cum filio. Altera ejusdem generis actio est, qua agitur inter duos, quorum unus se patrem dicit, alter negat: aut contra, unus se patrem negat, alter eum esse contendit. Pater si filium suum esse dicit, qui se filium ejus esse neget, agit præjudicio cum filio, ut is filius suus pronuntietur: quod præjudicium intelligit Ulpianus *l. 1. § 2. de rei vend.* Vice versa, si quis pro filio non agnoscitur, qui se filium dicit, huic præjudicialis actio est adversus patrem, qua petat, ut talis pronuntietur, & pro tali agnoscatur: quæ actio etiam matri pro filio datur, *l. 3. §. 1. de agnosc. & alend. lib.* Sed & neganti aliquem filium suum esse aliquando actione opus est, ut id ita esse declaretur; veluti cum partus ex uxore editus est, & cum illa denuntiasset se esse prægnantem, maritus non negavit. Hic enim etsi in re dubia partus pro filio habetur & alendus est, tamen non ideo filius efficitur & suus hæres, quod facit sententia pro partu lata, *d. l. 1. §. ult. de agnosc. & lend. lib.* sed veritati adhuc locus superest; & postquam verè constiterit filium non esse, cessat exinde alendi necessitas, *d. l. 1. §. Julianus 12. & §. antepen.* Dubium vero non est, quin hic neganti actio in eam rem detur: & quæ datur, ipsa itidem sit præjudicialis, utpote quæ omnia habeat, quæ præjudicii propria esse diximus. Et ex diverso si quis pro filio habitus neget se filium esse, non est dubitandum, quin similiter illi actio in eam rem danda sit, sicut ei datur, qui se negat esse patrem, ne ea quæ sunt filii, præstare cogatur. Ex his intelligi potest, 7
longè diversam esse hanc actionem à priore illa de partu agnoscendo. Nam hic inter patrem & filium controversia est; illic inter uxorem & maritum. Illa de partu soli matri adversus maritum datur, non marito adversus matrem. Hæc tam filio adversus patrem, quam patri adversus filium. Illa datur matri solum affirmanti partum justum esse, & mariti filium, neganti non item. Hæc sic patri datur adversus filium, ut detur & affirmanti filium suum esse cum cum quo agitur, & contra etiam neganti: atque ex contrario filio quoque in utramque partem datur. Denique in hac non quæritur, an quis sit filius ex causa justi partus, sed ex quavis causa, qua quis jure civili justus filius efficitur. Hoc præjudicium utiliter etiam fratribus aliisque cognatis dari, ut quis frater vel cognatus, vel de nobili familia pronuntietur, &

conse

consequenter nomen, arma & insignia familiæ ferre, feudaque & alias successiones sperare possit, cum *Bart. Spec. Ias. Zas.* concludit *Schneid. hic n.*34. Duo priora nobis incognita sunt, quia servos aut libertos non habemus.

Una legitimam causam habet] Ex præjudicialibus actionibus una illa, quæ liberalem causam continet, civilis est legitima, utpote quæ ex lege 12. tabularum haud dubiè descendit, quamvis nonnulla etiam à prætore circa hoc judicium constituta sunt, ut patet ex inscriptionibus responsorum sub, *tit. de lib. caus.* reliquæ ex jurisdictione prætoris veniunt: quædam tamen circa actionem de partu agnoscendo cauta sunt Senatusconsultis, *l.* 1. *l.* 3. § 1. *de agnosc. lib.*

TEXTUS.

14. *Sic itaque discretis actionibus, certum est, non posse actorem suam rem ita ab aliquo petere,* Si paret, eum dare oportere. *Nec enim quod actoris est, id ei dari oportet: scilicet quia dare cuiquam id intelligitur, quod ita datur, ut ejus fiat: nec res quæ iam actoris est, magis eius fieri potest. Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est; ut extra pœnam dupli aut quadrupli, rei recipiendæ nomine fures etiam hac actione teneantur,* Si appareat eos dare oportere: *quamvis sit adversus eos etiam hac in rem actio, per quam rem suam quis esse petit.*

NOTÆ.

14. DARI ID INTELLIGITUR] Verbum *dare*, cuius alias est latior significatio, in hac formula, *Aio te mihi dare oportere*, significat dominium transferre, ita dare ut eius cui datur, fiat; uti & in stipulatione dandi, *leg.* 75. § *ult. de verb. oblig.*

NEC, &c. MAGIS EIUS FIERI.] Unde quoque est, quod nemo rem suam sibi dari utiliter stipulatur, *l.* 82. *de verb. obl.* quod res sua legatario inutiliter legatur, § 10. *sup. de legat.*

ODIO FURUM] Nemo rem suam nisi furi condicere potest, *l. ult. in fin. usufr. quem cau.*

QUO MAGIS PLURIBUS ACTIONIBUS] In quo cernitur odium furum. Condictio adversus furem competit, etiamsi non possideat, §. *ult. sup. de obl. ex del.* & sufficit hic actorem dicere se esse dominum, quamvis non probet.

COMMENTARIUS.

1 *Vix esse, ut hodie perperam agere dicatur, qui rem suam sibi dari petit.*

2 *Difficile expeditu esse, quomodo furi res condici possit, seu cum eo sic agi, ut intendamus eum rem nostram notis dare debere.*

3 *Conditionem furtivam etiam in commodum domini introductam: & in quo istud commodum consistat.*

CONfirmata divisione actionum in rem & in personam, aliquid subjicit, quod ad vim divisionis pertinet; certè olim pertinuit, cum adhuc formulæ in usu essent. Didicimus, actione in rem sic quemque experiri, ut dicat, rem, quæ ab alio possidetur, suam esse; actione in personam ita, ut dicat, adversarium dare aut facere oportere, §. 1. *sup eod.* quamquam quædam actiones personales sunt, quibus hæc formula proprie non conveniat, seu in quibus propriè nec dari nec fieri intendatur. Ex hac autem formularum oppositione infert, non posse eum, qui rem suam ab aliquo petit, hac intentione uti, *Aio, te mihi dare oportere*: propterea quod verbum *dare*, cuius alias latior significatio est, in hac formula significet dominium transferre: & dari demum id intelligatur, quod ita datur, ut eius, cui datur, fiat: quod autem alicuius est, id amplius eius fieri non posse, §. *sed si rem* 10. *sup. de legat.* quo etiam pertinet, quod alibi traditur, licet ex pluribus causis idem nobis deberi possit, tamen ex pluribus causis idem non posse nostrum esse, *l.* 14. §. 2. *de text. resiud. l. non ut.* 59. *de reg. iur.* Sic item in stipulationibus verbum dandi strictè accipitur, *l. ubi autem* 75. §. *ult. de verb. oblig.* idemque est, quod nemo rem suam sibi dari utiliter stipulatur, *l. nemo* 82. *de tit.* §. 2. *sup. de inut. stip.* Cæterum hodie vix est, ut perperam agere dici possit, qui rem suam sibi dari petit, postquam formulis sublatis visum est sufficere, actionem, modo aptam rei & negotio congruentem, verbis quibusvis commodis, & id, quod intenditur, utcumque exprimentibus, concipere, *l. un. C. de form. & imp. subl.* maxime cum apud omnes auctores Latinos dare etiam pro restituere & tradere usurpetur. Et bene observavit D. Hotoman. id quod hic Iustinianus tradit, ita in actione in rem formulam iudicij concipi non posse, *Si paret, Lucium Titium dare oportere*, ad illorum temporum rationem referendum esse, quo formulæ adhuc in usu fuerunt, utpote descriptum ex commentariis veteris alicuius Iurisconsulti, *add. præs. Everhard. cons.* 47. *n.* 6. *Greg Tholosan.* 43. *syntagm. cap.* 2. *D. Tulden. C. de form & impetr. num.* 2. *Christin. vol.* 2. *decis* 146. *Merul. lib.* 4. *dist.* 4 *sect.* 3. *tit.* 1. *cap.* 2. ubi tradit, libellos

sive

sive conclusiones, nunc formari secundum morem & stylum cujusque curiæ aut fori, ubi lis est: secus conceptas ab auditoribus explodi, & à iudice rejici solere. Formulæ conclusionum, apud nos usitatæ, in manibus omnium versantur, bonamque earum partem congessit. *D. Merula d. tit. c.* 1. Plures auctor libri, cui titulus, *het nieu verbeter de ende vermeerder de Papegaen.*

Plane odio furum] Exceptio superioris regulæ. Una in causa receptum est contra superiorem definitionem, ut quis rem suam ab aliquo petens hac formula iudicij experiri possit, *si paret, eum dare oportere*; nempe in re furtiva adversus furem, *l.* 1. *& passim de cond. furt.* Vlp. *l. ult. in fin. usufr. qu. cau.* breviter regulam cum exceptione sic expressit; *nemo rem suam nisi furi condicere potest.* Cur hoc in causa furtiva contra regulam receptum sit, docet hic Iustinianus; nimirum propter odium furum, ut pluribus actionibus tenerentur. Illud autem vix est, ut expediri queat quomodo furi res condici possit, id est, sic cum fure agi, ut intendamus, eum, quod nostrum est, dare nobis oportere? Vtique eo sensu, quo verbum dare in formula proposita accipitur, nempe pro dominium transferre: fieri enim non magis hic potest, ut quod meum est, mihi detur & amplius meum fiat, aut ut dare vel dominium transferre possit, qui dominium non habet, quam si res condicatur alii & ex alia causa. Quomodo igitur fur, qui dominus non est, domino, cui soli condictionem furtivam competere constat, *leg.* 1. *de cond. furt.* rem dare poterit? Quod si hoc impossibile est, uti profecto est, absurdissimum videtur, quod hic traditur, furem sic conveniri posse, ut dare iubeatur, & dominium rei, quod non habet, transferre in actorem, eundemque rei peritæ dominum. Nodus hic indissolubilis est, nisi dicamus, in cæteris condictionibus verbum dandi propriè & strictè acceptum, eoque intellectam tantum dominij translationem; in condictione autem furtiva idem verbum laxius & impropriè sumptum, ut eo vi ipsa significaretur rei restitutio: quod & gloss. hic innuit, & facit *l. scite.* 29. §. 1. *de ve. ob.* Cæreroquin non video, quæ ratio dari possit, cur ex causa furtiua placeat eum rectè agere, qui rem suam sibi dari intendit; ex cæteris autem causis ita perperam agi. Plane furi non tantum ex causa furtiva, sed & ex aliis quoque causis res condici potest: quod interpretes vulgo sic exprimunt, ut dicant, condictiones omnes contra furem degenerare, *fac. l. ult. in fin. usufr. qu. cav. l. si urbana* 45. *in fin. de cond. indeb. iunct. l.* 15. §. 1 *eod. l. si procuratori* 14 *in fin. de cond. caus. dat. l.* 6. §. *pen. l. rerum* 25. *de act. rer. amot. Gomes. hic n.* 28. *p. ult. Accurs. Io Fab Ange. Ias.* In eadem causa cum furibus sunt & raptores cæterique violenti possessores: nam & ei, qui vi aliquem de fundo dejecit, fundus condici à domino potest, *l.* 1. *in fin. cum l. seq. de cond. trit. & l.* 16. *Donell.*

Quo magis pluribus actionibus] In hoc cernitur odium furum. Nam ut actori commodum est plures habere actiones, ita incommodum reo pluribus actionibus conveniri posse, maximè si quarundam vi & potestate fortius & efficacius teneatur. Itaque etsi adversus furem præter actionem furti pœnalem esset & in rem actio, per quam dominus rem sibi surreptam à possidente vendicare poterat intendendo rem suam esse: placuit tamen, adhuc aliam eamque commodiorem ac pleniorem adversus furem ejusque hæredem domino dari, qua quidem & ipsa rem persequeretur, sed eam condicendo, id est, intendendo eam sibi dari oportere; quæ actio veteribus dicta est condictio furtiva, §. *ult. sup. de oblig. quæ ex del. l.* 1. *& tot. tit. de cond. furt.* Commodum condictionis duplex. Primum in eo, quod etsi tam condictio hæc, quam rei vendicatio soli domino datur tamen hoc interest, quod in vendicatione is, qui agit, probare debet se dominum esse; in condictione satis est, si se dominum esse dicat. Neque enim furi permittendum, ut referat quæstionem dominij. Sed & absurdum esset, ab eo, qui intendit, rem sibi dari oportere, quod facit, qui condictione experitur, probationem dominij exigere. Quod autem soli domino condictio dari dicitur, id non alio pertinet, quam ut exeludantur ij, quibus furti actio competit ob hoc solum, quod eorum interest, furtum factum non esse; in quo numero sunt commodatarius, conductor, creditor pigneratitius, § *furti* 13. *cum seqq. sup. de obl. quæ ex del.* Alterum positum in eo, quod rei vendicatio non nisi adversus possessorem eumve, qui dolo malo possidere desiit, detur; condictio autem furtiva adversus furem competat, etiamsi non possideat, nec dolo desierit possidere, §. *ult. sup. d. tit.* quamvis enim furtum sine dolo non committitur, potest tamen possessio rei furtivæ sine dolo, imo & sine culpa furis, amitti. Hinc porro est, quod condictio etiam re perempta locum habeat, nec rei interitu fur liberetur, *l.* 8. *l. ult. de cond. furt. l.* 2. *C. eod. & ibi post Bart. Baldum, Salicetum, Don. num.* 19. *Tuldenum ad d. tit C. num* 5 *Christin. vol.* 3. *decis.* 12. *num.* 2. Nimirum ut aiunt Iurisconsulti in *d. l.* 8. §. 1. *& d l. ult. de cond furt.* fur perpetuo moram facere intelligitur: moræ autem hæc vis est, ut obligationem perpetuet, id est, efficiat ut debitor perinde perpetuo teneatur, atque si res adhuc extaret, *l.* 5. *de reb. cred. l. si servum* 91. §. *sequitur.* 3. *de verb. oblig.* Idem vero effectus moræ non est adversus possessorem, sed qui rem sine dolo possidere desiit, ut maximè ei possit objici culpa

pa, quod monitus aliquando rem non restituerit, vindicatione non tenetur, *leg. quipetitorio 35. de rei vend.* Plane mora judicialis etiam in vindicatione possessori nocet, puta si res possessa post litem contestatam periit, sed ita si petitor rem acceptam distracturus fuerat, *leg. item si 25. §. ult. d. tit.* alioqui placet etiam eum, qui post litem contestatam possessionem sine dolo aut culpa amisit, absolvendum esse, *l. sin autem 27. §. 1. eod.* vide quæ nos *supr. ad §. 2. huius tit.* Porro ex prædictis apparet condictionem furtivam non magis in odium furis, quam in favorem domini introductam esse.

TEXTVS.

15. *Appellamus autem in rem quidem actiones, vendicationes: in personam vero actiones; quibus dare aut facere oportere intenditur, condictiones. Condicere enim est denuntiare, prisca lingua. Nunc vero abusivè dicimus, condictionem, actionem in personam esse, qua actor intendit dari sibi oportere. Nulla enim hoc in tempore eo nomine denuntiatio fit.*

NOTÆ.

15. APPELLAMUS] Ulpianus *leg. 25. de oblig. & act.*

VINDICATIONES] Vindicare propriè est rem aliquam sibi asserere, & suam esse dicere. Gell. 20. c. 10. De vindiciis & lite vindiciarum vid. Fest. & Ascon. 3. Verr.

CONDICTIONES] Quædam tamen actiones in personam hoc nomen sibi velut proprium fecerunt, *l. 36. h. t.* ut condictio certi, indebiti, sine causa, ob causam dati, triticiaria, ex lege, &c.

CONDICERE EST DENUNTIARE] Donat. *ad Pherm. act. 1. scen. 2.* Festus, *Condictio in diem certum est eius rei, quæ agitur, denuntiatio.* Significat autem denuntiationem mutuam, seu utriusque litigantium: Condicere enim est simul dicere, & diem in commune dicere, quo in judicium veniatur.

COMMENTÀRIVS.

1 *Vendicare quid sit vindiciarum: vindicia, & alia.*
2 *Quid veteribus sit condicere, & cur inde actio in personam dicta condictio.*
3 *Pro veteri condictione quid postea institutum, & quid hodie.*

HActenus in superiore divisione actionum in rem & in personam de re ipsa dixit, quæ his generibus continetur. Nunc admonet de nominibus ipsorum generum, ut si quando nomina in libris juris occurrerent, ut passim, sciamus quæ species ex superioribus significetur, ad quas deinde ius de singulis ante traditum accommodemus. *Appellamus*, inquit, *in rem actiones vendicationes. in personam vero condictiones.* Eadem sententia Ulpianus in *l. actionum 25. de obl. & act. actionum*, inquit, *duo genera sunt, in rem, quæ dicitur vendicatio, & in personam, quæ condictio appellatur.* Pertinet vero hoc ex æquo ad omnes utriusque generis species. Neque enim solum actio, qua rem dominij nostri petimus, vendicatio dicitur; sed etiam illæ, quibus cætera in rem jura, veluti usumfructum, servitutes, pignora, persequimur, *l. 1. & passim si usufr. pet. & tit. si serv. vend. l. ult. de pign. act. leg. si fundus 16. § in vendicatione de pign.* Et contra omnis in personam actio condictio dicitur: quamquam nonnullæ hujus generis hoc nomen sibi velut proprium fecerunt, *l. cessat. 36. de obl. & act.* ut condictio certi indebiti, sine causa, ob causam dati, ex lege, &c.

Vendicationes] De origine hujus nominis non constat. Probabile quidem multis videtur, quod Hotoman. existimat, *vindico* verbum esse compositum à vim & dico, quemadmodum *iudico*, auctore Varrone *lib. 4. de ling. lat.* concretum ex jus & dico: nam olim in vendicationibus manus conseri & vim quandam adhiberi soliram, quam Cicero in *Orat. pro Cæcin.* quotidianam, A. Gell. *lib. 20. noct. 10.* festucariam appellat, quia festuca fieri solebat. Cæterum non sine causa de eo ambigitur, propter vindictæ verbum, quo etiam ultio significatur, & maximè quia non vim dicere, sed vim facere dicimur. Sed non est, quod de ratione nominis laboremus, cum de significatione constet. Vendicare enim rem aliquam nihil aliud, est quam aliquid sibi asserere & suum esse dicere, sive id dominium sit aut aliud jus, sive possessio, quam in re habemus, & nobis defendimus. Et cum olim mutuæ essent vendicationes, *vid. sup. §. 1. sub. fin.* necessario eveniebat, ut in omni controversia proprietatis simul ipsa quoque possessio dubia & controversa efficeretur, ac proinde priusquam judicium perageretur & principalis quæstio de proprietate terminaretur, sententia ferenda esset super possessione. Quæ controversia dicebatur lis *vindiciarum*, & uno verbo *vindicia*, à vindicando, & numero quoque singulari *vindicia*, auctore Servio Sulpitio apud Fest. in voce, *vindicia*, ubi Festus ait, Servium dixisse, *vindiciam esse, cum de aliqua re controversia est, ab eo, quod vindicatur.* Fiebant autem vindiciæ correptione manus, & quidem ex duodecim tabulis in re atque loco

præsenti apud prætorem; postea autem in agrorum controversiis in gleba ex agro, de quo litigabatur, in ius allata; in qua Gellius 20. *noct.* 10. scribit litigantes tanquam in toto agro vendicare solitos fuisse. Hinc vero apparet, litem vindiciarum non pertinuisse tantummodo ad quæstionem de momentanea possessione, quam nunc vulgo recredentiam vocant, licet id pro certo tradunt DD. Budæus & Hotomannus; sed eo verbo veteres significasse controversiam de toto negotio, seu de possessione simul & proprietate. Quod etiam evidenter ostendit locus Asconij in *orat.* 3. *Verrin.* quem ideo adscripsi. *Lis vindiciarum est*, inquit ibi Asconius, *cum litigatur de ea re apud prætorem, cujus incertum est quis debeat esse possessor. Et ideo qui eam tenet, satisdat pro præda litis vindiciarum adversario suo, quo illi satisfaciat, nihil se deteriùs in possessione facturum, de qua jurgium est. Rursus sponsione ipse provocatur ab adversario certæ pecuniæ aut æstimationis, quam amittat, nisi sua sit hæreditas, de qua contenditur.* Putaverunt, verbo vindiciæ, significari ipsam possessionem. Quod ego, uti à verbi proprietate nimis alienum est, ita falsum esse arbitror. Neque illa, quæ apud Livium & alios legimus, *postulare vindicias*, *dare vindicias*, hoc probant. Nam postulare vindicias ille dicitur, qui petit, ut secundum se vindiciæ dicantur; dare, qui in lite vindiciarum secundum aut contra aliquem pronuntiat: quemadmodum litem dare secundum aut contra aliquem dicimus, pro secundum aut contra aliquem iudicare. Denique dicere possessionem, non dicitur, sed bene, dicere vindicias, locutione scilicet figurata, pro dicere sententiam in lite vindiciarum. Sane veteres etiam res ipsas de quibus controversia erat, & glebas quoque, quæ ex agro sumptæ in jus afferebantur, nonnunquam vindicias appellant, sed per metonymiam subjecti. Nam in re cõtroversa fiebant vindiciæ, & in glebis tanquam in agro vendicabatur, ut ex Gellio iam audivimus: qui hoc ipso simul nos docet, quid propriè sit vendicare, nimirum rem aliquam sibi asserere & suam esse dicere. Hodie constat; vendicationes dici actiones in rẽ de proprietate, omnique jure, quod quis in re habet: de quibus iã antea explicatum est.

Condicere est denuntiare] Quod Iustinianus hic ait, condicere prisca lingua esse denuntiare, id etiam Festus in ea voce notat. *Condicere*, inquit, *est dicendo denuntiare: & condictio est eius rei, qua agitur, denuntiatio.* Donat. in illud *Phorm. act.* 1. *scen.* 2. *& tibi scribam dicam*; *denuntiatione*, inquit, *in personam: ne diceret, non mihi denuntiasti.* Theophilus tradit, priscis temporibus moris fuisse ut is, qui cum aliquo litem habebat, adversario suo denuntiaret, ut hoc vel illo die ad judicium accipiendum & litem persequendum adesset. Sed ex his nondum intelligitur, quid veteribus sit condicere multoque minus, quam rationem habeat, quod inde actio in personam dicta sit condictio. Itaque sciendum est, verbo condicere non significari unius actoris denuntiationem, sed denuntiationem mutuam & utriusque litigantium. Nam condicere valet, simul dicere, & die in commune dicere, quo in judicium veniatur, ut Festus quoque hoc verbum interpretatur: & hinc idem verbum translatum etiam ad alia, quæ communi & mutua denuntiatione certi temporis & loci inter aliquos dicuntur, statuunturque ut fiant: ut condicere cœnam, pro denuntiare alicui ut adsit: & vice versa denuntiare & promittere te adfuturum. Cic. ad Lentul. *Crassus cum mihi condixisset cœnam, cœnavit apud me in mei generi Crassipedis hortis.* Sueton. in Tib. *Sexto Claudio libidinoso ac prodigo seni cœnam ea lege condixit, ne quid ex consuetudine immutaret aut demeret.* Ita autem moris olim fuit, ut qui litem vellet intendere, is adversario suo denuntiaret, ut in jus veniret: qui aut ire, aut sponsorem dare compellebatur, fore, ut constituto die se judicio sisteret: quæ res vadario dicebatur, & ante litem contestatam fiebat. Constituto deinde à prætore judicio, diem committendi judicij simul dicebant, id est, communi consensu constituebant invicem denuntiando; actor denuntiando reo, quo die vellet eum in judicium venire; reus denuntiando actori se eo die affuturum: idque uno verbo dicebant diem condicere; & hinc condictio, mutua illa denuntiatio. Quia vero ad hanc rem ferè tertium sive perendinum diem sumere solebant, inde natum nomen comperendinationis. Nemo hoc planius exponit Asconio, qui *Verrina* 3. sic scribit: *Comperendinatio est ab utrisque litigatoribus invicem sibi denuntiatio in perendinum diem. Nam cum in rem aliquam agerent litigatores, & pœna se sacramenti peterent, poscebant iudicem, qui dabatur post tertium diem: quo dato, deinde inter se in perendinum diem, ut ad judicium venirent, renuntiabant.* Atenim cum hæc sive condictio sive denuntiatio, sive comperendinatio omnibus in judiciis fieri solerent, sive in rem, sive in personam ageretur, quæ causa est, quod sola actio in personam nomine condictionis designata, sit? Credibile omninò est, cum ex duabus istis actionum speciebus una certum & proprium nomen inveniisset, alteram quia proprio carebat, nomine generis appellatam, more loquendi communi & juris auctoribus maximè usitato. Itaque cum actio in rem speciale & proprium haberet nomen vindiciarum sive vindicationis, actioni in personam nomen utriusque judicij commune relictum fuisse. Prolixius hæc exequitur D. Hotomannus.

Nunc vero abusivè dicimus condictionem] Rectè

abusivè:

abusivè: quia non est in re, quod verbo significatur. Abusus autem hac ratione defenditur, quod primo actio in personam ejusmodi condictionem habuit, à quo proficiscereturi. Re sublata mansit nomen, quod initio actioni fuerat, quemadmodum & in aliis plerisque rebus priscis adhuc appellationibus utimur, quamtumvis usu rei exoleto

Nulla hoc tempore denuntiatio] Iustiniani ætate verus illa condictio & solemnis illa ad judicium denuntiatio obsoleverat. Sustulere eam Impp. Arcadius, Honorius & Theodosius; quorum constitutio extat in *l. si quis 6. Theod. de denunt. vel edict. rescript.* Novella autem Iustiniani lege certum tempus hanc in rem constitutum: oblato enim libello citatorio viginti dierum inducias reo indulgeri voluit, ut secum interim deliberet; cedere, an contendere malit, *auth. offeratur. C. de lit. contest.* Nos hoc iure nunc utimur, ut executor vocato diem dicat, & moderatum tempus ad deliberandum concedat, prout res, persona vocati, locus, cæteræque circumstantiæ desiderare videntur. *D. Merul. lib. 4. dist. 4 sect. 1. tit. 4. c. 14. Gail. 1. obs. 74. n. 16. & seqq. Gudelin. lib. 4. de iur. nov. c. 5.*

TEXTUS.

16. *Sequens illa divisio est, quod quædam actiones rei persequendæ, gratia comparatæ sunt, quædam pœnæ persequendæ, quædam mistæ sunt.*

Notæ.

16. QUÆDAM REI PERSEQUENDÆ, QUÆDAM PŒNÆ] Rei nomine hîc intelligitur, quicquid est extra pœnam legitimam: pœnæ nomine ea duntaxat, quæ certo iure constituta est, *l. 36. hoc t.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid hic vocetur rei persecutio, quid pœna; & usus huius divisionis.*

PROponitur hic alia actionum divisio sumpta ab objecto; quippe quæ docet, quid quaque actione petatur. Divisio hæc est, quod quædam actiones rei persequendæ gratia comparatæ sunt, quædam pœnæ, quædam tam pœnæ quam rei, & ob id mixtæ. Quæ horum alterutrum aut utrumque contineant, sequentibus aliquot §§. exponit Iustinian. Illud non exponit, quid hic vocetur rei persecutio, quid pœnæ; cujus tamen explicatio ad illustrandam divisionem, vel maximè facit. Sed quod hic omissum est, docebit nos definitio rei persecutoriarum à Paulo tradita *l. in honorariis 35. de obl. & act.* Illic enim sic Iurisconsultus scribit; *Illæ* (actiones) *rei persecutionem continent, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest.* Opponit Iurisconsultus persecutionem eius quod ex patrimonio nobis abest, persecutioni pœnæ. Itaque ex contrario definiemus, illas actiones pœnæ persecutionem habere, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis non abest. Ex patrimonio nobis abesse dicuntur hæc quatuor; quod est in patrimonio nostro, sed ab alio tenetur; quod esse desiit, sed ex obligatione nobis restituendum est; quod nobis debetur ex contractu; quodcunque eius, quod nobis abest, æstimationem continet, qualis est æstimatio, quæ fit ex iureiurando in litem, *l. 1. l. 8. de in lit. iur.* item pœna conventione promissa, quæ & ipsa caveri solet loco eius, quod interest, § *ult. de verb. obl. l. ult. de prat. stip.* Quare quæcumque sunt actiones, quibus horum aliquid persequimur, eas dicemus esse rei persecutorias; quod ipsum etiam species subjectæ declarant. Et rursus ex contrario, quæ alicuius rei ex superioribus persecutionem non habent, eas dicemus esse pœnales. In summa, rei nomine hoc loco continetur, quicquid est extra pœnam legitimam: pœnæ nomine ea duntaxat, quæ iure certo constituta est. Hinc iam non difficile erit iudicare, quæ sint actiones alterutrius generis, aut mixtæ. Usus divisionis propositæ præcipuus & huius loci proprius est, ut intelligamus, quid quaque actione peti oporteat. Est vero & secundarius, ut dignoscatur, quæ actiones sint perpetuæ, quæ temporales; quæ in hæredes dentur, quæ non dentur: de quo infra *sub tit. de perp. & temp. act.*

TEXTUS.

17. *Rei persequendæ causa comparatæ sunt omnes in rem actiones. Earum vero actionum, quæ in personam sunt, eæ quidem, quæ ex contractu nascuntur, ferè omnes rei persequendæ causa comparatæ videntur: veluti quibus mutuam pecuniam, vel in stipulatum deductam, petit actor: item commodati, depositi, mandati, pro socio, exempto, vendito, locato, conducto. Plane si depositi agatur eo nomine, quod tumultus, incendij, ruinæ, naufragij causa depositum sit, in duplum actionem prætor reddit, si modo cum ipso, apud quem depositum sit, aut cum hærede eius de dolo ipsius agitur: quo casu mista est actio.*

NOTÆ.

17. QUÆ EX CONTRACTU NASCUNTUR] Illæ omnes rei persecutionem continent, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest, *d. l.* 35. *hoc tit.* Ex patrimonio nobis abesse dicitur. 1. quod est in patrimonio, sed ab alio tenetur. 2. quod esse desiit, sed ex obligatione restituendum. 3. quod nobis debetur ex contractu. 4. quod eius, quod nobis abest, æstimationem continet: quo etiam refero pœnam conventione promissam, §. *ult. sup. de verb. obl.*

TUMULTUS, INCENDII, &c] Hæc actio in duplum datur adversus inficiantem & fallentem fidem: in confitentem vero tantum in simplum actio est, *l.* 1. §. 1. *& 3. seqq. depos.* §. 28. *inf. eod.*

COMMENTARIVS.

1 *Actiones in rem omnes rei persecutoriæ.*
2 *An personalium ex contractu aliæ mixtæ, quam illa ex deposito miserabili.*
3 *Cur hæc excepta: & cur in haredem tantum ex proprio dolo detur.*

1 *OMnes in rem*] Actiones in rem omnes comparatæ sunt rei persequendæ gratia; quippe quibus omnibus sine exceptione persequimur, quod ex patrimonio nobis abest, videlicet rem nostram, aut ad ius nostrum pertinentem, quæ ab alio tenetur. Non obstat, quod in his actionibus ob contumaciam non restituentis in litem jurari solet, *l. qui restituere* 68. *de rei vend. l.* 5. *de in lit. iur.* & quod hoc iureiurando contumacia punitur, cum actori permittatur rem æstimare etiam ultra rei pretium, *l.* 1. *i.* 8. *d. tit.* Nam hæc ipsa pœna nihil aliud est, quam æstimatio eius quod actori abest; non illa quidem, qua res omnibus vulgo tanti sit: sed tamen quam actor dicit rei suæ, quem æquum non est cogi suo pretio rem suam æstimare, *d. l.* 8. *de in lit. iur. l.* 9. *de act. rer. amot.* Atque ut hæc æstimatio reo pœna sit, tamen ea non petitur actione, sed officio iudicis, quod actioni subseruit, ex accidenti imponitur: actor autem nihil amplius quam rem suam petit; & illa quoque ipsa æstimatio actori est rei suæ persecutio, utpo e qui ultra id quod ei abest, nihil consequitur, spectamus pretium, quo rem suam æstimat: quod sanè æquissimum est, arbitrio domini definiri, *d. l.* 8. *de in lit. iur.* Ita ferme & DD. vulgo.

Quæ ex contractu ferè omnes rei persequendæ] Actiones quoque in personam, quæ ex contractu nascuntur, rei persecutoriæ sunt: quoniam
2 & his nihil aliud persequimur, quam quod nobis abest. Particulam autem *fere* addidit propter actionem depositi miserabilis, quam & ipse mox excipit, & mixtam esse dicit. Fortassis & propter actionem legati pij, quæ etiam quandoque mixta est, licet ex quasi contractu veniat, §. *vi autem 19. inf. eod.* Excipiunt nonnulli & actionem redhibitoriam, quæ dicitur interdum in duplum condemnationem habere, *leg. redhibitoria* 45. *de adil. edict.* sed perperam, meo iudicio: nam duplum ea actione non tam ut pœna petitur, quam quod in venditione mancipiorum & animalium duplum à venditore repromitti solet, *fac. l. cum autem* 23. §. *si servus* 4. *d. titul.* Sic actio, qua dupla petitur nomine evictionis, non pœnæ, sed rei persequendæ causa instituitur; quia ex stipulatione duplæ competit, *leg.* 2. *& pass. de evict. l. quod si nolit* 31. §. *quia assidua* 20. *de adil. edict.*

Tumultus, incendii, &c.] In eum, qui tumultus, incendij, ruinæ, naufragii causa depositum inficiatus erit, ejusve hæredem fraudulentum, actio in duplum à prætore redditur, *l.* 1. §. 1. *depos.* 3
Merito has causas deponendi à cæteris segregavit prætor: primum quoniam in aliis casibus spatium deliberandi datur, cui res committenda sit: in his autem trepidatio nullum tempus ad deliberandum concedit: deinde quia aliis in casibus perfidia nihil eximium habet præter cætetas: hæc vero singularis est, & maiore odio digna, quod ubi misericordia opus est, crudelitas adhibetur, & calamitas calamitati imponitur, *d. l.* 1. §. 2. *& seqq. depos. l.* 1. *& pass m. de incend. ruin. naufr.* Diximus autem, in eum, qui inficiatus erit; quoniam hæc in duplum actio non nisi adversus inficiantem & fallentem fidem datur: nam in confitentem tantum in simplum actio est, *d. l.* 1. §. *hac autem* 4. *depos.* § *sed furti* 28. *inf. hoc titul.*

Aut cum hærede eius de dolo ipsius] De dolo ipsius, hæredis scilicet. Hac enim adjectione Iustinianus significare voluit, actionem depositi miserabilis tum demum in hæredem in duplum dari, cum ille ex dolo & inficiatione propria convenitur, non etiam si cum eo agatur ob dolum defuncti: nam tunc in hæredem in simplum duntaxat hoc iudicium datur, *d. leg.* 1. § 1. *l.* 18. *depos.* Non obstat, quod passim traditur, actiones ex contractibus venientes in hæredes in solidum dari, licet ob dolum eorum, quibus successerunt, conveniantur, *l.* 12. *l. ex contractibus* 49. *de obl. & act. l. ad ea.* 157. §. *ult. de reg. iur. cum simil.* Nam illa definitio ad actiones pœnales non pertinet, sed ad eas tantum, quæ sunt rei persecutoriæ: & aliud est, dari in solidum; aliud, dari in duplum.

TEXTUS

TEXTUS.

18. *Ex maleficiis vero prodita actiones, aliæ tantum pœnæ persequendæ causa comparatæ sunt : aliæ tam pœna, quam rei persequendæ; & ob id mistæ sunt. Pœnam tantum persequitur quis actione furti: sive enim manifesti agatur, quadrupli, sive non manifesti, dupli, de sola pœna agitur : nam ipsam rem propria actione persequitur quis, id est, suum esse petens, sive fur ipse eam rem possideat, sive alius quilibet. Eo amplius adversus furem etiam condictio est rei.*

19. *Vi autem bonorum raptorum actio mista est, quia in quadruplo rei persecutio continetur : pœna autem tripli est. Sed & legis Aquiliæ actio de damno iniuria dato mista est : non solum si adversus inficiantem in duplum agatur, sed interdum & si simplum quisque agat; veluti si quis hominem claudum aut luscum occiderit, qui in eo anno integer & magni pretij fuerit : tanti enim damnatur, quanti is homo eo in anno plurimi fuerit, secundum jam traditam divisionem. Item mista est actio contra eos, qui relicta sacrosanctis Ecclesiis, vel aliis venerabilibus locis, legati vel fideicommissi nomine dare distulerint, usque adeo ut etiam in iudicium vocarentur. Tunc enim & ipsam rem vel pecuniam, quæ relicta est, dare compelluntur, & aliud tantum pro pœna : & ideo in duplum eius fit condemnatio.*

NOTÆ.

18. ALIÆ TANTUM POENÆ PERSEQUENDÆ] Paul. 35. *hoc tit.* persecutionem eius, quod ex patrimonio nobis abest, opponit persecutioni pœnæ. Itaque illæ actiones, pœnæ persecutionem habent, quibus persequimur quod ex patrimonio nobis non abest, uno verbo quibus persequimur pœnam legitimam.

NON IPSAM REM PROPRIA ACTIONE, &c.] *§. ult. de obl. quæ ex del. nasc. §. 14. sup. h. t. l. 7. §. 1. de cond. furt.*

19. IN QUADRUPLO REI PERSECUTIO] *sup. vi bon. rapt. in pr.*

SI ADVERSUS INFICIANTEM] Actio damni iniuria ex lege Aquilia inficiatione crescit in duplum, *§. ult. sup. de obl. quæ quasi ex cont.*

IN EO ANNO PLURIMI] Aut diebus triginta proximis ex legis Aquiliæ capite tertio, §. 9. & §. 14. *sup. de leg. Aquil.*

ALIIS VENERABILIBUS LOCIS] Puta nosocomiis, xenodochiis, orphanotrophiis, aliisque piis locis, *tit. C. de Episc. & Cler.*

LEGATI VEL FIDEICOMMISSI NOMINE] Hæc una actio quasi ex contractu duobus casibus mixta est, & in duplum constituta, si reus inficiatus erit; *§. ult. sup. de obl. quæ quasi ex cont.* si tandiu solvere distulerit, dum in ius vocaretur, §. 26. *inf. eod.* Schol. Th. ὁ μόνος ἐξ ἀνάγκης, ἀλλὰ καὶ ἐξ ὑποθήκης, ἢ διαλύσεως εἰσάγεται. τοῦτο εἴρηται β. 6. κ. τ. κωδ. τιτ. γ. λέγει μὲ, hoc est, *l. 45. C. de Episc. & Cler.* In edit. Gothofr. & Pac. est *l. 46.*

COMMENTARIVS.

1 *Pro mere pœnalibus esse & certæ quantitatis pœnæ persecutorias.*
2 *Quæ quibus exceptis mixtæ.*
3 *Pro pœnalibus quæ habeantur, cum à parte actoris pœnales non sint.*

EX maleficiis actiones quæ sunt, omnes persecutionem pœnæ habens : sed quædam ex his pœnæ solius, pleræque autem pœnæ simul & rei; quæ proinde mixtæ sunt. Duæ tantum excipiendæ, condictio furtiva, & actio rerum amotarum, quæ solius rei persecutionem continent, *l. 7. §. 1. & 2. de cond. furt. l. si mulier 21. §. pen. de act. rer. am.*

Pœnam tantum actione furti] Actio furti sive manifesti sive nec manifesti solam pœnam persequitur, *§. ult. sup. de obl. quæ ex del. d. l. 7. §. 1. de cond. furt.* Eiusdem generis est & actio iniuriarum; quippe qua nihil, quod nobis abest persequimur, sed tantum vindictam criminis, *l. 7. §. 1. de iniur.* Pro pure pœnalibus habendæ etiam sunt, actio de albo corrupto, *l. 7. de iurisd. §. pœnalis 12. sup. hoc tit.* actio de parente aut patrono sine venia in ius vocato, *d. §. 12. l. pen. & ult. de in ius voc.* item actio de suspenso & posito, *§. 1. tit. præc. l. 5. §. prætor 6. de his deiec.* denique omnes illæ, quibus non persequimur duplum, triplum aut quadruplum, sed certam pœnæ summam delicto simpliciter impositam, sine consideratione alterius rei, veluti 50. aureos.

Ipsam rem propria actione persequitur quis] Eam vel vendicando à quocunque possessore, vel condicendo furi eiusve hæredi, *§. ult. sup. de obl. quæ ex del.* ubi hoc latius explicatum est.

Vi bonorum raptorum actio mista] In actione vi bonorum raptorum quadruplum non est totum

pœna, ut in actione furti manifesti; sed in quadruplo continetur & rei persecutio, ut pœna tantum sit tripli, *sup. vi bon. rap. in pr.* ac proinde mixta est hæc actio.

Legis Aquiliæ actio.] Actio quoque legis Aquiliæ de damno injuria dato mixtam causam obtinet, seu partim rem, partim pœnam persequitur, sive adversus confitentem agatur in simplum, quo casu res æstimatur quanti plurimi eo anno aut diebus 30. proximis fuerit, §. *his autem* 9. & 14. *sup. de leg. Aqu.* sive adversus inficiantem, quo casu lis crescit & in duplum actio redditur, *leg. inde Neratius* 23. §. *pen. ad leg. Aq.* §. *ult. sup. de obl. quæ qu. ex contr.* Sed & cæteræ quoque actiones ex maleficiis præter furti & injuriarum, certæque quantitatis pœnæ persecutorias, quæ mere pœnales sunt, & conductionem furtivam rerumque amotarum actionem, quæ sunt rei persecutoriæ, omnes sunt mixtæ, id est, rei simul & pœnæ persequendæ causa comparatæ. Veluti actio servi corrupti *l.* 14. §. *in hac actione* 5. *de serv. corrup.* quod metus causa, *l. item si* 14. § *sed & si* 9. & 2. *seqq. quod met. ca.* de calumnia. *l.* 5. §. 1. *de calumn.* tripli & quadrupli ob majores sportulas exactas, §. 24. & *seq. inf.* &c. denique & illæ, quæ quasi ex maleficio nascuntur, similiter mixtæ fere sunt, ut intelligi potest ex his, quæ de hoc genere tradita sunt *sup. de obl. qua qu. ex del.* Illud sciendum est, quasdam esse actiones, quæ pro pœnalibus habeantur, & ideo in hæredes non dentur, licet à parte actoris pœnales non sint. Nam quoties actio factum punit & in dolum tantum concepta est, pœnalis habetur, eoque nec adversus hæredes datur, quamvis proposita sit ei, cui eo facto quid absit, atque ita rei persecutionem contineat, *l.* 9. §. 1. *quod fals. tut.* de quo diligentius differimus *inf. de perp. & temp. action.* §. 1.

Relictæ sacrosanctis Ecclesiis.] Ex quasi contractu actiones omnes rei persecutionem habent, utpote quarum nulla ultra id quod abest, persequimur, ut licet intelligere ex generibus harum actionum quæ exponuntur *sup. de obl. qua qu. ex contr.* Una actio ex hoc genere huic excipitur, nempe actio ejus legati & fideicommissi nomine, quod relictum est Ecclesiæ aut aliis venerabilibus locis; puta nosocomiis, xenodochiis, orphanotrophiis, &c. *tit. C. de Episc. & Cler.* Hæc actio duobus casibus mixta est, & constituta in duplum, si reus inficiatus erit; si tamdiu solvere distulerit, dum in ius vocaretur, § *sed furti* 26. *inf.* Scholiastes Theoph. ἀ μόνον ἐξ ὁμολογήσεως, ἀλλὰ καὶ ἐξ ὑστερήσεως, ἡ δὲ πλῆσις ἀπάρχεται τέτο εἴρηται. βιβ. α. τ. κωδ. τ. γ. λέγ. μς. hoc est, *l.* 45. *C. hoc tit.* in editione Gothofr. & Pacii est *l.* 46.

TEXTUS.

20. *Quædam actiones mistam causam obtinere videntur, tam in rem, quam in personam: qualis est familiæ erciscundæ actio; quæ competit cohæredibus de dividenda hæreditate. Item communi dividundo; quæ inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, ut id dividatur. Item finium regundorum actio, qua inter eos agitur, qui confines agros habent. In quibus tribus judiciis permittitur judici, rem alicui ex litigatoribus ex bono & æquo adjudicare: & si unius pars prægravari videbitur, eum invicem certa pecunia alteri condemnare.*

NOTÆ.

20. TAM IN REM, QUAM IN PERSONAM.] In rem esse videntur, quia in his quisque de re sua agit: in personam, quia dantur adversus eum, qui propter communionem aut terminorum confusionem nobis obligatus est, *l.* 1. *in fin. reg. l.* 1. *fam. erc.* & cum re etiam personales præstationes persequuntur, *l.* 22. §. 4. *fam. erc. l.* 3. *comm. div.*

QUÆ COMPETIT COHÆREDIBUS.] Tres hæ actiones familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum, ex lege 12. tabularum descendunt, *l.* 1. *fam. erc. l. ult fin. reg.* quæ ideo constitutæ, ut communio, cujus materia discordias excitare solet, *l.* 77. §. 20. *de l.* 2. tollatur. Pac.

QUI CONFINES AGROS HABENT.] Ut fines regantur. Regi fines dicuntur, quoties unusquisque ager propriis finibus terminatur.

IN QUIBUS TRIBUS JUDICIIS.] Qui judicem in unoquoque horum judiciorum sequi oporteat, explicatur plenius *inf.* §. 4. & 2. *seqq. de off. jud.*

COMMENTARIVS.

1 *Quo sensu & quam ob causam actiones hic propositæ dicantur mixtæ.*
2 *Judicium fam. erciscæ. inter quos reddatur, & quid contineat.*
3 *Inter quos qua de re agatur communi dividundo.*
4 *Inter quos finium regundorum, & cujus rei gratia.*

PEr occasionem, quod proxime dixerat de actionibus mixtis, subiicit tres alias actiones,

nes, quas & ipsas mixtas videri ait, videlicet, familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum; sed quæ longe diversi sunt generis, longeque aliam ob causam mixtæ dicuntur quam dicuntur illæ, quæ tertium membrum superioris divisionis constituunt: non enim ideo has actiones mixtam causam habere dixi, quod, ut superiores illæ, conjunctim rei & pœnæ persecutionem contineant, cum omnes rei tantum persequendæ gratia comparatæ sunt; sed quia partim 1 in rem esse videntur, partim in personam. Ex quo simul illud intelligimus, hæc eadem judicia alio quoque sensu hic mixta vocari, quam quo mixta appellantur in *l. actionis* 37. §. 1. *de obl. & act.* & alibi duplicia, *l.* 2 §. 1. *comm. div.* nimirum, quod in iis uterque ex litigatoribus duplicem personam sustineat actoris videlicet & rei *l. in tribu* 13. *de iud. l. judicium* 10 *fin. reg. l. inter cohæredes* 44. §. *qui familiæ* 4. *fam. erc.*

Mistam causam obtinere videntur tam in rem] In rem esse videntur, quia in his quisque de re sua agit ad instar ejus, qui vendicat. In personam ideo, quia dantur adversus eum, qui propter communionem aut terminorum confusionem nobis obligatus est. Notandum autem, quod non simpliciter ait has actiones mixtam causam obtinere, tam in rem, quam in personam; sed obtinere videri. Nimirum, quia id præ se ferunt. Revera autem sunt actiones in personam omnino: quippe quæ tales origine & essentia sua, quamvis fine & effectu nonnihil cum actionibus in rem communes habeant, *l.* 1 *fin. reg leg.* 1. §. 1. *C. de ann. exc.* quod fusius à me expositum, *sup.* §. 1. *hoc tit.*

2 *Quæ competit cohæredibus de dividenda hæreditate*] Judicium familiæ erciscundæ est, quod inter cohæredes redditur de dividenda hæreditate, hoc est, quo hæres agit adversus cohæredes suos, ut res hæreditariæ, prius indivisæ, dividantur, & à communione discedatur, *leg.* 1. *fam. ercisc.* Estque hæc princeps hujus judicii causa, sed non sola: nam & præstationes quasdam personales continet, quibus hæres hæredi propter communionem rerum est obnoxius, *l. item Labeo* 22. §. *penul. d. tit.* Vbi Vlpianus ait, judicium familiæ erciscundæ ex duobus constare, id est, ex rebus atque præstationibus, quæ sunt actiones personales. Rerum divisio qualis sit, tum quæ in hac divisione adjudicatio & quæ vice mutua condemnatio, quorum mentio fit in extremo hujus §. declaratur in §. *familiæ* 4. *inf. de off. judic.* Præstationes personales inducuntur aut lucri aut damni aut impensarum nomine, quæ quidem res in re communi inciderunt. Lucri, ut si quid ad unum ex hæredibus pervenit ex re communi, id cæteris hæredibus communicet, *l. inter* 44. §. 2. & 3. *fam. erciscis. l.* 3. *C. eod. d.* §. 4. *inf de off. iud.* Damni, ut si quid damni in rebus hæreditariis datum factumve est culpa aut negligentia unius, id cæteris pro portione cujusque sarciat, *l. hæredes* 25 §. *non tantum* 16. & §. *item culpæ* 18. *fam. erc. exempl.* 7. *l. & puto* 16. §. *pen. l. inter* 44. §. *quod ex facto* 5. *eod.* Impensarum, ut si quæ ab uno hærede in res hæreditarias factæ sunt, quas propter partem suam necesse habuit facere, ei à cæteris pro rata refundantur, *l. hîs consequenter* 18 §. *sumptuum*, 3. *eod.* Eodem referimus, si unus pecuniam à defuncto sub pœna aut pignoribus debitam solverit, *d. l. hæredes*, §. *idem, juris* 13. & *seq.* Indicantur hæc genera in commune, *l. quibus casibus* 34. *pro soc.* in judicio communi dividundo, *l.* 3. *comm. div.*

Communi dividundo, qua inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, ut id dividatur] Communi dividundo judicium est, quod inter eos redditur, inter quos res una aut plures extra causam hæreditatis communes sunt: neque enim interest, communes sint ex societate, an sine societate, *l.* 1. & *l.* 2. *comm. div.* Finis hujus judicij item duplex; unus, ut recedatur ab harum rerum communione; alter, ut utrinque præstetur, quod alterum alteri præstare oportet, lucri, damni, impensarum nomine. Nam & hoc judicium iisdem rebus constat, quibus superius, rerum communium divisione, & præstationibus iisdem personalibus, *leg.* 3. *comm. div.* In divisione rerum eadem quoque adjudicatio & condemnatio, §. *eadem.* 5. *inf. de off. iud.* quippe semota hæreditatis divisione cætera sunt utrique judicio cum altero communia, *l.* 6. §. *cætera* 11. *comm. div.* 3

Finium regundorum inter eos agitur, qui confines agros habent] Finium regundorum judicium est, quo inter eos agitur, qui confines agros habent, ut fines regantur, id est, ad suam normam & certitudinem rediganter; & quod intra istos fines quisque habet, id totum retineat; si quid amplius, id confini restituatur, *l.* 4 *pr. l.* 8. *in pr.* & §. 1. *fin. reg.* Sed & si fines commode dirigi non possunt vel propter loci inæqualitatem vel propter veterum limitum incertitudinem, permittitur judici aliis finibus evidentioribus agros distinguere. Quo casu quia necesse est partem aliquam ex unius agro detrahi & alterius agri domino adjici, ideo res transigitur adjudicatione & condemnatione, *l.* 2. §. 1. *l.* 3. & *l.* 4. *eod. tit.* §. *pen. inf. de off. jud.* 4

Ex bono & æquo adjudicare] Quid judicem hic in unoquoque horum judiciorum sequi oporteat, explicatur plenius *inf. de off. iud.* §. *si familiæ* 4. & 2. *seqq. de off. iud.*

TEXTUS

TEXTUS.

21. *Omnes autem actiones vel in simplum conceptæ sunt, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum: ulterius autem nulla actio extenditur.*

NOTÆ.

21. VEL IN SIMPLUM, VEL IN DUPLUM, &c.] Hæc divisio docet, quantum peti oporteat, & quousque in pœna supra id, quod nobis abest, petendo progredi liceat.

COMMENTARIVS.

1 *An nulla actio plus quam quadruplum persequatur.*

TErtia hæc actionum divisio est, sumpta & ipsa ab objecto, sed superiori dissimilis in eo quod illa explicat, quid quaque actione petatur resne sola, an pœna tantum, an utrumque simul: hæc, quantum peti oporteat, & quousque in pœna supra id, quod nobis abest, petendo progredi liceat. Maximi autem actoris olim intererat scire quid & quantum petere deberet, propter periculum plus petitionis, §. *si quis agens* 33. *inf. eod.* Ait Iustinianus, actiones omnes vel in simplum concepras esse, vel in duplum, vel in triplum vel in quadruplum: ultra quadruplum
1 autem nullam actionem extendi. Quid ergo, nullane actione plus quam quadruplum persequi possumus? Si quis sciens tignum vitiosum aut pecus morbosum vendiderit, responsum est, omnia detrimenta quæ ex ea emptione emptor traxerit, venditorem præstaturum, *l. Julianus* 13. *in pr. de act. empt.* Si quis clavum à navi abstulit, ut naufragium fieret, cautum est Senatusconsulto; ut is omnium rerum nomine teneatur, *l.* 3. §. *ult. de inc. ruin. naufr.* Si servus hæres institutus ante adita hæreditatem occisus sit, etiam hæreditatis æstimationem fieri, traditum est in *l. inde Neratius* 23. *in pr. ad leg. Aq.* §. *illud* 10. *sup. eod.* At qui in his omnibus litis æstimatio longe excedere potest quadruplum pretij ejus rei in qua aut per quam damnum datum est. Respondemus; Quod dicitur nullam actionem extendi ultra quadruplum, id intelligendum esse de quadruplo eius, quod culpa adversarij actori abest, id vero quod abest, & ut interesse actoris, etsi interdum longe & vel decuplo pluris æstimetur, quam quanti valebat corpus, in quo vel per quod damnum datum est, simplum tamen semper est respectu universi damni, quod actor sensit: & ideo quantacunque hæc sit æstimatio, non in duplum, triplum, & actio concipitur, sed tantum in simplum, nempe id non solum, quod actori per culpam rei abest. An in pœna conventionali quadruplum excedi possit, tractavimus supra *ad* §. *alteri* 18. *de inutil. stipul.*

TEXTUS.

22. *In simplum agitur, veluti ex stipulatione, ex mutui datione, ex empto, vendito, locato, conducto, mandato, & denique ex aliis quam plurimis causis.*

NOTÆ.

22. IN SIMPLUM AGITUR] In simplum sunt omnes actiones, quæ rei persecutionem continent, etiamsi sint ex delicto; quales condictio furtiva & actio rerum amotarum, *l.* 7. §. 1. & 2. *de cond. furt. l.* 21. §. *pen. de act. rer. am.*

COMMENTARIVS.

IN simplum sunt omnes actiones, quæ rei persecutionem continent; utpote quibus unum & simplum, quod nobis abest, persequimur. Itaque & si quæ sit actio ex delicto quæ rei persecutionem habeat, ea quoque in simplum erit, ut condictio furtiva & actio rerum amotarum. Sed & ex iis, quæ pœnæ persecutionem continent, nonnullæ sunt in simplum, veluti actio ex lege Aquilia extra causam inficiationis aut moræ §. *vi bonorum* 19. *sup. eod.* item actio ex edicto, ne quis eum, qui in ius vocet, *l. pen.* §. 1. *hoc tit.* Et si quæ sunt aliæ, in quibus aliquid ultra veram æstimationem rei & quod actori revera abest, præstandum. Denique & ex pœnalibus illæ in simplum sunt, in quibus certæ pecuniæ summa simpliciter lege comprehensa est sine mentione dupli, tripli aut, quadrupli ut non ex comparatione alicujus simpli amplius quid pœnæ nomine constituatur, ut cum pœna constituitur in decem, viginti, aut quinquaginta aureos, *l.* 8. *de iurid. leg. penult. de in ius voc. leg.* 5. §. *ait prætor* 6. *de his qui dejec. l. pen. C. de serv. fug.*

Veluti ex stipulatione] Quid si duplum, triplum, aut quadruplum in stipulationem deductum sit? *l. si dictum* 56. *de evict.* Dicendum videtur, actorem id, quod sua interest, tanti æstimantem, adhuc in simplum agere, & rem solam, non pœnam persequi.

TEXT.

TEXTUS.

23. *In duplum agimus, veluti furti nec manifesti, damni injuria ex lege Aquilia, depositi ex quibusdam causis. Item servi corrupti, quæ competit in eum, cujus hortatu consilio ve servus alienus fugerit, aut contumax adversus dominum factus est, aut luxuriose vivere cœperit, aut denique quolibet modo deterior factus sit. In qua actione earum etiam rerum, quas fugiendo servus abstulerit, æstimatio deducitur. Item ex legato, quod venerabilibus locis relictum est, secundum ea, quæ supra diximus.*

NOTÆ.

23 EX LEGE AQUILIA] Adversus inficiantem scilicet, §. 26. *in eod.*

DEPOSITI EX QUIBUSDAM CAUSIS] Quæ comprehensæ sunt edicto, nempe tumultus, incendij, ruinæ, naufragij, *l.* 1. §. 1. *depos.* §. 17. *sup. eod.* Qui hoc depositum fallit, tenetur in duplum, *d.* §. 26.

SERVI CORRUPTI] *l.* 1. *cum seqq. de servo corrupt.* filiofam. corrupto actio utilis competit officio judicis æstimanda, *l.* 14. §. 1. *eod.*

DETERIOR FACTUS SIT] Ex constitutione Justiniani, etiamsi deterior servus factus non sit, conatus tamen punitur, § 8. *sup. de obl. quæ ex del.*

QUAS SERVUS ABSTULERIT] Duplatur enim omne damnum, *l.* 10 *de serv. corrupt.*

LEGATO, QUOD VENERABILIBUS LOCIS] §. 17. *eod.* §. 26. *inf. eod.*

COMMENTARIUS.

QUinque actiones recenset, quibus in duplum agitur, furti nec manifesti; damni injuria ex leque Aquilia, depositi ex quibusdam causis, servi corrupti, ex legato, quod venerabilibus locis relictum est. Non exponit an eodem omnes modo in duplum sint, nec ne: Quia hoc loco tantum ei propositum est, ostendere, omnes in duplum esse. Differentiæ indicantur aliis locis, §. *ex maleficiis* 18. *& seqq. sup.* §. *sed furti* 26. *inf. eodem.*

Depositi ex quibusdam causis] Quæ comprehensæ sunt edicto, nempe, *tumultus, incendij ruina, naufragij, leg.* 1. §. 2. *depos.* §. *reipersequenda* 17. *in fin. sup. hoc tit.*

Quæ competit in eum cujus hortatu] Actio servi corrupti in duplum constituta est in eum, cujus hortatu, consilio, opera, servus quolibet modo deterior factus est, *l.* 1. *cum seqq. de serv. corr.* Justinianus hoc addit, ut etiam solus conatus & nuda voluntas corrumpendi puniantur, *l. sequi* 20. *C. d. tit.* §. *sed etsi* 8. *sup. de obl. quæ ex del.* Venit in hoc iudicium etiam earum rerum æstimatio, quas secum servus abstulit. Duplatur enim omne damnum, *l. in hoc* 10. *eod.* De filio filiave familias corruptis utilis actio competit officio iudicis æstimanda: quoniam interest nostra, animum liberorum nostrorum non corrumpi, *leg. ut tantum* 14. §. 1. *eodem.*

TEXTUS.

24. *Tripli vero agimus, cum quidam majorem vera æstimatione quantitatem in libello conventionis inserunt, ut ex hac causa viatores, id est, executores litium ampliorem summam sportularum nomine exigerent. Tunc enim id, quod propter eorum causam damnum passus fuerit reus, in triplum ab actore consequetur; ut in hoc triplo etiam simplum, in quo damnum passus est, connumeretur. Quod nostra constitutio introduxit, quæ in nostro Codice fulget, quam procul dubio certum est, ex lege condictitia emanare.*

NOTÆ.

24. AMPLIOREM SUMMAM SPORTULARUM NOMINE] Sportulas appellat mercedes sive salaria executorum, ut constat ex *l.* 33. §. 5 *C. de Episc. & Clerc. l.* 12. *C. de prox. sac. scrin. lib.* 12. *l. ult. C. de fruct. & lit. exp* Græci ἐπιβολὰς, reddunt. Ostendit autem hic locus sportulas à reo exigi solitas pro modo quantitas petitæ.

QUAM PROCUL DUBIO CERTUM] Leg. ut in vett. *Ex qua dubio procul est lege condictitiam emanare.* Russard. Cont. Cujac. & ita quoque Theoph. Constitutio Justiniani non extat.

COMMENTARIUS.

UNa actio in triplum hic commemoratur, lege Justiniani constituta adversus eos, qui majorem summam vera æstimatione in libello conventionis inserunt dolo malo, quo viatores, id est, apparitores seu litium executores, §. *seq. inf.*

l. 5 §. *ne tamen* 13. *de reb. eor. qui sub tut.* maiores portulas consequantur. Constitutio hæc Iustiniani temporum iniuria intercidit.

Libello conventionis] Libellus conventionis dicebatur id scriptum, quo actor petitionis suæ rationem & speciem futuræ litis in iudicio exprimebat, qui libellus postea ad absentem per oratorem mittebatur.

Ampliorum summam sportularum] Sportulas appellat mercedes sive salaria executorum, quæ Græcis ἐπιβολὰς, ut plane constat ex *l. omnes* 33. §. *executoribus* 5. *C. de Episc. & Cler. l. in sacris* 112. *de prox. sacr. scrin. lib.* 12. *l. ult. C. de fruct. & lit. exp.* Quanta portio pro sportulis constituta fuerit, incertum est. Illud ex hoc ideo intelligimus, pro modo quantitatis petitæ ad certam summam & à reo exigi solitas. Quod de consuetudine non amplius observari notum est, *Gudelin. lib.* 4. *cap.* 5. *in fin.* De sportulis earumque vario usu vid. *Fr. Iuret. in not. ad Symmach. lib.* 4. *epist.* 55. & *Bachov. ad hunc* §.

In triplum ab actore] Datur hæc actio rei in minorem summam, quam quæ petita fuit, condemnato, adversus actorem, qui plus libello comprehendit, quam ei deberi, ut viatores hac occasione plus etiam sportularum nomine exigerent. Triplatur autem quod supra constitutum modum sportularum, per hanc occasionem exactum est, sed ita, ut triplo etiam illud ipsum contineatur. Pœnam hanc primus Iustinianus in proposita specie introduxit: nam iure veteri, qui plus quovis modo petiissent, causa cadebant, id est, rem amittebant, §. *si quis* 34. *in pr. & fin. inf. eod.*

Quam procul dubio certum est ex lege condictitia emanare] Locus hic procul dubio mendosus est, & sic cum Russard. Cond. Cuiac. qui etiam ad libros veteres provocant, restituendus; *Ex qua procul dubio certum est ex lege condictitiam emanare.* Ut sit sensus, hanc in triplum actionem ex constitutione Iustiniani, esse condictitiam ex lege, sive eiusmodi actionem, quæ condictio ex lege dicitur, nec cavetur qua actione experiundum sit, lege agitur, *l. un. de cond. ex leg.* Atque hoc modo Theophilum quoque apud Iustinianum legisse, ex paraphrasi eius apparet.

TEXTUS.

25. *Quadrupli autem agitur; veluti furti manifesti, item de eo, quod metus causa factum sit: deque ea pecunia, qua in hoc data sit, ut is, cui datur, calumniæ causa negotium alicui faceret, vel non faceret. Item ex lege condictitia nostra constitutio oritur, in quadruplum condemnationem imponens iis executoribus litium, qui contra nostræ constitutionis normam à reis quicquam exegerint.*

NOTÆ.

25. QUOD METUS CAUSA] Actio quod metus causa, si res arbitrio iudicis non restituatur, in quadruplum intra annum datur, *l.* 14 §. 1. *quod met. ca.* Mixta autem est, non mere pœnalis, *d. l.* 14. §. 9. *cum seqq.*

CALUMNIÆ CAUSA NEGOTIUM] *l.* 1. *l.* 3. *de calumniat.* Et hæc item actio mixta est conjunctim pœnam & rem persequens, *l.* 5. §. 1. *d. tit.* Est autem negotium alicui facere calumniæ causa, iudicio calumnioso aliquem vexare. Quint. *lib.* 5. *cap.* 12.

EX LEGE CONDICTITIA NOSTRA CONSTITUTIO] Leg. *Ex lege condictitia ex nostra constitutione oritur.* Ex lege condictitia actio ex lege. Quomodo & Theoph. hunc locum interpretatur. Hanc actionem & ipsam mixtam esse apparet ex *Nov.* 124. *cap.* 3.

COMMENTARIVS.

RECensentur hic quatuor actiones, quæ sunt in quadruplum, furti manifesti, quod metus causa de causa, de calumnia, adversus executores litium, qui plus constituto sportularum nomine exegerint. Addamus & quintam, vi bonorum raptorum. Prima actio mere pœnalis est, reliquæ mixtæ, ut in quadruplo comprehendatur etiam eius, quod abest aut interest, persecutio.

De eo, quod metus causa] Quod metus causa gestum est, prætor rarum non habet, & hoc amplius, si, quod ex ea causa aberit, arbitrio iudicis non restituatur, in quadruplum iudicium pollicetur, *leg. item si* 14. & §. 1. *quod met. ea.* Quadruplatur id omne, quod restitui oportet, si tamen ut in hoc quadruplo & simplum insit. Quippe mixta est hæc actio, non solius pœnæ persecutoria, *l.* 14. §. *sed & si* 9. *cum* §. *seqq.*

Ut calumniæ causa negotium alicui faceret] Negotium alicui facere calumniæ causa, est, iudicio calumnioso aliquem vexare. In eum, qui ut calumniæ causa negotium faceret, vel etiam ut non faceret, pecuniam accepisse dicitur, actio in quadruplum eius pecuniæ, quam accepit, competit, *l.* 1. *l.* 3. *de calumniat.* Et hæc item actio mixta est, conjunctim pœnam & rem persequens, *l.* 5. §. 1. *d. tit.*

Item

Item ex lege condictitia nostra constitutio] Hujus etiam loci lectionem vitiosam esse certum est. Apud Iustinianum haud dubie ita scriptum fuit. *Item ex lege condictitia ex nostra constitutione oritur*: &c. Ex lege condictitia, id est, condictitia actio ex lege quæ ex constitutione Iustiniani oritur in facti specie hic proposita: quomodo hunc etiam locum Theophilus interpretatur.

In quadruplum imponens executoribus litium] Constitutio, cujus meminit §. præcedenti, actori, cujus fraude factum, ut executor plus debito exigeret, tripli pœnam imponit: illa, cujus hic mentio, in executores directa est, qui ipsi in exigendis sportulis summam definitam dolo malo excesserunt, data actione in quadruplum, quam & ipsam mixtam esse apparet ex *Nov.* 124. *cap.* 3 ubi Iustinianus constituit, ut simplum reddatur ei, qui damnum passus est, triplum autem inferatur ærario. Quod quidam tradunt, etiam hodie, ubicumque lege vel decreto Curiæ nuntiis & apparitionibus certa summa pro sportulis constituta, si quid ultra exegerint, hac in quadruplum actione conveniri posse, constant, usu non observari.

TEXTUS.

26. Sed furti quidem nec manifesti actio, & servi corrupti à cæteris, de quibus simul locuti sumus, eo differunt, quod hæ actiones omnimodo dupli sunt: at ista, (id est damni injuriæ ex lege Aquilia & interdum depositi) inficiatione duplicantur in confitentem autem in simplum dantur. Sed illa quæ de iis competit, quæ relicta venerabilibus locis sunt, non solum inficiatione duplicatur, sed etiam si distulerit relicti solutionem, usque quo jussu magistratuum conveniatur. In confitentem vero, antequam jussu magistratuum conveniatur, solventem, simpli redditur.

27 Item actio de eo quod metus causa factum sit, à cæteris de quibus simul locuti sumus, eo differt, quod ejus natura tacite continetur, ut qui judicis jussu ipsam rem actori restituat absolvatur: quod in cæteris casibus non est ita, sed omnimodo quisque in quadruplum condemnatur: quod est & in furti manifesti actione.

NOTÆ.

26. OMNIMODO DUPLI] Id est, sive reus fateatur, sive inficietur, Th.

INTERDUM DEPOSITI] Depositi scilicet miserabilis, *l.* 1. §. 1. *depos.*

IN CONFITENTEM IN SIMPLUM] Potest itaque hic reus evitare pœnam confitendo.

USQUE QUO JUSSU MAGISTRATUM] Frustratione & dilatione solutionis usque dum judicio conveniatur, §. 19. *sup. eod.*

17. UT QUI IUSSU JUDICIS] In actione quod metus causa reo convento pœnam evitare conceditur rem, de qua agitur, arbitrio judicis ante sententiam restituendo, *l.* 14. §. 1. *quod met. caus.*

COMMENTARIUS.

1 *Actiones omnes apud nos videri rei persecutorias.*

NOtatur hic nonnulla differentia, quæ est inter actiones pœnales, tum quæ sunt in duplum, tum quæ in quadruplum. Non omnes enim simpliciter, & omnimodo in duplum aut quadruplum conceptæ sunt, sed quædam conditionaliter, & ita, ut reo pœnam evitare liceat. Omnimodo in duplum sunt actio furti manifesti, servi corrupti, & si quæ sunt aliæ simpliciter in duplum constitutæ; quippe quæ omnes ita constitutæ intelliguntur, ut semper & statim pœna exigi possit, nec dupli condemnatio evitari. Non statim & simpliciter in duplum sunt, actio legis Aquiliæ, depositi miserabilis, de legato venerabilibus locis relicto: namque has ab initio & in confitentem placet in simplum tantum dari, duplicari autem inficiatione, postremam etiam frustratione & dilatione solutionis, usque dum reus judicio conveniatur, *hoc text.* §. *vi autem sup. eod.* Omnimodo in quadruplum sunt actio furti manifesti, vi bonorum raptorum, de calumnia, de sportulis adversus executores litium, &c. Una tantum ex hoc genere excipitur, actio quod metus causa, in qua reo convento pœnam evitare conceditur rem de qua agitur, arbitrio judicis ante sententiam restituendo. Quod si reus judici jubenti rem restitui non pareat, hanc contumaciæ suæ pœnam patitur, ut in quadruplum condemnetur, *hoc text* §. *item actio. l. item si* 14. §. 1. *& 4. quod met. ca.* Est & alia, & quidem inter pœnales omnes differentia, quod scilicet quædam sint meræ pœnales, quædam mixtæ; sed illa superius explicata est, §. *ex male f.* 18. *& seq. h. t.* Apud nos omnes 1 actiones sunt rei persecutoriæ & in simplum conceptæ, quia pœnæ pecuniariæ, quæ privatis litigatoribus applicabantur, exoluerunt, & solus fiscus

Pœnas ob vindictam publicam persequitur judicio criminali. Privatis tantum potestas est ejus, quod sibi abest persequendi judicio civili. *Io. Imbert. in enchirid. jur. script. Bero ad tit. sup. de obl. quæ ex del. comm. part. 2. Gudelin. de jur. nov. 3. c. 13. Groënevv. de ll. abrog. ad rubr. C. de pœn.* & *ibi laudati.* Excipienda tamen videtur actio injuriarum, qua ex more fori nunc duplex emenda petitur, honorabilis & profitabilis, ut loquuntur, *Vid. sup. ad* §. 10. *de injur.*

TEXTUS.

28. *Actionum autem quædam bonæ fidei sunt, quædam stricti juris. Bonæ fidei sunt hæ: ex empto, vendito; locato, conducto; negotiorum gestorum; mandati; depositi; pro socio; tutelæ; commodati; pigneratitia; familiæ erciscundæ; communi dividundo: præscriptis verbis, quæ de æstimato proponitur, & ea quæ ex permutatione competit; & hæreditatis petitio. Quamvis enim usque adhuc incertum erat, inter bonæ fidei judicia connumeranda hæreditatis petitio esset, an non; nostra tamen constitutio aperte, eam esse bonæ fidei, disposuit.*

NOTÆ.

28. QUÆDAM BONÆ FIDEI] Id est, liberæ potestatis judicis conclusæ tamen intra regulam bonæ fidei. Cic. *in Top.* & 3. *de off.* Sen. 3. *de benef.* & 2. *de Clem.*

QUÆDAM STRICTI IURIS] Strictæ stricti judicij; *l.* 5. §. *ult. de in lit. jur.* in quibus potestas judicis formulæ astricta est *Sen.* 2. *de Clem. Clementia liberum arbitrium habet, nec sub formula, sed ex æquo & bono judicat.*

BONÆ FIDEI SUNT HÆ] ὁσιότατα. Unde intelligimus & omnes quæ hic enumerantur, esse bonæ fidei, & solas. Cæteræ sunt stricti juris, utique si non sint arbitrariæ. De quibus *infrà* §. 31.

PRÆSCRIPTIS VERBIS] Non omnes, sed illæ duæ duntaxat, æstimatoria, & ex permutatione, propter affinitatem, quam habent cum emptione, *l.* 1 *de æstim. act. l.* 2. *de contr. empt.*

NOSTRA CONSTITUTIO EAM ESSE BON. FID.] *l. ult. C. depet. hær.* Ratio est, quia petitio hæreditatis, etsi actio est in rem, habet tamen quasdam præstationes personales, *l.* 25. § *propen. D. eod.* propter quas ad naturam actionis negotiorum gestorum accedit, & mixta personalis dicitur. *l.* 7. *C. eod.*

COMMENTARIVS.

1 *Removetur duplex contra propositam divisionem objectio.*
2 *Actiones bonæ fidei quæ, & unde sic dictæ.*
3 *Quæ actiones stricti juris, & unde sic appellatæ.*
4 *Multa & insignes horum generum, differentiæ: & an quæ earum adhuc maneant.*
5 *Bonæ fidei nullas esse præter eas, quæ hic recensentur.*
6 *Actio finium regundorum cur hic omissa.*
7 *Cur duæ præscriptis verbis, æstimatoria, & quæ ex permutatione competit, bonæ fidei.*
8 *De petitione hæreditatis cur dubitatum.*

DVæ præcedentes divisiones ostenderunt, quid & quantum petere liceat, pro ea quantitate, quæ aut conventione aut certo jure definita est. Proponitur hic alia, quæ docet, quid quantumcunque amplius petere liceat pro potestate & officio judicis, nulla conventione aut certo jure definitum; quod potissimum in fructibus, usuris, & reliquis accessionibus rei petitæ cernitur.

Quædam bonæ fidei, quædam stricti juris] Divisio hæc duplici vitio laborare videtur. Primum, quod hic aliquæ actiones statuuntur, quæ non sint bonæ fidei, sed stricti juris: deinde quod in hac divisione omittuntur actiones arbitrariæ, quæ tamen tertiam & distinctam à duabus, quæ hic proponuntur, speciem, constituere videntur, § *præterea* 31. *inf. eod.* Quod quædam actiones dicuntur esse stricti juris, id non videtur convenire constitutioni Constantini in *l. placuit, C. de indic.* ubi magis ait placere, in omnibus rebus præcipuam esse justitiæ æquitatisque, quam stricti juris, rationem. Si id placet in rebus omnibus, utique & in omnibus actionibus. Repugnare etiam videtur, quod generaliter constitutum est in *l.* 4. *Cod. de obl. & act.* bonam fidem in contractibus considerari æquum esse. Nam in contractibus omnibus bona fides spectatur, etiam in actionibus omnibus, certe iis, quæ ex contractu proficiscuntur, pariter bona fides spectanda. Cæterum neutrum propositæ divisioni obstat. Non primum, quia in *d. l. placuit.* Iuris verbum jus constitutum significat, quomodo dicimus, jus gentium, jus civile, Hoc jus si summum est, seu, ut in constitutione nominatur, strictum, id est, si verbis tantum nititur contra sententiam & rationem legis, nunquam sequimur, sed æquitatem, id est, mentem & sententiam legislatoris. Atque hoc sensu concedimus, nullas esse actiones stricti juris. At cum dicimus, quasdam actiones,

esse

esse stricti juris, verbo juris potestas significatur, uti & alibi sæpe: nec aliud est, quasdam actiones esse stricti juris, quam quasdam esse strictæ seu adstrictæ potestatis judicis: sicut ex contrario nihil aliud est, actiones quasdam esse bonæ fidei, quam quasdam esse liberæ potestatis judicis, qui æstimare possit, quicquid est ex bona fide, §. *in bonæ*. 30. *inf. eod.* Erratque adeo Theophilus, & cum eo Pacius in analysi sua, dum putant, quasdam actiones stricti juris ideo dici, quod in his judex τὸ ἀνεξιδίκαιον, summum & strictum jus, sequatur. Ad alterum, quod ex *l.* 4. *C. de obl. act.* objicitur, respondeo, in omnibus quidem contractibus spectari bonam fidem: sed non spectatur in omnibus eodem modo. In contractibus & actionibus stricti juris etiam bona fides spectatur, sed secundum communem quandam æquitatis regulam, hactenus videlicet, ne dolus approbetur, neve quid juris subtilitas adversus bonam fidem æquitatemque valeat, *l. dolo. C. de dol. l. si quis* 36. *de verb. obl.* At bonæ fidei actiones non ex eo nomen acceperunt, quod in his communi quodam respectu consideretur bona fides & æquitas, sive quod in his non præstetur, quod sit contra bonam fidem, quamvis id fortè subtilitate juris præstandum videatur: sed quod in his summa desideretur æquitas, res tota æstimetur ex bona fide, & religioni judicantis permittatur per omnia. Planius & certius hæc intelligentur postea. Sed esto, inquis: illud tamen vitium divisio habet, quod imperfecta & manca est, ut quæ ex tribus actionum generibus inter se distinctis duo tantum posuit, tertium actionum arbitrariarum omisit. Resp. Esset imperfecta hæc divisio, si Imperator in duobus generibus, quæ hic proponuntur, constitisset, nec mox adjecisset tertium. Nunc autem cum statim & continentur unoque ductu divisionis tertiam illam speciem subjiciat, §. *præterea* 31. *inf.* perinde id haberi debet, ac si tres species eodem loco proposuisset, & divisio tripartita censeri. An autem actiones arbitrariæ revera constituant novam speciem, & à duabus, quæ hic ponuntur, plane diversam, videbimus, sub *d.* §. *præterea*.

Actiones bonæ fidei sunt in quibus libera potestas judici permittitur æstimandi inter litigatores, quid alterum alteri ex bona fide præstare oporteat. Descriptio totidem pene verbis expressa *l.* 2. §. 3. *l.* 5. *pr. de obl. & act.* §. *in bonæ* 30. *inf. eod.* Duo itaque sunt, quæ iudicium bonæ fidei constituunt, libera potestas æstimandi arbitrandive iudici tributa, & hæc ipsa potestas intra modū & regulam bonæ fidei conclusa. Ex libera potestate est, quod hæc eadem iudicia passim arbitraria vocantur, & iudex in his datus arbiter. Ex bona fide, quod appellentur iudicia bonæ fidei: nempe nomen ex re natum: quia in his iudiciis omnis æstimatio & condemnatio iudicis est ex bona fide, seu in id, quod ex bono & æquo quemque præstare oportet. Putat D. Horomannus, causam & originem nominis, esse ex ipsa formula, eo quod prætor in his iudiciis ita iubebat iudicari ut adderet, ex bona fide, ut iudicat Cicero in *Top.* & *lib.* 3. *de offic.* Sed ut hæc sit causa proxima, atque ut in hinc etiam nomen translatum ad contractus, quippe qui & ipsi non minus quam actio ex his descendens, bonæ fidei appellantur, *l. ex empto. alias l. emptorem* §. *ult. de act. empt. l. mora.* 32. §. 2. *de usur. l. eum qui.* 22. *de donat. l. in bonæ.* 13. *C. de pact. l.* 3. *C. de reb. cred.* & aliis locis: oportet tamen superiorem aliquam causam esse, ob quam prætor in quibusdam iudiciis liberam iudici potestatem faceret, clausulamque illam ex bona fide adjiceret; in aliis vero judicem adstringeret formulæ. Atque ego omnino existimo, causam hanc accersendam à natura & conditione ipsorum contractuum: nimirum quoniam quidam contractus ita comparati sunt, ut in his interpretandis æquum sit laxiorem judici potestatem tribui, quidam ita, ut certis terminis eorum interpretatio sit circumscribenda. Prioris generis sunt contractus mutuæ præstationis, in quibus uterque & obligatur & obligat. Posterioris, ibi unus tantum obligat, & unus obligatur, *arg tit. de obl. ex conf. in fin.* Etenim ubi uterque alteri obligatur, ibi ex re utriusque est, & ex voto communi, non tam quid lingua nuncupatum sit, quam quid æqui bonique ratio utrinque postulet, spectari. Cum autem unus tantum obligatur, non est admittenda tam laxa interpretatio, puta ut etiam quid præstetur, de quo non expressè convenit, aut quod natura contractus non continetur, definitione *l. quicquid* 99. *de verb. obl. l.* 3. *de reb. creditis.* Ex hac inquam diversitate contractuum procul dubio est, quod prætor quoque in actionibus ex contractu venientibus aliter atque aliter formulam judicij concipiebat, modo laxius adjecta clausula ex bona fide, ut in actionibus descendentibus ex contractu utrinque obligatorio; modo angustius & strictè, ut in actionibus, quæ proficiscuntur ex contractibus μονομερῶν δικῶν; veluti ex mutuo, pro mutuo, stipulatione, &c. hoc idem & Theod. Hermopol. sensisse arguunt verba ejus, quæ legimus *lib.* 10. *titul.* 4. ἐπὶ ἑξαιρέτου ἢ τοῦ μονομεροῦς δίκου, estque hujus rei etiam hoc argumentū, quod idem actionum discrimen, & res ipsa etiam nunc manet, quamvis formulæ & impetrationes actionum sublatæ sint: nimirum quia formulis sublatis nihilominus prima causa discriminis, eadem conventionum diversitas, mansit. Porro bonæ fidei esse eas actiones omnes & solas, quæ ex contractibus δικῶν ἐξ veniunt, ostendit cum actionum bonæ fidei definitio, tum specierum hujus gene-

ris apud Iustinianum collectio Reliquæ, si non sunt arbitrariæ, sunt stricti juris, sive ex contractu sive ex delicto descendant. Ex his simul intelligi potest, quæ sint actiones stricti juris, nimirum illæ, in quibus potestas judicis formulæ adstringitur, seu iis rebus, in quas prætor jubebat condemnationem fieri. Sic enim, verbi causa, in his actionibus formulam judicii concipiebat, *Si paret, Mævium Sempronio centum ex stipulatu debere, tum Mævius damnetur.* Hæ inquam actiones dictæ sunt stricti juris, item stricti judicii, quia in his judex non plus poterat, quam formula exprimebat: qua de causa nec judici in his dato nomen arbitri convenit, nec judicio nomen arbitrii. Quod discrimen respiciens Seneca *lib. 3. de benef. Melior*, inquit, *videtur conditio causæ bonæ, si ad judicem, quam si ad arbitrum mittatur: quia illum formula includit, & certos, quos non excedat, terminos ponit: hujus libera, & nullis constricta vinculis religio est.* Idem Seneca *lib. 2. de Clement.* ad hanc judiciorum differentiam alludens, *Clementia*, inquit, *liberum arbitrium habet, nec sub formula, sed ex bono & æquo iudicat.* Ex hoc autem fonte, quod judex in bonæ fidei judiciis omnia liberè ex æquo & bono æstimat, in strictis formulam præcisè sequi tenebatur, natæ sunt multæ & insignes horum generum differentiæ, quo certo jure nunc comprehensæ sunt, & iurisconsultorum disputationibus notatæ. Bonæ fidei judiciorum propria sunt maximè
x hæc. 1. Quod in his judiciis etiam ea veniunt, de quibus præstandis nihil convenit, si ut præstentur ratio bonæ fidei exigat; veluti ut venditor evictionis nomine duplam promittat cæteraque, quæ sunt moris & consuetudinis, *l. quod sine lit. 31. §. quia assidua. 20. de adil. edict.* item incommoda reticentia aut dissimulatione unius alteri illata; verbi causa, si venditor celet emptorem vitium aliquod, aut quid aliud, quod scire emptoris interest, aut si fallendi causa obscurè loquatur, aut malitiosè dissimulet, non evitavit actionem ex empto, quæ bonæ fidei est, sed in id omne, quod emptoris interest, condemnabitur, *l. 1. §. 1. l. Iulianus 13. pr. l. si sterilis 21. §. 1. l. in venditione 41. de act. empt. l. ea quæ 43. §. ult de contr. empt. l. 1. §. 1. & pass. tot. tit. de adil. edict.* nempe judicio bonæ fidei semper dolus malus præstatur etsi nominatim cautum non sit, eum abesse absuturumque esse, *l. 6. in fin. de act. empt. d. l. ea quæ. 43. l. si cum fundum 68. §. 1. de contr. empt.* tantumque valet officium judicis, quantum in stipulatione nominatim facta ejus rei interrogatio, *l. 7. de neg. gest. 2.* Quoniam dolus malus naturæ contractuum bonæ fidei maximè contrarius est, *l. 3. §. ult. pro soc. l. 5. C. de rescind. vend.* ideo si quid in his contractibus gestum sit ab initio dolo malo, id ipso jure non valet: ut puta nulla est venditio, si quis in hoc circumscriptus sit, ut venderet, *l. eleganter 7. de del. mal.* Ipso jure nullius momenti est societas, si dolo malo, aut fraudandi causa inita sit, *l. 3. §. ult. pro soc. l. in causa 16. §. 1. de minor.* Et hoc est, quod vulgo interpretes tradunt, ubi dolus contractui bonæ fidei causam dat, contractuum ipso jure nullum esse, nullamque ex eo actionem nasci. Secus autem est in dolo incidenti, qui purgatur actione ipsius contractus, aut exceptione, si conveniatur, qui dolum passus est. *l. 13. §. 4. & seqq. de act. empt. l. 2. C. eod. d. l. & eleganter §. 3. de del. mal.* qua de re consule Bachovium *disp. 6. de act. thes. §. 17. & seq.* ubi tamen sententiam communem restringit ad contractus qui solo consensu constant, quasi in cæteris interventus rei impediat, quominus actus sit ipso jure nullus. De metu non idem, quod de dolo statuendum, apparet ex verbis edicti de eo, quod *met. caus. & textu expresso in l. 4. & 5. C. de his quæ vi met. caus.* de quo item adi *Bach. d. loc.* & nostra *lib. 1. sel. quæst. 123.* Quod ex causa contractuum bonæ fidei non liberetur debitor rem, reddens deteriorem, sed adhuc integra adversus eum vetus actio maneat, *l. 3. §. 1 commod. l. 1. §. si res 16. depos. 4.* Quod in bonæ fidei judicis post moram etiam accessiones officio judicis præstentur in pecunia usuræ, in certis rebus fructus. De usuris disertè hoc traditum est in *l. mora. 32. §. 2. de usur.* Ergo de fructibus idem dicendum: quoniam si ideo usuræ in bonæ fidei contractibus ex mora præstantur, quia vicem fructuum obtinent, ut disputat Iurisconsultus *in leg. usuræ. 34. de usufr.* fructuum quoque eandem conditionem esse oportet, *fac text. in l. 3. in pr. eod.* nam actio ex testamento in his quæ ex mora præstantur, imitatur naturam actionum bonæ fidei, *d. l. usuræ de usur. l. 3. C. in quib. caus. in int. rest. 5.* Quod in judiciis bonæ fidei necesse non est exceptionem initio litis contestari, sed satis sit quandoque, ante rem judicatam exceptionem objici, qua deinde probata officio judicis convenit, reum absolvere. Non est hic contrarium, quod dicitur, ultra id, quod in judicium deductum est, excedere potestatem judicis non posse, *l. ut fundus 18. comm. divid.* Nam in bonæ fidei judiciis vi ipsa & potestate judicij exceptiones in judicium deduci intelliguntur, cum in his judex judicare jubeatur ex æquo & bono: idque veteres significant, cum aiunt, exceptiones inesse bonæ fidei judiciis, his contineri, & si non excipiatur, satis per officium judicis consuli, *l. 3. de resc. vend. l. sed si ideo. 21. in fin. sol. matr. l. huiusmodi. 84. §. qui servum. 5. de legat. 1. l. plane. 38. l. ult. de her. petit.* In judiciis stricti juris omnia hæc contra se habent. In his enim ea demum præstantur, de quibus nominatim

nominatim convenit, nihil amplius, *l. quicquid 99. de verb. obl.* nisi fit, quod natura negotij continetur, *l. 3. de reb. cred. l. indebiti 15. de cond. ind.* Qua de causa in strictis iudiciis non veniunt ea, quæ sunt moris & consuetudinis: per *d. l. quod si nolit. 31. §. quia assidua 20. de aedil. edict.* Ubi non expressè clausula de dolo stipulationi inserta est, vel separatim de dolo cautum, deficit actio ex stipulatu, & de dolo agendum est, *l. & eleganter 7. §. 3. in fin. de dol. mal.* Subsistit ipso iure stipulatio, & semper excipiendum est, sive dolus causam contractui dederit, sive inciderit, *l. si quis 36. de verb. obl. l. dolo C. de inut. stipul.* In re deteriore facta, quæ ex contractu stricti iuris, veluti ex stipulatu, debita fuit, placet promissorem eam præstando vetere actione liberari, & si quid dolo in ea fecit, teneri actione de dolo, *d. l 7. §. 3. de dol.* De usuris ius certum est, has in stricti iuris contractibus ex mora non deberi, cum ut debeantur ex mora, id bonæ fidei iudiciis tantum tribuatur, *l. mora 32. §. 2. de usur. l. 5. C. de pact. int. empt. & vend.* Sed & disertè traditum est, in strictis iudiciis citra vinculum stipulationis usuras peti non posse, *leg. Titius 24. de præscr. verb. l. 3. C. de usur.* Quare nec post litem contestatam in his iudiciis currere incipient, *l. 1. C. de cond. ind.* Nam quod dicitur, *l. lite 35. de usur.* lite contestata usuras currere, id non hanc habet sententiam, usuras post litem contestatam incipere currere seu incipere deberi, sed debitarum cursum lite contestata non retardari, deberi cœptas post litem contestatam perseverare, *l. 1. C. de iudic.* de quo dubitari poterat, propterea quod novatione facta usuræ non currunt seu cursus usurarum sistitur, *l. novatione 18. de novat.* litis autem contestatio novationem quandam inducit, *l. delegare 11. §. 1 l. aliam 29. d. tit. l. 3. §. idem scribit 11. de pecul.* Sed responsum est, aliam esse causam novationis voluntariæ, aliam iudicij accepti: quoniam nemo actionem exercens conditionem suam deteriorem facit, *d. l. aliam add. Don. hic n. 31. Perez. ad tit. C. de usur. n. 22.* De fructibus in strictis actionibus hoc observatur, ut si quis actionem habeat ad consequendum, quod eius non fuit, veluti ex stipulatu fructus non consequatur, etiam mora facta sit: post acceptum autem iudicium etiam fructuum ratio habeatur, quia omnis causa restituenda est, *l. videamus 38. §. si actionem 7. de usur.* In iis autem actionibus, quibus repetimus, quod nostrum fuit, cuiusmodi sunt condictiones earum rerum, quæ à nobis profectæ sunt, ut condictio ob causam datorum, condictio indebiti, sine causa, &c. fructus ex quo primum tempore res accepta est, una cum re restituendi sunt ex ipsius negotij natura & quasi lege, *l. indebiti 15. de cond. ind. d. l. videamus §. 1. & aliquot. seqq. Don. de fructib. c. 1.* Plane in actione ex testamento, quæ natura sua stricti juris est, *l. 5. in fin. cum l. seq. de in lit. iur.* favore ultimæ voluntatis placuit usuras & fructus venire ex mora, ad instar bonæ fidei iudiciorum, *l. 3. l. usura 34. de usur. l. 3. C. in quib. ca. in int. rest.* Denique in strictis iudiciis necesse est exceptionem initio litis contestari, & vel reo agnoscente intentionem actoris statim probari, vel à dubitante tantisper omissam, donec actor intentionem suam probavit, antequam sententia feratur, *l. 9. C. de præsc. long. temp. l. 8. & l. 9 C. de exc.* Non contestatam postea objicere non licet: de quo fusius alibi. Sunt & aliæ horum generum differentiæ, veluti quod in bonæ fidei iudiciis præstentur etiam fructus percepti eo tempore, quod iudicatis datur: in strictis autem hoc tempus à fructuum perceptione immune sit, *l. 3. pr. & §. 1. de usur.* Quod in illis in incunda rei deperditæ æstimatione tempus rei iudicatæ spectetur: in his tempus litis contestatæ, *l. 3. § 2. commod.* Quod in illis iuretur in litem, in his non item, nisi in casu singulari, *l. 5. pr. & §. ult. cum l. seq. de in lit. iur.* Proferuntur præterea & aliæ quædam ab aliis differentiæ, quas ideo prætermitto, quia non usque adeo explorati iuris sunt. Apud nos tota hæc iudiciorum distinctio generali desuetudine pene deleta est, & genera actionum sic confusa, ut omnes vi & effectu nunc videantur esse bonæ fidei. Illud tamen discrimen adhuc manet, quod quamvis usuræ in bonæ fidei judiciis debeantur ex mora, in strictis tamen non debeantur, nisi à tempore litis contestatæ. Fructuum autem, quorum causa favorabilis, in utroque genere eandem esse præstationem accepi: quod sanè in Gallia expressè sancitum. *Imbert. in enchirid. verb. evictione an liceat. Rebuff. ad const. Reg. tom. 13. tract. de fruct. art. 1. add. Baro. inf de off. iud. comm. part. alt. Gudelin. 3. de iur. noviss. cap. 13. Gravevv. de legib. abr. ad hæc §.*

Bona fidei sunt hæ; ex empto, vendito, &c.] Observandum est, quod non ait, *Bonæ fidei sunt, veluti ex empto, vendito, &c.* ut fit cum exempli gratia quædam proferuntur: sed, ὁριστικῶς, *Bonæ fidei sunt hæ, ex empto, vendito*, & quæ sequuntur: indicans se eas omnes, quæ sint hujus generis, ex professo recensere. Ex eo enim intelligimus, non tantum actiones omnes, quæ hic enumerantur, esse bonæ fidei, sed etiam præter has bonæ fidei nulla esse: cæteraque, si arbitrariæ non sint, de quibus *§. præterea. 31.* esse stricti juris. Et igitur in hoc numero sunt actio ex stipulatu, ex testamento, *l. 5. §. ult. & l. seq. de in lit. iur.* ex causa donationis, *l. eum qui 22. de donat.* condictio indebiti, *l. 1. C. de cond. ind.* & condictiones reliquæ. Item actiones pœnales ex maleficiis, & generaliter omnes, quæ hic non nominantur. Non obstat, quod

quod nonnullæ actiones, quarum hic mentio non fit, dicantur oriri aut introductæ esse bono & æquo : ut conditio indebiti, *l. pen. de condi. ind.* actio funeraria, *l. & si quis* 14. §. *hæc actio* 6. *de relig.* actio injuriarum, *l.* 11. §. *de iureiur.* item actio præscriptis verbis de precario, *l.* 2. *de precar.* Nam actiones bonæ fidei non ideo ullæ dicuntur ; quia initium eas constituendi sit ex bono & æquo : sed quia, ut supra diximus, in his omnia ex bona fide dijudicantur, tam quæ præstanda sunt, quam quæ non sunt præstanda : quod non fit in aliis, quam quæ hic commemorantur. Plane actio funeraria inter bonæ fidei iudicia numerari videtur, *d. l. & si quis* §. *idem Labeo* 13. *d. relig.* ubi Ulpianus ait, judicem hic solutius æquitatem sequi, cum hoc ei natura actionis indulgeat : nam in strictis iudiciis iudex non solutè iudicat, sed adstringitur formulæ : ut proinde existimem, actionem funerariam inter iudicia bonæ fidei computandam Sed nego, eam hic prætermissam esse ; numeratur enim inter bonæ fidei iudicia actio negotiorum gestorum, cuius actio funeraria species quædam est aut adjectio, *arg. l.* 1. *d. l. & si quis* §. *sed interdum* 7. §. *fort. ibi* 9. §. *si quis* 11. *& d.* §. *idem Labeo* 13. *de relig.* Illud enim in universum tenendum est, actiones, quæ hic enumerantur, ita solas bonæ fidei censendas, ut illæ duntaxat excludantur, quæ plane sunt diversi generis ; non etiam illæ, quæ adjectitiis tantum qualitatibus ab aliis distinguuntur, aut sub enumeratis tanquam species sub genere comprehenduntur. Nullum certè dubium est, quin nomen bonæ fidei tam conveniat actionibus contrariis, negotiorum gestorum, mandati. depositi, commodati, tutelæ, pignoratitiæ quam directis ex iisdem causis : & quin per enumeratas non solum directæ intelligantur, sed etiam quæ ex similibus causis sunt utiles, veluti negotiorum gestorum adversus curatorem, *l.* 3. *C. de transact.* Eademque ratione & actionem pro tutelæ, & bonorum possessoriam hæreditatis petitionem, & petitionem hæreditatis fideicommissariam, rectè dicimus esse actiones bonæ fidei, *arg. l.* 1. §. *pen. de eo qui pro tut. l.* 1. *de bon. poss. hær. pet.* Eo amplius & actio exercitoria & institoria ex contractu bonæ fidei cum magistro navis aut institore inito, item de peculio ex eadem causa bonæ fidei censendæ. Postremo eodem numero habenda & actio emphyteuticaria, quia olim ex vendito aut locato erat ; nam Zeno contractum emphyteuticum à venditione & locatione separando vim eius veterem non minuit, sed auxit, *l.* 1. *C. de iur. emphyt. fac.* §. 3. *sup. de locat.*

Ex empto, vendito] Actiones omnes ex contractibus nudi consensus bonæ fide sunt, ut ex empto, vendito, locato, conducto, pro socio, mandati : quibus etiam hæc qualitas aliquando per excellentiam tribuitur, *sup. tit. de obl. ex consl.* 2. *de obl. & act.*

Familiæ erciscundæ, communi dividundo, Alibi passim tria hæc iudicia propter similitudinem, quam habent, conjunctim proponuntur, familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum. Hic autem finium regundorum consulto prætermissum quia hoc iudicium à cæteris in eo discrepat, quod causam continet bonæ fidei judicij. Nam illa familiæ erciscundæ & communi dividundo oriuntur ex negotio communi gesto, & quasi ex contractu. In finium autem regundorum judicio solus sibi rem gerit, qui convenitur, magisque ex delicto aut quasi ex delicto hæc actio esse videtur, quam quasi ex contractu : qua de causa etiam obligatio, unde hæc actio, nascitur, omissa est, *tit. de obl. quæ quasi ex contr.* Est igitur aut stricti iuris, aut, quod magis probo cum *Ant. Fab. dec.* 94. *err.* 1. arbitraria : quoniam pro vendicatione est, *l.* 1. *fin. reg. Fac. l.* 4. §. 3. *eod.* & quod nomen arbitri in quæstione finium usurpatur. 6

Quæ de æstimato proponitur, & quæ ex permutatione] Ex actionibus præscriptis verbis duæ tantum hic proponuntur, quæ sint bonæ fidei, actio æstimatoria, & quæ ex contractu permutationis comperit. Unde rectè vulgo interpreres concludunt, cæteras præscriptis verbis esse stricti iuris. Cur duas illas placeat esse bonæ fidei, singularis ratio est, quam suggerunt, *l.* 1. *de æstim. act. l.* 1. *de contr. empt.* in illa refert Ulpianus, dubitatum fuisse, cum res æstimata vendenda datur, utrum hæc conventio esset venditio, an locatio, an denique mandatum : qui contractus omnes cum sint bonæ fidei, merito quæ hic dubitationis tollendæ causa introducta est actio præscriptis verbis, bonæ fidei censeri debet. In hac ostendit Paulus, tantam esse inter emptionem & permutationem affinitatem, ut Cassius & Sabinus existimaverint, permutatione rerum etiam emptionem & venditionem contrahi, & rem unam pretij, alteram mercis loco fungi : quæ rationes in aliis articulis, ex quibus nascitur actio præscriptis verbis, locum non inveniunt : videsis *D. Bachov. disp.* 6. *de act. thes.* 8.

Hæreditatis petitio] Petitioni hæreditatis, cum ea sit actio in rem, *l.* 25. §. *propon. de hared. petit. l.* 1. *de rei vend.* non videtur convenire hæc qualitas, ut reputetur actio bonæ fidei : siquidem qualitas illa propria est actionum in personam, & earum ferè, quæ ex negotio mutuo gesto nascuntur : quale nullum geritur inter hæredem & possessorem hæreditatis. Atque haud dubiè hac ratione moti nonnulli veterum eam à classe judiciorum bonæ fidei removerunt. Sed alij nihilominus eam inter bonæ fidei judicia numerandam esse censuerunt,

fuerunt, propterea quod in judicio petitionis hæreditatis res ad negotiorum gestorum naturam proximè accedit. Constat enim, possessori hæreditatis committi rerum hæreditariarum administrationem: unde fit, ut licet petitio hæreditatis sit actio in rem, multas tamen habeat præstationes personales, ut puta eorum, quæ à debitoribus exacta sunt; item pretiorum rerum venditarum: item eorum, quæ possessor creditoribus solvit, vel in hæreditatem impendit, *d. l. 25. §. an. tepen. l. item veniunt. 20. l. plane. 38. de hared. pet.* quæ omnia quodammodo actione in personam, & veluti ex negotio gesto repeti videntur: unde etiam mixta personalis hæc actio appellatur, *l. 7. C. de pet. her.* posteriorem sententiam, quæ etiam plurium fuisse videtur, & jam ante recepta, *arg. d. l. 38. de her. pet.* confirmavit Justinianus *l. ult. C. eod.*

TEXTUS.

29. *Fuerat antea & rei uxoriæ actio una ex bonæ fidei iudiciis: sed cum pleniorem esse ex stipulatu actionem invenientes, omne ius, quod res uxoria antea habebat, cum multis divisionibus in actionem ex stipulatu, quæ de dotibus exigendis proponitur, transtulerimus, merito rei uxoriæ actione sublata; ex stipulatu actio, quæ pro ea introducta est, naturam bonæ fidei iudicii tantum in exactione dotis meruit, ut bonæ fidei sit: sed & tacitam ei dedimus hypothecam. Præferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cum ipsa mulier de dote sua experiatur, cujus solius providentia hoc induximus.*

NOTÆ.

29. REI UXORIÆ ACTIO] Antiqua rei uxoriæ seu de dote actio naturam bonæ fidei obtinebat. *l. 21. sol. matr.* Cic. *in Top. & 3. Offic.*

PLENIOREM EX STIPULATU] Propterea quod actio ex stipulatu quædam commoda habebat, quæ non erant in actione rei uxoriæ, *l. un. §. 3. & aliquot seqq. C. de rei ux. act.*

SED ET TACITAM HYPOTHECAM] Quatuor singularia hic à Justiniano constituta, 1. ut actio ex stipulatu mulieri detur, quamvis nulla stipulatio de dote reddenda interposita. 2. ut actio illa in hoc casu sit bonæ fidei. 3. ut adjunctam habeat hypothecam bonorum mariti, *d. l. unic. §. 1. 4.* ut ex hac causa mulier præferatur omnibus aliis creditoribus, quamvis antiquiorem hypothecam habentibus, *l. ult. C. qui pot. in pign. Nov. 97. c. 3. & 4.*

Cujus SOLIUS PROVIDENTIA] His verbis excluduntur tantum hæredes mulieris extranei, *d. l. un. §. 6.* Etenim privilegium dotis ad liberos transit, *d. l. ult. vers. exceptis. Nov. 91.*

COMMENTARIUS.

1 *Soluto matrimonio quis qua actione dotem olim repetebat: & quid hic novi à Iustiniano.*
2 *Actio ex stipulatu quam ob causam plenior visa quam rei uxoriæ.*
3 *Singularia, quæ circa actionem de dote ex stipulatu Justinianus constituit.*
4 *Iniquum plerisque visum, mulierem præferri expressam anteriorem hypothecam habentibus: & quid hic iuris apud nos.*
5 *An liberi idē privilegium habeant, quod matere*

SOluto matrimonio dotis repetitio, est nisi convenerit, ut mortua in matrimonio muliere dos remaneat apud maritum, *l. 12. de pact. dot.* Si mulier suo nomine dotem dederit, ipsi soli repetitio competit, *l. un. §. accedit. 13. C. de rei ux. act.* Idem est, si extraneus nomine mulieris, nisi statim stipulatus aut pactus sit dotem sibi reddi, *l. 9. infin. C. de pact. tam sup. dot.* Profectitiam pater adjuncta filiæ persona petit, *l. 2. §. 1. solut. matr.* ipsa sola, si emancipata est, *l. si socer. 44. eod. l. pater. 71. de evict.* Mortua in matrimonio filia, sive emancipata sive in potestate, solus pater ius petendi habet, *l. 5. in pr. & § 1. l. 6. de iur. dot. l. 12. solut. matr. l. 4. C. eod.* Patre mortuo dotis exactio filiæ manet, eaque mortua ad hæredes ejus transmittitur, *d. l. un. § 4. & 6.* Dotem adventitiam filia emancipata petit sola, filiaf. cum patre mortua filia apud maritum remanet, nisi, ut redderetur, convenerit, *d. l. un. §. accedit. 13.* Quod si pater dotem sibi reddi stipulatus sit, patris solius actio propria est, *d. l. un. §. & hoc. 14.* Pro repetenda autem dote duplex iure veteri actio mulieri competebat actio rei uxoriæ, atque insuper actio ex stipulatu, si quando dotem sibi reddi stipulata fuerat: illa erat bonæ fidei, & proinde laxior; hæc stricti iuris, sed firmior, multisque in rebus plenior & utilior, quæ causa est, quod Justinianus priorem sustulit, & quod in ea melius erat, transtulit in actionem dotis ex stipulatu, *d. l. un. C. de rei ux. act.* ubi constituit, ut quamvis mulier dotem sibi reddi stipulata non fuerit, aut stipulata sit inutiliter, nihilominus perinde habeatur, atque si stipulatio revera & utiliter interveniisset, utique ex hac causa actio ex stipulatu, quæ iure communi stricti iudicii est, bonæ fidei sit. Adjecit & de hypotheca, ne quid hic deesset mulieri ad omnem cautionem, *in pr. §. 1. 2. d. l. un.*

Una ex bonæ fidei judiciis] Antiqua rei uxoriæ seu de dote actio naturam bonæ fidei obtinebat, *l. sed & si. 23. de solut. matr.* ubi Ulpianus ait, doli exceptione inesse de dote actioni, sicut in cæteris bonæ fidei judiciis. Ex Cicerone quoque in *Top. & lib. 3. de off.* discimus, in huius actionis formula hæc verba usurpata fuisse, *Quantum æquius melius.* Cujus etiam vestigia exstant in *l. pen. § ult. sol. matr. l. si cum 81. de solut.*

2 *Pleniorem esse ex stipulatu*] Actionem ex stipulatu ideo pleniorem fuisse dicit, quia nonnihil habebat præcipui, & quædam commoda, quæ non erant in actione rei uxoriæ. Nam si mulier dotem sibi reddi stipulata erat, non erat locus edicto *De alterutro*, dotemque simul & legatum sibi à marito relictum petere poterat, cum absque stipulatione alterutrum tantum ex edicto consequeretur, præsumente auctore edicti, legatum in compensationem dotis relictum, *d. l. un. § 3. C. de rei ux. act.* Sed & quæ actioni rei uxoriæ obstabant exceptiones & retentiones, ob mores, ob res amotas, & donatas, & impensas, *l. rei 15. § 1. solut. matr.* non obstabant muliere agente actione ex stipulatu, *d. l. un. § taceat 5.* Adhæc, stipulatione non interposita, dos adventitia, mortua in matrimonio muliere, apud maritum remanebat; actio autem ex stipulatu ad hæredes mulieris transmittebatur, *d. l. un. § maneat. 4. & § illo. 6.* Postremo rebus fungibilibus in dotem datis etiam hoc commodum erat actionis ex stipulatu, quod data quantitas hac actione statim exigi poterat, & restituenda erat, cum in actione rei uxoriæ quantitatis repetitio dilationem haberet, ut d mum annua, bima, trima die redderetur, *d. l. un. § cum autem. 7.*

3 *Tacitam ei dedimus hypothecam*] Quo plenius & certius mulieribus de dote consultum esset, hoc etiam Iustinianus constituit, ut actio dotis ex stipulatu, quam pro rei uxoriæ actione introduxit, adjunctam haberet hypothecam omnium bonorum mariti, *d. l. un. § 1.* & tandem ut in omnem eventum securæ essent, etiam in hac ipsa hypotheca privilegium hoc dedit, ut in ea mulieres omnibus aliis creditoribus præferantur, quamvis tempore prioribus, sive hypothecam tempore antiquiorem habentibus, *l. ultim. C. qui pot. in pign.* adeoque, quod contextus legis, & illa sexus muliebris miseratio, evincit, perspicueque apparet ex *Nov. 97. c. 3. & 4.* ut præferantur creditoribus non tacitam tantum, sed etiam expressam hypothecam anteriorem habentibus: quomodo & Doctores Ultramontani constitutionem Iust. interpretati sunt: & noviss. *Ant. Mer. 3. controv. 9.* Sed quoniam hoc privilegium apertè iniquum est, utpote auferens mihi jus, quod mea mihi opera & cautione quæsivi, cæteri omnes æquissima interpretatione maluerunt hoc sic temperare, ut iis tantum creditoribus noceat, qui tacitam itidem, ut mulier, & lege constitutam hypothecam habent, non etiam iis, qui habent antiquiorem expressam, id est, eam, de qua sibi ipsi aperta conventione prospexerunt. Ita *comm. DD. in d. l. ult. C. qui pot. in pign. & ad hunc §.* ut videre est apud *Just. Ziff. Gomez. hic. Negus de pign. p. 5. memb. 2. num. 23. Govar. 1. res. 7. n. 1.* & secundum hoc temperamentum passim judicari solet, testib *Schneid. num. 58. Ant. Fab. Cod suo. qui pot. in pign. def. 16. Christin. vol. 4. dec. 159. n. 8 Gail 2. obs. 25. n. 10.* ubi disertè ait, suo tempore ab hac opinione in Camera Imperiali nunquam recessum fuisse: quanquam contrarium judicium Cameræ affert *Mynsi. 4. obs. 13.* Apud nos, sicut pleraque alia jura, quæ de dote constituta sunt, locum non habent, ita nec ea, quæ de tacita hypotheca constituit Just. Contendunt tamen nonnulli, si per pacta dotalia excludatur bonorum communio, vel constituatur, ut uxor sua bona recipiat, quæ contulit, tunc locum esse juri civili, & tunc etiam legalem hypothecam in bonis dotalibus locum habere, ut nempe in iis mulier præferatur. Cæterum quomodo hic res se habeat, disces ex *Neost. ad. de pact. antenupt. obs. 9. 10 11. Grot. 1. introd. c. 5 & 2. introd. c. 12.* Antuerpiæ jus civile & privilegia dotis servantur sine ullo pacto.

Cum ipsa mulier experiatur, cujus solius provi- 5
dentia] His verbis non excludit liberos mulieris, sed alios, qui dotem pro muliere dantes eam sibi reddi stipulati aut pacti sunt; itemque hæredes mulieris extraneos, ad quos actionem dotis ex stipulatu mortua muliere transire voluit. *d. l. un. § illo. 6. C. leges ux. act.* Liberis autem eandem prærogativam, quam tribuit, servari jussit, tanquam si mater adhuc viveret, *d. l. ult. vers. exceptis. C. qui pot. in pign. & Nov. 91.* Itaque rectè DD. comm. in *d. l. ult.* & cum iis *Gomez. in leg. 50. Tauri. Christin. vol. 4. dec. 160. num. 15.* concludunt, liberos eosdemque hæredes mulieris, idem privilegium prælationis habere, quod haberet mater eorum si viveret, licet id aliis hæredibus non competat, *diff. Ant. Fab. 8. cont. 13.* cui occurritur à *Buchov. lib 4. de pign. c. 13. n. 2.*

TEXTUS.

30. *In bonæ fidei judiciis libera potestas permitti judici ex bono & æquo æstimandi, quantum actori restitui debeat. In quo & illud continetur, ut si quid invicem præstare actorem oporteat, eo compensato, in reliquum is, cum quo actum est, debeat condemnari. Sed & in stricti juris judiciis ex rescripto divi*

divi Marci, oppositâ doli mali exceptione, compensatio inducebatur. Sed nostra constitutio easdem compensationes, quæ jure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive in personam sive alias quascumque; exceptâ solâ depositi actione; cui aliquid compensationis nomine opponi, sanè iniquum esse credimus: ne sub prætextu compensationis depositarum rerum quisquis exactione defraudetur.

NOTÆ.

30. LIBERA POTESTAS PERMITTI IUDICI] Hoc est quod bon. fid. iudicia passim appellantur arbitria, & iudices additi arbitri, *l.* 24. *depos. l.* 43. *l. ult. fam. ercis. l.* 15. *l.* 17. *C. eod. l.* 18. *comm. divis. l.* 38 *pro soc.* Cic. & Sen. *ubi sup.*

IN RELIQUUM DEBEAT CONDEMNARI] Aut si nihil reliquum absolvi, *l.* 4. *l.* 11. *C. de compens.* Nam compensatio est debiti & crediti inter se contributio, *l.* 1. *D. eod.* Unde Græcis ἀντίσυγον, dicitur.

OPPOSITA DOLI MALI EXCEPTIONE] Quæ initio litis contestanda erat. In bon. fid. vero iudiciis admittebatur compensatio ipso iure, & citra exceptionem propriè dictam.

NOSTRA CONSTITUTIO] Extat in *l. ult. C. de compens.*

QUÆ APERTO IURE NITUNTUR] Quæ ex causa liquida objiciuntur, id est, cum apertum est jus debitoris, qui sibi vicissim deberi intendit, *d. l. ult.*

IPSO IURE MINUANTUR] Oppositâ tamen defensione compensationis: Judex enim divinare non potest, an actor vicissim quid debeat, *§ pen. inf. eod.*

SIVE IN REM, &c.] Nimirum cum pro re pecunia præstanda est: Ponendi enim termini habiles, nempe si res, de quibus compensandis agitur, compensationem admittant, id est, pondere, numero, mensura constent arg. *l.* 18. *de pign. act. l.* 22. *de compens. l.* 4. *C. eod.* Nam speciei ad speciem, &c. compensatio non est. Accurs.

EXCEPTA SOLA DEPOSITI ACTIONE] Et ea qua possessio rei alienæ perperam occupatæ, repetitur, *d. l. ult. C. de compos.*

COMMENTARIUS.

1 *Causa liquida. Non liquidi ad liquidum cur non admissa compensatio.*

2 *Compensatione ipso jure actiones minui. Quid hoc quoad utilitas: & quid si quis compensatione usus non fuerit.*

3 *Rerum consumptibilium duntaxat compensationem.*

EX eo, quod in bonæ fidei judiciis libera potestas judici est, omnia æstimandi ex æquo & bono, in strictis non item, natæ quotquot sunt inter hæc judicia differentiæ. Inter has & illa olim erat, quod in bonæ fidei judiciis admittebatur compensatio à judice sola æquitate judicii, idque citra exceptionem propriè dictam, seu ipso jure. In judiciis autem stricti juris reus, cui quid vicissim ab actore debebatur, necesse habebat id propria actione petere usque ad rescriptum D. Marci, ex quo & in strictis judiciis potestas compensandi admissa est, oppositâ doli mali exceptione. Cæterum constitutione Justiniani jus compensandi latius introductum, atque ipso jure admissum, modo causa, ex qua compensatio objicitur, liquida sit, in actionibus omnibus, & tam in rem quam in personam, duabus tantum exceptis, quibus in totum noluit compensationem opponi, actione depositi, & omni actione, qua possessio rei alienæ perperam occupatæ repetitur, *l. ult. C. de compens. l. pen. C. depos.*

Eo compensatio in reliquum] Hæc effectum compensationis indicant: nimirum compensatio cum sit debiti & crediti inter se contributio, *l.* 1. *de compens.* si compensato eo, quod invicem debetur, nihil supersit utrinque, quod debeatur, absolvi reus debet; sin supersit, quod reus debeat, in id solum, quod reliquum est, condemnari. Unde compensatio utrinque pro soluto haberi dicitur, usque ad concurrentes quantitates, quæ invicem debentur. *l.* 4. *C. eod.*

Oppositâ doli mali exceptione] Itaque post rescriptum D. Marci manebat adhuc illa inter judicia bonæ fidei & stricti juris differentia, quod in his compensatio inducebatur ope exceptionis, quæ proinde initio litis contestanda erat, non contestata frustra postea objiciebatur. In illis autem compensatio admittebatur ipso jure & citra ullam exceptionem propriè dictam: quod quale sit postea audiemus.

Quæ aperto jure nituntur] Id est, quæ ex causa liquida objiciuntur. Causam liquidam interpretamur, cum apertum est jus debitoris, qui sibi vicissim quid deberi intendit. Id ita fit, si causa debendi & justa est & vera, & talem esse vel in præsentia eo stet confessione adversarij, vel celeriter & expeditè probari possit. *Cacheran. decis. Pedemon.* 129. *n.* 13. *Menoch. arbitr. cent.* 1. *cas.* 14. ubi in hac re judicis arbitrio nonnihil tribuendum existimat. Non liquidi cum liquido compensationem admitti, Justinianus noluit, sed tum alii judicio rem reservari jussit, ne creditori fiat injuria, si debitori, qui initio tacuit, postquam jam convictus

aut pene convictus est, permitteatur confugere ad defensionem compensationis, ex causa, de qua non liqueat, & quæ altiorem indaginem requirat, *d. l. ult.* vide tamen *Christin. vol. 1. dec. 231. vol. 3. dec. 38. n. 8.* Sane & si causa, ex qua compensatio objicitur, liquida non sit, si tamen reus initio litis compensationem per modum exceptionis opponat, eamque contestetur, audiendus est: nam ad hunc casum constitutio non pertinet, ut bene *Don. hic Zanger. part. 3. de exc. c. 8. n. 104.* quorum argumentis nihil solidi ab aliis reponitur, add. quæ nos *lib 1. select. quæst. c. 50.*

Actiones ipso iure minuant] Hoc non ita accipiendum est, quasi debitor liberetur compensatione sine facto suo, id est, non opposita defensione compensationis: nam cum iudex divinare non possit, an actor vicissim quid debeat, à reo utique hoc allegandum est, petendumque ut compensatio admittatur: quæ tamen, allegatio propriè exceptio non est, licet ita vulgo appelletur; nam allegandæ compensationi quævis tempora idonea sunt ante executionem judicati; *l. 2. C. eod.* sed species defensionis, quæ actoris intentionem repellit negatione juris, qualis est allegatio solutionis, acceptilationis, novationis, &c *vid. inf. tit. de except.* Sed ita, opposita & admissa compensatione statim ipso jure actionem tolli aut minui, reumque retroversus ipso jure usque ad concurrentem quantitatem liberatum intelligi, ex quo utrinque deberi cœpit, *l. 4. C. eod.* Quod nosse, cum ad alias res apprime utile est, tum ad accessiones rerum debitarum, quæ ex eo tempore sublatæ esse intelliguntur, puta fidejussores, pignora, usuræ, *l 4 ff. d. l. 4. l. invicem 12. C. eod.* Itaque cum alter pecuniam gratuitam, alter sub usuris debet, concurrentis utrinque quantitatis usuræ non præstantur, *l. cumaliter. 11. eod.* Quæ cumque autem vis est compensationis, ea constituta est debitori, qui compensatione usus est, *l. 2. l 5 eod.* sin minus, salva ei manet vetus petitio; nec creditor, qui totum petit, malè petisse videtur. Vnde judicatum est interim etiam, actionem à creditore alij cedi posse eo effectu, ut quæ cedenti poterat objici compensatio, ea objici non possit cessionario, utique causam onerosam habenti & actione utili suo nomine experienti, *Christin. vol. 1. decis. 252. Ant. Fab. Cod. suo. de compens. defin. 3. fac. l. 4. §. 28. 29. & 31. l. 5. § pen. de dol. mal. except.* adde eund. *Ant. Fab. 12. Coniect. 9. Naiaj.*

Sive in rem sive in personam] Ponendi tamen sunt termini habiles, nempe si res, de quibus compensandis & inter se contribuendis agitur, compensationem & mutuam contributionem admittant. Tales autem sunt illæ, quæ pondere, numero, mensura constant: quod vel ipsum nomen compensationis indicat, quo nihil aliud significatur quam debitæ invicem pecuniæ aut quantitatis contributio, & apertè ostendit, *d. l. 4. C. de compens. fac. text. in leg. 18. de pign. act. l. 22. de compens.* Denique si in aliis rebus, quam quæ functionem in genere recipiunt, compensatio admittatur, aliud cum alio compensari poterit: quod non magis licet, quam aliud pro alio invito creditore solvere: quippe cum compensatio non alia de causa debitorem liberet, quam quia pro solutione est, *d. l. 4. C. de comp. iunct. l. 2. §. 1. de reb. cred.* Cum itaque quantitatis tantum cum quantitate seu pecuniæ cum pecunia compensatio fit, consequens omnino est, neque speciem reo debitam cum pecunia ab eo petita, neque pecuniam illi debitam cum specie ab eo petita compensari posse, multoque minus speciem cum specie: & quod Iustinianus generaliter hic constituit, compensationem in omnibus actionibus opponi posse, sic perpetuo erit accipiendum, ut in actionibus tum in rem tum in personam, quibus certa species petitur, ita demum compensationi locus sit, si pro re pecunia præstari debeat, ut accidit, cum re dolo aut culpa debitoris amissa aut deteriore facta æstimatio ejus deberi cœpit. Quod & vulgo rectè probatum est, ut alibi demonstrabimus: nam & huic argumento proprium destinavimus tractatum. Duo omnino sunt, quibus agentibus compensatio objici non potest, fiscus & respublica: sed certis duntaxat in causis ad publicam utilitatem pertinentibus; quæ comprehensa sunt *l. 3. C. de compens. l. aufertur. 46. §. ut debitoribus 5. de iur. fisc. l. ob negotium 20. ff. de compens.*

Excepta sola depositi actione] Quam ideo excepisse videtur, ne mora ulla interponeretur reddendi depositi, quod solius custodiæ causa datur, donec visum erit deponenti repetere. In *l. ult. C. de compens.* excipit actionem, qua possessio rei alienæ perperam occupatæ repetitur; quæ sanè species nullam aut retinendi aut compensandi probabilem causam habet. Cujacius excipit & actionem commodati, per *l. ult. C. commod.* ubi dicitur, prætextu debiti restitutionem commodati, id est, rei commodatæ, non probabiliter recusari: sed hoc non obstat, quo minus dicamus, iisdem conditionibus, de quibus supra, locum esse compensationi etiam in actione commodati, *Don. hic num. 10.*

TEXTUS.

31. *Præterea actiones quasdam arbitrarias, id est, ex arbitrio judicis pendentes, appellamus; in quibus nisi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat, veluti*

rem restitutat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat. Sed istæ actiones tam in rem, quam in personam inveniuntur. In rem; veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana, quæ etiam hypothecaria vocatur. In personam; veluti quibus de eo agitur, quod vi aut metus causa, aut dolo malo factum est. Item cum id, quod certo loco promissum est, petitur. Ad exhibendum quoque actio ex arbitrio judicis pendet. In his enim actionibus, & cæteris similibus, permittitur judici ex bono & æquo, secundum cujusque rei, de qua actum est, naturam, æstimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.

NOTÆ.

31. PRÆTEREA] Id est, præter actiones modo memoratas bonæ fidei & stricti iuris, *l.* 5. *de in lit. iur. l.* 3. §. 1 *de usur.*

EX ARBITRIO JUDICIS PENDENTES] Nam si rebus arbitrio judicis paret, absolvitur: si non paret, condemnatur, & plerumque gravius atque in aliud, quam quod facere jussus erat, *l.* 14. §. 1. *quod met. ca. l.* 46. *& seq. de rei vind. l.* 5. *l.* 8. *de in lit. iur.*

VEL EX NOXALI CAUSA] Puta si adversus dominum noxaliter agatur ea actione, quæ & ipsa arbitraria esset, si cum domino ageretur directo: puta quod metus causa, aut de dolo. Donum 12.

VELUTI PUBLICIANA] *l.* 16. §. 3. *de pign.* & vel maxime rei vendicatio, argum. *l.* 46. *& seq. de rei vind. l.* 8. *de in lit. iur.*

QUOD METUS CAUSA, VEL DOLO] *l.* 14. §. 4. *quod met. ca. l.* 18 *de del.*

QUOD CERTO LOCO] Hæc alia longe ratione arbitraria dicitur, quam cæteræ: quippe quæ origine sua est stricti juris; sed ex accidenti, quod alio loco intentatur, fit arbitraria: & ideo sic appellatur, quia arbitrio judicis æstimandum permittitur, quanti litigatorum interfit, potius solvi loco constituto, *l.* 2. *quod cert. loc.* §. 33. *vers. loco plus petitur, inf. eod.*

ET CÆTERIS SIMILIBUS] Hujus quoque generis est actio rerum amotarum, *l.* 8. § 1. *de act. rer. am.* Calvisiana, *l.* 5. *si quid in fraud. patr.* Pauliana, argument. *leg.* 8. *lib.* 10. §. 20. *quæ in fraud. cred. &c.*

COMMENTARIUS.

1 *Actiones arbitrarias constituere tertium genus plane diversum à superioribus.*
2 *Ex quo fit, quod actio de eo quod certo loco arbitraria, &c.*
3 *Caterarum arbitrariarum natura: & ratio nominis.*
4 *Hoc in genere duplicem intervenire sententiam: mores hodierni.*
5 *In ea quod certo loco una sententia rem transigi.*
6 *Rectene noxales inter arbitrarias numerentur: saltem interdum.*
7 *Inter arbitrarias esse & rei vendicationem, & confessoriam, &c.*
8 *Actiones quædam arbitrariæ hic non nominatæ.*
9 *Bonæ fidei & arbitrariarum discrimen.*

INterpretes vulgo existimant, non proponi hic novum & tertium actionum genus, quod sit distinctum à superioribus, & earum, quæ neque bonæ fidei sint, neque stricti juris. Sed actiones arbitrarias ad unum è duobus istis generibus referendas: esse enim ex eo genere, quæ stricti juris appellantur, seu esse speciem actionum stricti juris, ac proinde bipartita illa divisione, quæ proponitur §. *actionum* 28. *sup.* contineri. *Perez.*, & *Corvin. in erotematibus.* Nos autem contra putamus, actiones arbitrarias tertium genus constituere plane sejunctim à superioribus, ut quæ sunt hujus generis, neque sint bonæ fidei, neque stricti juris. Tale utique hoc genus aperte hic statuit Justinianus, cum ait *prætereà esse quasdam actiones, quas arbitrarias appellamus.* Nam illud *prætereà* non aliud valet, quam præter superiores; ut intelligamus, præter modo memoratas actiones bonæ fidei & stricti iuris esse & tertium genus earum, quæ dicuntur arbitrariæ. Quod si veterum auctoritas quæritur, non obscure Marcianus in *l.* 5. *de in lit. iur.* actiones arbitrarias ab utraque superiore specie sejungit. Nam cum initio dixisset, in actionibus in rem & ad exhibendum & in bonæ fidei iudiciis in litem iurari, subjicit in calce per adversativam, *Plane interdum & in actione stricti iudicii in litem iurandum.* Aperte declarans, actiones in rem & ad exhibendum, quas à bonæ fidei iudiciis antea distinxerat, nec stricti juris esse, sunt autem hæ arbitrariæ, ut mox audiemus. Sed & Papinianus tria hæc genera distincte posuit, & multo etiam apertius in *l.* 3. §. 1. *de usur.* ubi ita scribit, *In his quoque iudiciis, quæ non sunt arbitratia, nec bonæ fidei, post litem contestatam actori causa præstanda est.* Et igitur ex sententia quoque Papiniani tria hæc iudicia plane diversa

sunt arbitraria, bonæ fidei, & quæ neutrum horum sunt, quæ dicuntur stricti juris. Quid quod arbitrariæ actiones propius accedunt ad naturam bonæ fidei actionum, quam ad actiones stricti juris: nam & in arbitrariis permittitur judici facultas æstimandi ex æquo & bono, quemadmodum actori satisfieri oporteat, *in fin. h. tit.* § & in his similiter ut in bonæ fidei judiciis juratur in litem, *l. 5. de in lit. jur.* ut si alterutri speciei aggregandæ sint, potius referendæ videantur ad classem judiciorum bonæ fidei, quàm stricti juris: quod tamen & ipsum admittendum non est: & neutra harum qualitatum usquam actionibus in rem tribuitur, quæ tamen magnam partem arbitrariarum constituunt ut vel bonæ fidei dicantur, vel stricti juris: quippe quæ qualitates non aliis actionibus, quam quæ in personam sunt, competunt & maxime iis, quæ ex conventionibus descendunt. Illud autem, quod aiunt, actiones arbitrarias natura sua & origine esse stricti juris, ex accidenti autem esse, quod in his arbitrio judicis condemnatio fiat, falsum est; præterquam in actione de eo
1 quod certo loco; quæ à cæteris toto genere distat, ut paulo post apparebit.

Ex arbitrio judicis pendentes] Actiones arbitrariæ sunt, quæ judicis arbitrio pendent; unde & nomen acceperunt. Et pendent quidem omnes ex arbitrio judicis, sed non omnes eodem modo: longeque alia ratione actio de eo, quod certo loco dari oportet, arbitraria atque ex judicis arbitrio pendere dicitur, quam reliquæ, quæ idem nomen habent. Nimirum ut duæ sunt causæ inter se diversæ, ob quas actio dicitur arbitria, ita etiam duo sunt actionum arbitrariarum genera iisdem causis inter se distincta. Nam quædam ex eo arbitrariæ dicuntur, quod in iis tota condemnatio ex arbitrio judicis pendet. Quo in genere sunt actiones, quæ sunt de eo, quod certo loco dari oportet, sive ex causa stipulationis, sive quia ita cautum testamento, vel quia mutua pecunia sic data, ut certo loco redderetur, *l. 1. l. 5. & l. 6. de eo quod cert. loc.* Ex his enim causis cum alio loco agitur, permittitur arbitrio judicis æstimandum, quanti litigatorum interfit, constituto potius loco solui, quam eo, in quo agitur: ut si rei interfit, minuatur; si actoris, augeatur condemnatio, *l. 2. pr. & §. ult. d. tit. l. un. C. ubi conv. qui cert. loc.* Formula judicii hæc fuit; *Si paret, Titium decem Capuæ dare oportere, neque in eo loco pecuniam suo tempore solvisse; judex, arbitratu tuo condemna.* Huius generis arbitrariæ natura sua & origine sunt stricti iuris, sed ex accidenti quod alio loco intentantur, quam in quo dari debuit, novam qualitatem induunt, quæ ex strictis eas arbitra-
3 rias facit. Cæteræ quæ arbitrariæ dicuntur, diversam naturam & rationem nominis habent. Hæ enim ideo sic appellantur, quia earum hoc proprium est, quod in iis, antequam procedatur ad sententiam definitivam, ad condemnationem vel absolutionem, iudex tanquam arbiter honorarius, interloquitur, iubens reum aliquid facere convenienter naturæ actionis institutæ: ex quo porro iussu seu arbitrio pendet actionis exitus, absolutio scilicet aut condemnatio. Nam si huic arbitrio reus paret, absolvitur; si non paret, condemnatur; & quidem gravius atque in aliud, quam quod facere iussus erat, in pœnam contumaciæ. Ut ecce in actione quod metus causa, probato metu, iubetur reus rem, quæ metu extorta dicitur, restituere: si iussui iudicis non paret, condemnatur in quadruplum, *l. item si 14. §. 1. & de inceps, quod met. caus.* Id iudicio rei vendicationis, probato dominio, iubetur possessor rem item restituere: si per contumaciam non restituit, aut dolo fecit, quominus restituere possit, condemnatur quanti adversarius in litem iuraverit, *l. ejus rei 46. cum l. seq. de rei vend. l. § l. 8. de in lit. jurand.* Idem fit in actione ad exhibendum, si iussus exhibere non exhibeat, *l. 3. §. 2. ad exhib.* Formula iudicii in rei vendicatione talis fuit, ut ex *Cic. 4. in Verr.* discimus; *Si paret, rem, quæ de agitur, Titii esse, & ea res arbitrio tuo non restituatur, iudex, condemna.* Condemna scilicet in aliud, & tanti, quanti res æstimata erit iureiurando actoris. Itaque in posteriore hoc genere duplex, sententia intervenit; una interlocutoria, iussus seu arbitrium de restituendo vel exhibendo: altera definitiva litem terminans absolutione aut condemnatione, prout reus præcedenti arbitrio paruerit aut non paruerit, quæ veteribus absolute sententia dicitur. Atque, ut ante diximus & probavimus, ubi reus est contumax, in aliud & gravius quid condemnatio fit, quam quod arbitrio continetur, puta vel in quadruplum, ut actione quod metus causa, vel in id, quanti res æstimata fuerit iureiurando actoris, ut in cæteris hujus generis. Nam quod aliquando etiam in casu contumaciæ ultra non procedituri, sed arbitrium transit in sententiam definitivam, & mandatur executioni, *l. qui restituere 68. de rei vend.* extraordinarium est, *argum. leg. finita 15. §. ubi autem 23. de damn. inf. leg. 1. §. 2. si ventr. nom. mul. in poss.* quanquam moribus nostris convenit; quibus semper in rem petitam fit condemnatio & executio. Sed neque arbitrium præcedit, aut possessor victus iubetur interloquente iudice rem restituere: verum statim definitive condemnatur, *art. 172. Instr. Cur. Holl. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 5. tit. 7. cap. 1.* In priore autem genere res una sen-
5 tentia transigitur, ut in aliis fere actionibus, id est, nullo iussu iudicis præcedente, ex quo sententia pendeat. Arbitratur quidem iudex & in actione

ne de eo, quod certo loco, sed tunc, cum profert sententiam, nec tam quid reus faciendum habeat, quam quid ipse pronuntiandum ac postea exequendum. Non obstat, quod ait Ulpian. *l. 4 §. 1. de eo quod cert. loc.* interdum judicem, qui ex hac actione cognoscit, cum sit arbitraria absolvere reum debere, cautione ab eo exacta de pecunia ibi solvenda, ubi promissa est. Nam hoc singulare est, & extra casus illic propositos vix locum habet: neque jubetur ea cautio interponi per modum arbitrij aut jussus, cui si non pareatur, reus gravius condemnetur, sed ad postulationem ipsius rei mero judicis officio, æquitatem ante oculos habentis; efficitque tantum, ut actor remittatur ad locum constitutum *Ant. Fab. dec. 90. err. 2.* Hæc notanda fuerunt, propterea quod Justinianus species sive exempla utriusque generis confusim proposuit.

Nisi arbitrio judicis satisfaciat] Ira hic loquitur, quasi omnium actionum arbitrariarum hoc commune sit, quod in iis judex prius quam sententiam ferat, arbitretur sive jubeat reum aliquid facere: quod tamen quarundam duntaxat est proprium, & non pertinet ad actiones arbitrarias, quæ sunt de eo, quod certo loco, ut superius demonstratum est.

6 *Vel ex noxali causa*] Inter actiones arbitrarias numeratur hic & actio noxalis, id est, ea, quæ ex maleficio servi adversus dominum competit, ut is damnatus aut litis æstimationem sufferat, aut servum noxæ dedat. *inf. de noxal. act.* In quo quidam putant, iterum errare Tribonianum: nam actiones noxales inter arbitrarias referri non posse: quoniam in his neque condemnatio arbitrio judicis committitur, ut in actione de eo quod certo loco; neque arbitrium aliquod judicis interponitur, unde pendeat sententia, ut in cæteris: sed judici præscribitur jure, quam sententiam ferat: nimirum ut postquam probatum est, servum noxam commisisse, dominum condemnet in decem, aut servum noxæ debere. Quod cum statim & conjunctim facere jubeatur, judici hic adimi omnem arbitrij interponendi facultatem, cui parendo liceat condemnationem evitare. Nos tamen excusare Tribonianum malumus, hoc scilicet colore, quasi non ideo actiones noxales inter arbitrarias numeraverit, quod putarit, eas semper esse arbitrarias, sed quia tales sunt interdum. Et sane ita res habet, (quicquid in contrarium disputet *Ant. Fab. decis. 92. err. 5. & 7.*) interdum noxalis actio non est arbitraria, interdum talis est. De quo sic habendum. Ex quibus causis directa, seu ea, qua dominus ex suo maleficio convenitur, arbitraria non est, ex iisdem causis nec noxalis arbitraria erit: & contra, quo ex causa directa est arbitraria, ex eadem causa noxalis quoque talis erit. Etenim actio noxalis non est propria species actionis, sed actionis ex delicto adjectio, cujus adjectionis hic tantum effectus est, ut liceat domino deditione corporis, quod deliquit, evitare litis æstimationem, *l. 1. de noxal. act.* Et cum igitur actiones hæ, furti, vi bonorum raptorum, legis Aquiliæ, injuriarum, si ex maleficio domini adversus dominum agatur, arbitrariæ non sint, nec arbitrariæ erunt, si denique his noxaliter conveniatur nomine servi. Ratio est, quia in noxali actione eadem domini condemnatio est, quæ in directa, nisi quod in noxali hæc disjunctio est, ut dominus solvat, aut servum noxæ dedat: at hoc fit simul & conjunctim nullo præcedente de noxæ deditione arbitrio. Ex diverso cum actio quod metus causa & actio de dolo sint arbitrariæ, cum adversus aliquem directo & nomine suo intenduntur, etiam arbitrariæ erunt, cum intentantur nomine servi noxaliter; quod fieri posse constat, *leg. quod diximus 16. quod met. ca. leg. 9. §. penult. de dol.* Tantum arbitrium judicis, quod in actione directa continet solummodo jussum de re restituenda, in noxali adjunctum habebit jussum de servo noxæ dedendo, sub disjunctione, ut dominus rem restituat, vel servum noxæ dedat, ut si neutrum horum fecerit, sequatur condemnatio, qualis in actione directa. Ita & *D. Duar. de in lit. jur. num. 47. D. Donell. h. t. num. 12.*

Veluti Publiciana, Serviana] Duas profert species actionum in rem, Publicianam & Serviam seu hypothecariam; quas arbitrarias esse declarat. De hypothecaria etiam est textus in *leg. si fundus 16 §. 3. de pignor.* An igitur hæ solæ in hoc genere sunt arbitrariæ? Nequaquam. 7
Nam vel maxime arbitraria censenda est actio in rem civilis sive rei vendicatio; quippe in qua præcipue arbitrium judicis de re restituenda locum habet, & re non restituta ea, quam supra diximus, in juratam litis æstimationem condemnatio; *leg. eius rei 46. cum leg. seq. de rei vendic. leg. 5. & leg. 8. de in lit. jur. leg. ultim. de fidejuss.* nisi quod interdum, & extra ordinem nimirum, ipsum arbitrium executioni mandatur, & res possessori auferatur. Juxta *leg. qui restituere 68. de rei vendic.* quod enim Ulpianus ibi ait de re æstimanda jurejurando in litem, eo casu, quo reus dolo fecit, quo minus rem restituere posset; id non ita accipiendum est, quasi hoc solo casu locus esset jurijurando in litem; sed quod isto casu jusjurandum illud fit necessarium, cum in casu prius posito, ubi res penes contumacem est, possit etiam non jurari, & desideranse actore res auferri manu militari. Sed & si quæ sunt aliæ in rem actiones, sive civiles, ut confessoria & negatoria; sive prætoriæ, ut rescissoria; omnes arbitrariæ

arbitrariæ habendæ; quoniam omnes eandem æquitatem arbitrii &, restitutionis admittunt, eundemque exitum condemnationis habent, ut significatur regula generali tradita in extremo *d. l. qui restituere.* Itaque male nonnulli hinc removent ipsam rei vendicationem, eamque collocant inter actiones stricti juris; quod vel ex sola formula hujus judicii intelligi potest. In summa, omnes in rem, arbitrariæ, exceptа petitione hæreditatis, quam placuit esse bonæ fidei: & ideo licet & ipsa eadem recipiat, quæ reliquæ in rem; tamen non dicitur arbitraria, quia bonæ fidei potestate hoc habet, non arbitrij conditione, à qua sola dicuntur actiones arbitrariæ.

Quod metus causa, aut dolo malo] Actionem quod metus causa arbitrariam esse, etiam Vlp. scribit in *l. item si* 14. §. *hæc autem actio* 4. *quod met. ca.* Idem de actione de dolo tradit *Paul. in l. arbitrio* 18. *de dol.*

Quod certo loco] Hæc actio cur arbitraria dicatur, & quantum à cæteris distet, superius expositum est.

Ad exhibendum] Actionem ad exhibendum esse ex numero arbitrariarum, palam est: quoniam in ea quoque fit idem, quod in superioribus. Nam postquam actor docuit, sua interesse rem exhiberi, jubetur reus exhibere: nisi exhibet, condemnatur, quanti actor in litem juraverit, *l.* 3. §. 2. *ad exhib. l.* 2. §. 1. *l* 5. *in pr. de in lit. iur.* Juratur autem hic non quanti æstimetur ex affectu res, quæ exhiberi postulatur, sed quanti damnum, quod negata exhibitione oritur.

Et cæteris similibus] His verbis significat, non eas solas actiones, quas nominavit, arbitrarias esse, sed esse plures hujus generis, quæ hic recensitæ non sunt. Ex actionibus in rem in numero arbitrariarum tantum posuit duas prætorias, Publicianam & hypothecariam, sed addita particula *veluti*, ut intelligeremus, præter eas, quas memorat, & alias ex eodem genere arbitrarias esse. nos autem tales esse ostendimus, quotquot sunt in rem, sive civiles sint sive prætoriæ. Ex iis, quæ sunt in personam, præter eas, quæ hic nominantur, arbitraria est actio rerum amotarum, *l.* 8 §. 1. *de act. rer. amot.* Ejusdem quoque generis est actio Calvisiana, *l.* 5. *si quis in fraud. patr.* item Paulliana, *arg. l.* 8. *l.* 10. §. *& fructus* 20. *quæ in fraudem cred. Ant. Fab. decis* 93. *err.* 5. *& 6.* Actio ex edicto de publicanis, *l.* 1. *in pr. l.* 5. *de publican.* Denique arbitrariæ habendæ quotquot sunt in personam ad restituendum, dum non sint bonæ fidei. Plane in actionibus quoque bonæ fidei, quæ sunt ad restituendum quales sunt commodati, depositi, locati, pignoratitia, eodem modo quo in arbitrariis, res transigi solet, ut prius interponatur arbitrium de re restituenda, & nisi arbitrio paritum sit, jurejurando actoris lis æstimetur, *l.* 3. §. 2. *commod. l.* 1. §. *in depositi* 26. *depos. l.* §. 8. *de in lit. iur.* Sed tamen non ideo dicendæ sunt arbitrariæ: quoniam id non sola conditione arbitrij, ut illæ quæ arbitrariæ appellantur, sed potestate bonæ fidei habent; quæ cum omnem speciem æquitatis complectatur, etiam hanc ipsam restitutionis & arbitrij continet. Arbitrariæ vero hanc unam fere speciem æquitatis habent, ut arbitretur primo judex fieri, quod conveniat naturæ actionis institutæ; post deinde condemnet, si arbitrio non pareatur. Atque hinc explicandum, quod est in extremo hujus §. *permittitur judici ex bono & æquo, &c.* Natura actionum bonæ fidei satis prolixa est, *Costal. in l.* 7. *de eo quod certo loco.* Inter arbitrariis perperam *Pacius in not. & D. Perez. in erotemat.* collocant actionem redhibitoriam. Magis enim est, ut hæc bonæ fidei sit, *l.* 11. §. 3 *de act. empt.* ubi diserte Iurisconsultus ait, redhibitionem judicio empti contineri.

TEXTVS.

32. *Curare autem debet judex, ut omnino, quantum possibile est, certæ pecuniæ vel rei sententiam ferat; etiamsi de incerta quantitate apud eum actum est.*

NOTÆ.

32. QUANTUM POSSIBILE EST] Interdum enim natura rei id non patitur; veluti si plures res disjunctim, vel generaliter promissæ petantur: nam judex non potest electionem, quæ hic reo competit, ei adimere in unam certam rem cum condemnando.

DE INCERTA QUANTITATE] Puta de eo, quod interest, cujus quantitas est incerta, §. *ult. sup. de verb. obl. l.* 68. *eod. l.* 24. *de reg. iur.*

COMMENTARIVS.

1 *Cur placeat sententiam sine certa re aut quantitate prolatam non valere.*
2 *Certitudo sententiæ unde metienda.*
3 *Quibus casibus fiat, ut certa sententia ferri nequeat.*
4 *Etiam in petitione incerta certam debere ferri sententiam.*

PRæceptum generale, pertinens ad omnes actiones & judicia, sive bonæ fidei aut arbitraria, sive stricti juris, & sive certa quantitas petita est, sive incerta. Nam semper ita judex pronuntiare debet, ut sententia sua finem liti imponat

nat & controversiam dirimat, *leg. 1 de re iud.* Etsi autem hoc semper fit cum reus absolvitur, non fit tamen semper cum condemnatur, nisi condemnetur in certam rem aut quantitatem, sive quod idem valet, nisi certa sententia feratur. Etenim cum ex conceptione sententiæ non apparet, quid quantumque præstandum sit, de quo quærebatur, tantum abest, ut tollatur controversia, ut ea etiam augeri possit. Et ideo merito placuit, huiusmodi sententiam ipso iure nullam esse, nec rei iudicatæ auctoritate censeri, *leg. penult. & ult. C. de sentent. quæ sin. cert. quant. Don. num. 2. & seq. Schneid. num. 22. Mynsing. num. 3. & comm. DD. hic* Enimvero certitudo sententiæ non ex eo solo merienda, quod iudex certam rem aut quantitatem in condemnatione verbis expresserit; sed etiam ex eo, quod se referat ad certum locum aut tempus, vel ad quantitatem antea determinatam, vel denique ad certum instrumentum, veluti si dicat, *Solve quod petitum est*, referens se ad certam partem actorum, atque ex actis constet, quid quantumve petitum, aut *Solve quod illis codicillis continetur*, cum codicilli in iudicio essent prolati, *l. 5. §. 1. & ibi DD. l. in sententiis 59. §. 1. de re iud. l. pen. C. de sent. quæ sin. cert. quant. Christ. vol. 4. decis. 94. num. 10.* Sed etsi dixerit, *Solve quod debes*, nec ad certam partem actorum se expresse retuleri, nihilominus tamen plerique existimant valere sententiam, & ex ea parte actorum, quæ probationes continet, certitudinem recipere, quasi tacite ad eas se retulerit eas approbans pronuntiando, atque ita restringunt *text. in l. quid tamen 21. §. 3. de rec. arb.* Sin vero id ex actis probatoriis non appareat, tunc hujusmodi sententiam non valere, etiamsi certa quantitas libello comprehensa sit: nam cum ius vetet ex assertione partis sententiam ferri, credibile non esse, iudicem se eo referre voluisse, *vid. Zas. in l. 5. §. 1. de re iud. Mynsing. hic, n. 12. Schneid. n. 24. Matheslan. sing. 141.* & qui omnium accuratissime distinguit, *Per. Barbos. ad tit. ff. solut. matr. p. 5. rubr. n. 47.* Et ergo notandum, nunquam sententiam à libello recipere interpretationem, nisi ad eum expressa habita sit relatio.

Quantum possibile est] Hoc ideo addit, quia interdum rei petitæ natura non patitur, ut certa sententia ferri possit; atque eo casu procul dubio incerta valere debet, veluti cum plures res disjunctim vel generaliter promissæ petuntur. Cum enim in his rei petitæ præstatio pendeat ex electione debitoris, *§. seq. vers. huic autem, & seq.* non potest iudex hanc ei adimere in unam rem certam eum condemnando. Idem admittendum esse, & sententiam incertam valere, censent DD. in actione universali, qualis est petitio hæreditatis, & actio familiæ erciscundæ, item & maxime quando super accessionibus, puta fructibus & expensis petitis, sententia fertur, eoque iure utimur. *Christin. d. decis. 94. num. 11. vid. plene Io. Fab. hic, n. 12. & seqq.* Non idem est actionibus generalibus, puta tutelæ, pro socio, negotiorum gestorum. In quibus quidem incerta petitio admittitur, sed quia in his res ante sententiam declarandæ sunt, iuxta *l. 2. C. de iudic. Christin. d. loc. n. 6.* certa hic sententia ferri debet. Quod quomodo procedat, post *Ioan. Fab. & Plat.* docet *Schneid. hic n. 14. & n. 30.* Excipit Accursius & iudicia noxalia: sed eo nomine merito reprehenditur: quoniam facultas noxæ dedendi est à lege, *leg. 6. §. 1. de iud.* quod & ipse alibi agnoscit, *§. 1. inf. de off. iud.*

Etiam si de incerta quantitate] Additum potissime propter obligationes faciendi, in quibus si factum non sit, quod fieri debuit, obligatio & petitio est in id quod actoris interest, *l. si quis 13. §. 1. de re iud. l. si pœnam 68. l. stipulatione, 72. de verb. obl. §. ult. sup. eod. tit.* Hoc igitur vult Iustinianus, etsi id, quod interest, petatur, cuius quantitas incerta est; *d. l. si pœnam. de verb. obl. l. quatenus 24. de reg. iur.* nihilominus tamen certam sententiam ferendam; ut iudex prius cognoscat, quanti interfit actoris, & quantum id esse cognoverit, tantum sententia sua complectatur, in eamque summam reum condemner, quod etiam fieri debere satis aperte præcipitur in *l. un. C. de sent. quo pro eo quod int.* Nec metuendum, ne hic iudex videatur reum in aliam rem condemnare, quam quæ petita est, contra quam cautum *l. ult. C. de fideic. lib.* Nam quemadmodum scire à veteribus dictum est, eum, qui frumentum ex spicis excutit, non novam speciem facere, sed eam, quæ est, detegere: *l. adeo, §. cum quis 7. in fin. de acq. rer. dom.* ita & judex, cum certam summam dicit ejus, quod interest, non aliam rem dicit, sed eam, quæ petita est, & quam actor intelligi voluit, explicat, ita *Don. hic, n. 5.* Vulgo autem respondent, incertum & certum esse qualitates, quæ non faciunt difformitatem inter libellum & sententiam, *Mynsing. hic n. 4.* Porro & alias, quamvis incerta sit petitio, certa tamen sententia, quoad fieri potest, ferenda est, ut in actionibus generalibus, veluti pro socio, tutelæ, negotiorum gestorum, uti iam ante dictum est. In actione quoque arbitraria de eo, quod certo loco, & quodammodo etiam in actionibus bonæ fidei, atque adeo in cæteris quoque arbitrariis, incertum in petitionem deduci videtur, propterea quod in his omnibus iudici permittitur ex bono & æquo æstimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat: sententia tamen semper certa esse debet.

TEXTUS.

33. *Si quis agens intentione ſua plus complexus fuerit, quam ad eum pertineat, cauſa cadebat, id eſt, rem amittebat; nec facile in integrum reſtituebatur à prætore, niſi minus erat 25. annis. Huic enim ſicut in aliis cauſis, cauſa cognita ſuccurrebatur, ſi lapſus iuventute fuerat: ita & in hac cauſa ſuccurri ſolutum erat. Sane ſi tam magna cauſa erroris interveniebat, ut etiam conſtantiſſimus quiſque labi poſſet, etiam maiori 25. annis ſuccurrebatur; veluti ſi quis totum legatum petierit, poſt deinde prolati fuerint codicilli, quibus aut pars legati adempta ſit, aut quibuſdam aliis legata data ſint; quæ efficiebant, ut plus petiiſſe videretur petitor, quam dodrantem; atque ideo lege Falcidia legata minuebantur. Plus autem quatuor modis petitur, re, tempore, loco, & cauſa. Re, veluti ſi quis pro decem aureis, quæ ei debebantur, viginti petierit; aut ſi is, cuius ex parte res eſt, totam eam, vel maiorem partem, ſuam eſſe intenderit. Tempore, veluti ſi quis ante diem vel ante conditionem petierit. Qua enim ratione qui tardius ſolvit, quam ſolvere deberet, minus ſolvere intelligitur, eadem ratione qui præmature petit, plus petere videtur. Loco plus petitur, veluti cum quis id, quod certo loco ſibi dari ſtipulatus eſt, alio loco petit ſine commemoratione illius loci, in quo ſibi dari ſtipulatus eſt. Verbi gratia, ſi is, qui ita ſtipulatus fuerit, Epheſi dari ſpondes? Romæ pure intendat, ſibi dari oportere. Ideo autem plus petere intelligitur, quia utilitatem, quam haberet promiſſor, ſi Epheſi ſolveret, adimit ei pura intentione. Propter quam cauſam alio loco petenti arbitraria actio proponitur; in qua ſcilicet ratio habetur utilitatis, quæ promiſſori competitura fuiſſet, ſi illo loco ſolveret, quo ſe ſoluturum ſpopondit. Quæ utilitas plerumque in mercibus maxima invenitur; veluti vino, oleo, frumento, quæ per ſingulas regiones diverſa habent pretia. Sed & pecuniæ numeratæ non in omnibus regionibus ſub iiſdem uſuris fœnerantur. Si quis tamen Epheſi petat, id eſt, eo loco petat, in quo ut ſibi detur, ſtipulatus eſt, pura actione recte agit. Idque etiam prætor demonſtrat, ſcilicet quia utilitas ſolvendi ſalva eſt promiſſori. Huic autem, qui loco plus petere intelligitur, proximus eſt, qui cauſa plus petit: ut ecce, ſi quis ita à te ſtipuletur, Hominem Stichum, ut decem aureos dare ſpondes? deinde alterum petat, veluti hominem tantum, aut decem aureos tantum. Ideo autem plus petere intelligitur, quia in eo genere ſtipulationis promiſſoris eſt electio, utrum pecuniam, an hominem ſolvere malit. Qui igitur pecuniam tantum, vel hominem tantum ſibi dari oportere intendit, eripit electionem adverſario, & eo modo ſuam quidem conditionem meliorem facit, adverſarij vero ſui deteriorem. Qua de cauſa talis in ea re prodita eſt actio, ut quis intendat hominem Stichum aut aureos decem ſibi dari oportere, id eſt, ut eodem modo peteret, quo ſtipulatus eſt. Præterea ſi quis generaliter hominem ſtipulatus ſit, & ſpecialiter Stichum petat; aut generaliter vinum ſtipulatus ſit, & ſpecialiter Campanum petat; aut generaliter purpuram ſtipulatus ſit, deinde ſpecialiter Tyriam petat; plus petere intelligitur, quia electionem adverſario tollit, cui ſtipulationis iure liberum fuit, aliud ſolvere, quam quod peteretur. Quinetiam licet viliſſimum ſit, quod quis petat; nihilominus plus petere intelligitur: quia ſæpe accidit, ut promiſſori facilius ſit, illud ſolvere, quod maiori pretij eſt. Sed hæc quidem antea in uſu fuerant; poſtea vero lex Zenoniana & noſtra rem coarctavit. Et ſi quidem tempore plus fuerit petitum, quid ſtatui oporteat, Zenonis divæ memoria loquitur conſtitutio. Sin autem quantitate, vel alio modo plus fuerit petitum, id omne, ſi quod forte damnum ex hac cauſa acciderit ei contra quem plus petitum fuerit, com-*

miſſa,

missa tripli condemnatione; sicut supra diximus, puniatur.

NOTÆ.

33. ATQUE IDEO LEGE FALCIDIA] *l.* 73. §. *ult. ad leg. Falc. l.* 1. §. 5. *quod legat.* Rectior erit sententia, si legamus, *ideo quod lege Falcidia legata minuuntur.* Hotom.

VEL ANTE CONDITIONEM] Quæ modo efficiat, ut ante debeatur aliquid, quo dici possit ante agendo plus peti, veluti si quis dare promiserit, si morietur. Alias pendente conditione petens, non male aut perperam agere dicitur, sed nihil agere, *l. un. in fin. quand. di. usus f. leg.* 36. *de solut.*

ROMÆ PURE INTENDAT] Id est, sine commemoratione loci, in quo dari sibi stipulatus est, ut modo dixit, & omissa arbitrij formula. Nam pura intentio è regione hîc opponitur arbitrariæ.

ARBITRARIA ACTIO PROPONITUR] Quæ quam ob causam introducta sit, docet Gajus *l.* 1. *de eo quod certo loc.*

RATIO UTILITATIS, QUÆ PROMISSORI] Pluris petitio hîc æstimatur ex damno promissoris, cui pura intentione adimitur utilitas, quam habiturus esset, si eo loco solveret, in quo se soluturum promisit.

IN MERCIBUS MAXIMA] Constat enim varia esse rerum pretia per singulas civitates & regiones, maxime vini, olei, frumenti, &c. *leg.* 3. *d. tit.*

QUIA UTILITAS SOLVENDI SALVA PROMISSORI] Id est, ratio utilitatis; quæ promissori competitura fuisset, si alio loco solveret, non habetur: nam cum eo loco convenire, quo dare promisit, ejus nihil interest ratione loci. Fabrot.

QUI CAUSA PLUS PETIT] Causa hîc significat modum seu qualitatem obligationis. Paul. 1. *sent.* 10.

SPECIALITER CAMPANUM PETAT] Vina Campana scriptores inter generosissima numerant. Varr. 1. *de re rust.* 2. Strab. *lib.* 5. qualia illa, Cœcubum, Falernum, Massicum, Formianum, Calenum, Horatij carminibus celebrata. De plaga Campaniæ vid. Plin. *lib.* 3. *c.* 5. Flor. *lib.* 1. *c.* 16.

SPECIALITER TYRIAM] Quæ nobilior est. Strabo *lib.* 16. Plin. *lib.* 5. *cap.* 19. *& lib.* 21. *cap.* 8. Eustath. *ad Odyss.* 15. ἐπωνύτως γὰρ ἡ Τυρία πορφύρα.

ZENONIS LOQUITUR CONSTIT.] Quid hîc à Zenone cautum fuerit, exponitur *in de except.* §. 12. Epitomen hujus constitutionis ex Basilicis eruit Cujac. 12. *obs.* 21. quæ in novis editionibus est *l.* 1. *C. de plus petit.*

QUANTITATE VEL ALIO MODO] Adversus hos ait se hanc pœnam constituere, ut si quid ex pluris petitione damni senserit adversarius, id petitor triplo compenset. Refert se ad §. 24. *sup. eod.* ubi nominatim de eo agit, qui dolo malo majorem debita quantitatem petit. Ipsa constitutio intercidit, & ideo multa hic nobis incerta relinquuntur.

COMMENTARIUS.

1 *Qui ante conditionem petit, eum nihil consumere.*
2 *Pœna à Zenone constituta in eos, qui tempore plus petunt, à Iustiniano in eos, qui alio modo.*
3 *Quid nunc fere in praxi circa hæc observetur.*

SUperius admonuit judicem officij sui in ferenda sententia. Hic actorem instruit ad actionem recte instituendam, formandumque libellum petitorium. Summa disputationis huc redit, ut petat actor, quod sibi debetur; ut petat, quantum sibi debetur; ut petat ex ea causa, ex qua debetur. Si secus fecerit: placet, interdum petitionem ei nocere, interdum non nocere. In quo tamen ab observatione juris veteris procul recessum, ut postea intelligemus.

Causa cadebat] Ut discerent omnes jus suum diligenter explorare, nec temere aliis creare molestiam, placebat olim, eum, qui plus quam sibi deberetur, petierat, graviter multari, remque totam amittere, uti passim ex Cicerone intelligi potest, præsertim ex oratione pro *Q. Roscio Comœdo. fac. l.* 1. *de int. injur. l. si pater* 36. *de solut.* Hinc illud apud Plautum in *Mostellaria: Velim quidem hercle ut uno minimo plus petat.* Id veteres dicebant *causa cadere*, item *formula cadere* aut *excidere*, ut ex eodem Cicerone, 1. *de orat.* Sueton. *in Claud. c* 14 Senec. *epist.* 48. *Quintil. lib.* 7. *Inst. orat.* discimus.

Nec facile in integrum restituebatur] Adversus amissionem causæ ob pluris petitionem nemo à prætore restituebatur, nisi ex iis causis, quæ jure communi etiam in aliis rebus in integrum restitutionem præbebant. Quarum duæ hic proferuntur, ætas personæ plus petentis, & justa errandi causa. Faciliores aliquando principes fuerunt: nam de Claudio refert Suetonius *d. loc.* solitum eum fuisse restituere ex bono & æquo actiones iis, qui apud privatos judices plus petendo formula excidissent.

Nisi minor erat viginti quinque annis] Minori, qui errore ætatis & juvenali temeritate plus petendo causa ceciderat, prætor causa cognita subveniebat per restitutionem in integrum ex dicto

generali de minoribus, *leg.* 1. *& passim, de minoribus.*

Etiam maiori] Ex illa parte edicti de majoribus restituendis; *Item si qua alia mihi causa iusta esse videbitur, in integrum restituam, l.* 1. *in fin. ex quib. ca. mai.* Iusti erroris, & qui ob id merito etiam in maioribus excusetur, causa est in hac specie; Titio centum testamento legata sunt, deinde viginti codicillis adempta. Titius codicillorum ignarus tota centum ex testamento petit. Item in hac; Testator dodrantem bonorum in testamento Sempronio legavit; post deinde in codicillis nonnihil legavit Titio. Sempronius, qui nihil de codicillis audiverat, dodrantem integrum ex testamento petit. Iustus in utraque specie error est & cui ignosci oporteat, propterea quod ex alieni facti nascitur ignorantia, *l. ult. pro suo.* Alludit huc Seneca *epist.* 48. *Quid enim aliud agitis,* inquit, *cum eum, quem interrogatis, in fraudem inducitis, quam ut formula cecidisse videatur? Sed quemadmodum illum prætor, sic eos Philosophia in integrum restituit.*

Atque ideo lege Falcidia legata minuebantur] Rectior erit sententia, si legamus, *ideo quod lege Falcidia, &c.* quippe ratio cur in proposito petitor plus petiisse videatur, quam dodrantem, hæc est, quod lege Falcidia legata ipso iure minuantur. Ut bene observavit D. Hotom.

Plus autem quatuor modis] Pœnæ plus petitionis non solum locus erat, cum quis re aut quantitate plus petiisset, sed etiam cum quavis alia ratione, puta tempore, loco aut causa seu modo. Paulus 1. *sent.* 17. *Causa cadimus* inquit, *aut loco, aut summa, aut tempore, aut qualitate. Loco si alibi: summa, si plus quam damus, petimus: tempore, petendo ante tempus: qualitatem, eiusdem speciei rem meliorem postulantes.* Hæ quatuor species plus petitionis plenius hoc loco explicantur à Iustiniano.

Re, veluti si quis pro decem aureis, &c.] Re plus petere dicitur, qui majorem vel summam pecuniæ, vel partem rei, quam quæ sibi debetur, petit.

Tempore, veluti si quis ante diem vel conditionem] Plus quam debetur, sine controversia petit, qui ante diem petit. Nam quod in diem promissum est, etiam ante diem debetur; ut hic subsit debitum quod peti possit, & præmature petendo amitti, §. 2. *sup. de verb. obl. l. cedere* 213. *de verb. sign. iunct.* §. *temporales* 10. *inf. de except.* Sed quod additur, etiam eum plus petere, quam debetur, qui ante conditionem petit, incaute & perperam adjectum videtur. Etenim cum conditio suspendat obligationem, ita ut pendente ea nihildum debeatur, § *sub conditione, sup. de verb. obl. d. l. cedere, de verb. sign. l.* 8. *de pet. & com. rei vend.* Quomodo dici potest plus debito petere, qui ante conditionem petit, hoc est, eo tempore, quo nondum ulla nata est obligatio? Quod si ante conditionem agendo nemo plus debito petere intelligitur, consequens est, neque pœnam plus petitionem ad eos, qui ante conditionem petunt, pertinere. Et res ita habet. Qui ante tempus petebat, ideo rem consumebat, quia in iudicium eam deduxisset, *d.* §. *temporales, inf. de exc.* At pendente conditione cum nihil sit, quod debeatur, nihil quoque est, quod in iudicium deduci, & deducendo consumi possit. Et ideo veteres eum, qui pendente conditione petit, non male aut perperam agere dicunt, ut eum, qui petit ante diem, sed nihil agere, *l. un. in fin. quand. dies ussf. leg. ced.* & differre nihil consumere, *l. si pater* 36. *de solut.* An igitur putamus, hæc latuisse Tribonianum? Potius est, ut dicamus, eum per conditionem intellexisse non eam, quæ vere conditio est, scilicet, quæ an extitura sit, incertum est, & qua proinde pendente nihil debetur: sed eam, quam veteres minus proprie conditionem vocant, nimirum, quam certum est omnimodo extituram esse, veluti, si quis, si morietur, vel cum morietur, dare promiserit, & stipulator vivo promissore agat. Nam tali sub conditione quod promissum est, pendente quoque ea debetur. *l. nam si* 17. *cum l. seq. de cond. ind. l.* 9 § 1. *de novat.* Et igitur, *ante conditionem*, intellige, *qua modo efficiat*, ut ante debeatur aliquid, quo dici possit, ante agendo plus peti, quam debeatur.

Qua enim ratione qui tardius] Si minus in tempus cadit, etiam plus cadere intelligitur: nam contrariorum sunt contraria consequentia. Constat autem, eum, qui tardius solvit, minus solvere; quoniam emolumentum intermedij temporis adimit creditori. Sequitur ergo, ut, qui soluit celerius plus soluit: quemadmodum veteri proverbio dicitur, *Bis dat, qui cito dat:* & qui celerius petit, plus petat: quoniam reliqui temporis commodo, quantum in se est, debitorem privat.

Loco plus petitur] Plus etiam petere intelligitur, qui quod certo loco sibi dari stipulatus erat, alio loco pure petit. Quæ pluris petitio æstimatur ex damno promissoris, cui pura intentione adimitur utilitas, quam habiturus esset, si eo loco solveret, in quo solutorum spopondit.

Roma pure intendat sibi dari] Pure intendere sibi dari oportere hic dicitur, qui intendit sibi dari oportere sine commemoratione loci, in quo dari sibi stipulatus est, & omissa arbitrij formula, qua iudici permittatur facultas æstimandi ex bono & æquo, quantum promissor solvere debeat. Nam pura intentione hic actioni arbitrariæ è regione opponitur.

Alio

Alio loco petenti arbitraria actio] Alio loco, quam in quem sibi dari quisque stipulatus esset, non videbatur agendi facultas competere. Sed quia iniquum erat, si promissor ad eum locum, in quem daturum se promisisset, nunquam accederet, quod vel data opera faceret, vel quia aliis locis necessario distringeretur, non posse stipulatorem ad suum pervenire: ideo visum est, in eam rem actionem utilem sive arbitrariam comparare, *l. 1. de eo quod cert. loc.* Hoc ratione & actori consulitur, data alibi agendi facultate, nec reo fit injuria; cui alibi conventio arbitrio judicis, salva præstatur utilitas loci constituti. Illud hic obiter monendi sumus, quod passim dicitur, eum, qui certo loco dare promisit, posse quolibet alio loco arbitraria actione conveniri, sic accipiendum, ut supponantur termini habiles, id est, modo locus sit idoneus, qualis est locus domicilij & contractus, & qui forum tribuat, *l. haras* 19. §. 1. *& denceps de. jud. l. contraxisse.* 21. *de O. & A. Costal. ad l. 1. de eo quod cert. loc. Perez. in C. eod. n.* 1.

Quæ utilitas plerumque in mercibus] Constat, varia esse rerum pretia per singulas civitates regionesque; maximè vini, olei, frumenti. Pecuniarum quoque licet videatur una & eadem potestas ubique esse; tamen aliis locis facilius & levioribus usuris pecunia invenitur, aliis difficilius & usuris gravioribus, *l. 3. de eo quod cert. loc.*

Proximus est, qui causa plus petit] Verbum causa variam admodum in jure civili significationem habet, & quæ facilius intelligitur, quam exprimitur. Hic autem significat modum seu qualitatem obligationis, *l. obligationum* 44 *in pr. & §. 3. de oblig. & act. Paul. 1. sent.* 10. Qui autem causa plus petit, idem ferè peccat, quod is, qui plus petit loco. Nam quemadmodum, qui alibi petit, quam ubi debetur, loci utilitatem adimit debitori ita qui causa plus petit, promissori adimit utilitatem electionis.

Hominem Stichum aut decem aureos] Duæ sunt species plus petitionis ratione causæ: quarum altera hic proponitur, cum ex pluribus rebus disjunctim promissis una aliqua certa petitur: altera mox subjicitur, cum, genere promisso, petitur certa species. In utraque autem specie eadem ratione plus peti intelligitur, nimirum quia reo auferitur electio, quæ in utroque genere obligationis ei competit.

Promissoris electio est] In disjunctivis obligationibus, id est, cum illa aut illa res promittitur, rei electio est, *l. plerumque* 10. *in fin. de jur. dot.* Et ideo qui electionem sibi non constituit, incertum stipulari dicitur, *l. ubi autem* 75 *§. qui illud.* 8. *de verb. obl.*

Generaliter hominem stipulatus] Sicut in promissione alternativa electio reo tribuitur, ita & in promissione generis, *l. cum is* 32. *in fin. de cond. ind. l. fideiussorem* 52. *mand. l. ex pluribus* 106. *de verb. obl.* ut proinde eadem ratione plus petere dicatur, qui genere promisso certam ex eo genere speciem petit, qua is plus petere dicitur, qui, pluribus rebus disjunctim promissis, unam earum petit simpliciter.

Et specialiter Campanum petat] Theophilus scribit, vinum Campanum omnium aliorum esse pessimum: cum tamen Gajus & Ulpianus ejus exemplum pro eo, quod optimum est, adducant *l. stipulationum.* 74 *& l. seq. §. 2. de verb. obl.* uti hic etiam Justinianus; quod vel puer viderit. Scriptores quoque cæteri vina Campana inter generosissima numerant: qualia sunt illa carminibus Horatij celebrata, *Cæcubum, Massicum, Falernum, Formianum, Caleuum.* De regione Campaniæ Italicæ Florus *lib. 1. c. 16.* ita scribit; *Omnium non modo Italiæ, sed terrarum orbe pulcherrima Campania plaga est. Nil melius cælo: his floribus vernat. Nihil uberius solo: ideo Liberi Cereris que certamen dicitur.* Et paulo post, *Hic amictis vitibus montes, Gaurus, Falernus, Massicus, & pulcherrimus omnium Vesuvius.* Eadem ferè de ora Campaniæ habet Plin. *lib. 3. c. 5.* unde videtur Florus sua descripsisse.

Tyriam] Purpuram omnium pretiosissimam, teste Strabone, *lib. 16. add. Plin. lib. 5. c. 19. & lib. 21. cap. 8.* Puniceum purpuræ colorem procreat Africa, id est, quasi violaceum: Tyros autem rubeum, auctor Vitruvius *lib. 7. c. 17.*

Licet vilissimum sit] In pluris petitione, ratione causæ, plus non tantum æstimatur ex pretio & valore rei, sed etiam ex facultate solvendi, & quod addendum, ex affectione quoque debitoris. Sæpè enim homines certis rebus aliter atque aliter afficiuntur.

Sed hæc quidem antea] Quibuscumque modis ex quatuor, quos Justinianus exposuit, plus petitum esset, ea olim erat pœna plus petitionis, ut actor causa caderet. Sed postea ab hac pœna recessum est, & in eos, qui tempore plus peterent, alia pœna constituta à Zenone; in eos, qui alio modo, à Justiniano. Quid à Zenone cautum fuerit, exponitur *inf. de excep. §. temporales* 10. nimirum ut adversus eum, qui ante tempus petiit, duplicentur induciæ temporis, & ut his finitis non ante reus actionem suscipere cogatur, quam impensæ prioris litis ei fuerint refusæ. Constitutio ipsa desideratur. Epitomen ejus ex Basilicis erunt Cujac. *lib. 12. obs.* 21. Adversus cæteros Justinianus hanc pœnam se statuere ait, ut, si quid ex pluris petitione damni senserit adversarius, id petitor triplo compenser. Justiniani quoque hæc constitutio intercidit, & ideo multa hic nobis incerta relinquuntur. Refert se hic ad *§. tripli.* 24.

sup. hoc tit. ubi nominatim agit de eo, qui majorem debita quantitatem petit, idque dolo malo, ut viatores maiores exigerent sportulas: hic autem loquitur, ut videatur velle pœnam tripli, etiam extra causam doli, obtinere, eademque pœna multari eos quoque, qui loco & causa plus petunt, ut hic tripletur omne damnum, quod reo per causam injustæ petitionis illatum est. In praxi neutra prædictarum constitutionum observatur, quo facilior earum jactura est. In toto enim Belgio, Gallia, aliisque regionibus eo nunc jure uruntur, ut si quantitate, aut summa, plus petitum sit non dolo malo, puta pro quinquaginta, quæ liquido debentur, centum, reus si nihil obtulerit, condemnetur in omnes litis expensas; idque propter moram, cum partem, quam se debere non ignorabat, offerre debuerit. Si vero reus partem debitam offerat; actor in lite perseverans reo in expensas condemnatur. Quod si certum corpus, quod nostri speciem, Philosophi individuum appellant, petitum sit, veluti fundus, & pars iniustè possessa non offeratur, impensæ, quasi in mutua victoria compensantur. Idemque est, si debitum non sit liquidum; nam tum debitori imputari non potest, quod certam quantitatem non offerat. Si loco plus petatur, ita absolvitur reus, ut salvum jus actori maneat, conveniendi reum in loco constituto, & in expensas illius instantiæ actor condemnatur: juxta *l. properandum* 13. §. *sive autem* 6. *C. de judic.* Idem est, si ante tempus agatur, aut si, quod sub disjunctione debetur, petatur simpliciter. Nam & hic solet judex reum ab observatione judicij absolvere cum expensis, salva facultate actori conveniendi reum, cum dies venerit, vel petendi disjunctim, quod simpliciter petitum fuerat. *Rebuff. ad const. Reg. proœm. tom.* 1. *num.* 53. *Imbert. lib.* 2. *Inst. forens. cap.* 151. *Papon. lib.* 8. *tit.* 1. *arrest.* 2. & 3. *Ant. Fab. Cod. suo, de plus pet. defin. unic. Tuld. & Perez. C. eod. Christin. vol.* 1. *decis.* 266. & *vol.* 2. *decis.* 157. ubi plures alleg. *add. Covarr. lib.* 1. *var. res. cap.* 2. *num.* 5. *Menoch. de arb. jud. lib.* 2. *cent.* 2. *cas.* 177. ubi latè tractat, quæ sit justa litigandi causa, ut in lite succumbens excusetur ab expensis.

TEXTUS.

34. *Si minus intentione sua complexus fuerit actor, quam ad eum pertineat, veluti si quum ei decem aurei deberentur, quinque sibi dare oportere intenderit; aut si quum totus fundus ejus esset, partem dimidiam suam esse petierit, sine periculo agit: in reliquum enim nihilominus judex adversarium eodem judicio ei condemnat ex constitutione divæ memoriæ Zenonis.*

NOTÆ.

34. SINE PERICULO AGIT] Quia minus petendo nulla fit reo injuria, ideo nulla quoque hujus petitionis pœna est.

EX CONSTITUTIONE ZENONIS] Quæ à Cujacio prodita *lib.* 12. *obs.* 11. in editionibus Gothofr. Pacij, & aliorum est, *l.* 1. *C. de plus pet.*

COMMENTARIUS.

MInus non quatuor modis, ut plus, sed uno tantum, nempe re, petitur; ut exempla hic proposita declarant. Ac de loco quidem & causa manifestum est: de tempore vero dubitari posset. Nam si tempore & plus peti & minus solvi potest; ut superius diximus, videtur etiam & minus peti & plus solvi eodem modo posse. Sanè si plus petit, qui antę tempus petit, plus etiam solvit, qui ante tempus solvit. Quin etiam dialectica ratione disputari posset, si minus solvit, qui post tempus solvit, minus etiam petere, qui post tempus petit. Sed hæc locutio neque in communem sermonis consuetudinem, neque in usum fori & judiciorum cadit: quoniam neque quicquam nisi post tempus exactum debetur: & id ipsum nonnunquam longo post intervallo petitur.

Sine periculo agat] Qui minus petit, quam sibi debetur, etsi non tantum petit, quantum debetur, petit tamen quod sibi verè debetur: & quia minus petendo nulla fit reo injuria, ideo nulla quoque hujus petitionis pœna est; licerque actori comperto errore suo actionem postea mutare, & totum quod debetur, petere. Nam & alias cuilibet liberum est ab initio actionem dividere, partemque petere, solvo jure reliquum postea petendi.

Eodem judicio] Quomodo hoc accipiendum sit, videbimus §. *seq.*

Ex constitutione Zenonis] Epitome constitutionis Zenonianæ, qua Justinianus, ait potestatem judici permitti in casu proposito, etiam in reliquum quod sibi apparebit deberi, reum eodem judicio petenti condemnare, prodita est à Cujacio *lib.* 12. *obs.* 11. quæ in novis editionibus est, *l.* 1. *C. de plus pet.* Constitutionem ipsam non habemus.

TEXTUS.

35. *Si quis aliud pro alio intenderit, nihil*

hil eum particulari placet, sed in eodem iudicio cognita veritate, errorem suum corrigere ei permittitur; veluti si is qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit: aut si quis ex testamento dari sibi oportere intenderit, quod ex stipulatu debetur.

NOTÆ.

35. IN EODEM IUDICIO] His verbis non tam denotatur iudicij unitas, quam negotij apud eundem iudicem sine nova interpellatione (quod olim necessarium erat) continuatio: propriè enim iudicium ibi esse dici nequit, ubi nova exigitur actionis editio & litis contestatio. Bachov.

COMMENTARIVS.

1 *Quid sit emendare actione, quid mutare.*
2 *Quandiu emendare vel mutare actionem liceat.*
3 *Praxis horum temporum.*

SI quis aliud pro alio petat] Qui aliud pro alio petit, puta pro Sticho Erotem, constat, eum non petere quod debetur, & tamen placet nec hanc petitionem ei nocere, quo minus cognita veritate errorem suum, & quidem eodem item iudicio corrigere possit. Idemque placet, si quis ex alia causa petat, quam ex qua debetur, puta ex testamento, cum debeatur ex stipulatu: quo casu, cum idem petatur ex alia tantum causa, nequaquam dici potest quod Theophil. scribit, etiam hic aliud pro alio peti: & magis est, ut dicamus, Iustinianum plus sensisse quam scripsisse. Illud semper tenendum est, sumptus litis, quos ob vitium petitionis reus facere coactus fuit, actorem ei reddere oportere.

Errorem suum corrigere] Potest igitur actio semel edita postea corrigi aut mutari. Idque etiam iure veteri obtinuit. Extat de ea re constitutio Severi & Antonini in hæc verba; *Edita actio speciem futuræ litis demonstrat, quam emendari aut mutari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas, vel ius reddentis decernit æquitas*, l. 3. C. de edend. Emendatur actio, cum mendum vel error tollitur, aut defectus suppletur, salva manente principali substantia conclusionis. Mutatur, cum repudiata vetere instituitur nova, veluti si actor aliud pro alio, aut idem ex alia causa petere instituat. Perez. C. de edend. n. 7. Sed adjectæ sunt rescripto duæ conditiones, dum id ita fiat, ut edicti perpetui monet auctoritas: & ita, ut ius dicentis decernit æquitas. Edicti perpetui monitio hæc, ut edatur actio, quacunque quis experiri velit: proinde si quis nova experiatur, etiam hanc edi oportet, novumque reo spatium ad deliberandum dari cedere, an contendere malit, l. 1. de edend. Ius dicentis æquitas hoc exigit, ut emendatio illa sive mutatio sine damno adversarij fiat: ideoque qui temerè adversarium suum in ius vocavit, is ei viatica & sumptus prioris litis reddere tenetur, l. eum qui 79. de iudic. Don. in d. l. 3. C. de edend. num. 3. & seqq. D. Perez. d. loc. Illud quæritur, quamdiu actionem editam emendare vel mutare liceat, utrum litem contestatam tantum, an vero etiam postea, Ego puto, ius actori & nunc esse & olim fuisse actionem emendandi vel mutandi, non solum ante, de quo inter omnes convenit, sed etiam, quod plerique negant, respectu mutationis, post litem contestatam, per l. fideiussor. 32. de neg. gest. l. cum indebitum 57. §. 1. de cond. iud. l. 4. §. ult. de nox. act. l. eum fundum 18. §. 1. und. vi. Eaque haud dubiè est etiam sententia Imperatorum in d. l. 3. C. de edend. & Iustiniani hic. Cæterum iure veteri eo casu opus erat alio iudicio novaque interpellatione, l. non potest 23. de iudic. l. ut fundus 18. com. divid. Iure autem novo actori etiam post litem contestatam permittitur corrigere errorem suum, & mutare libellum petitionis in eodem iudicio, ut hic disertè cautum est. Don. ubi sup. n. 17. Perez. d. l. loc. n. 7. quanquam existimo, his verbis non tam iudicij unitatem denotari, quam negotij apud eundem iudicem sine nova in ius vocatione continuationem: ut in hoc saltem novum ius differet ab antiquo, quo nova interpellatio desiderabatur, & prætor de integro adeundus erat, ut aliud iudicium daret. Sanè non video, quomodo alioqui rectè defendi possit, idem iudicium ibi esse, ubi nova litis exigitur contestatio. Quod quidem negari non potest. Nam si reus post novam actionem editam & inducias ad deliberandum denuo concessas ad contradicendum venerit, utique contradictione sua novam litem facit: ut etiam differit Bachovius hic. Interpretum in l. 3. C. de edend. & ad hunc §. communis sententia est, libellum quidem emendari posse, usque ad sententiam definitivam; mutari autem non posse, nisi usque ad litem contestatam: atque adeo ne partium quidem consensu: quoniam litis contestatio & alij actus substantiales iudicij partium consensu tolli non possunt. Quæ sententia usu forensi recepta dicitur. Gail. 1. obs. 74. n. 4. & seqq. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 1. cap. 5. & 6. Christin. vol. 2. decis. 88. num. 11. quanquam de fori nostri usu contrario testetur Grœnewv. de ll. abrog. hic. Plane, si probari potest, per ignorantiam advocati in concipienda conclusione erratum esse, etiam mutatio usque ad sententiam permitti solet; sed non nisi ad postulationem litigatoris impetrata restitutione in integrum, & cum refusione expensarum, Merul. d. cap. 6. Christin. vol. 2. decis.

*decis.*104. *add. Gruenewv. d. loc. & ad tit. C. de error. advocat.*

TEXTUS.

36. *Sunt praterea quadam actiones, quibus non semper solidum, quod nobis debetur, persequimur, sed modo solidum persequimur, modo minus. Ut ecce, si in peculium filii servive agamus. Nam si non minus in peculio sit, quam persequimur, in solidum dominus, paterve condemnatur: si vero minus inveniatur, eatenus condemnat iudex, quatenus in peculio sit. Quemadmodum autem peculium intelligi debeat, suo ordine proponemus.*

NOTÆ.

36. QUATENUS IN PECULIO SIT] §. 10. *sup. eod* §. 4. *inf. tit. prox.*

COMMENTARIVS.

REdit hic Imperator ad institutum, quod interrupit, §. *cuare.* 32. *sup.* proponitque ad extremum adhuc unam divisionem, quæ ad effectum actionis pertinet, & declarat quantum ex unaquaque actione sperare liceat. Divisio hæc est; quod quædam sunt actiones, quibus solidum quod nobis debetur, consequitur; quædam, quibus modo solidum, modo minus. Quo minus semper solidum consequamur, aut peculium facit, cujus ad modum actio constituta est; quod explicatur hoc §. aut beneficium reo tributum, ut in id tantum teneatur, quod facere potest; cujus generis actiones quædam proferuntur §§. *seqq. & ult.* aut mutua creditoris obligatio; de quo §. *seq. vers. propter retentionem & §. pen. eod.*

Si in peculium filii servive] De peculio actio proposita est ex contractu filiorumfamilias & servorum adversus patrem & dominum, §. *actiones* 10. *sup. eod.* Hac actione non semper solidum consequimur: quia adjectio illa de peculio significat, constitutam illam esse, quatenus est in peculio, ut siquidem non minus sit, quam persequimur, in solidum dominus & pater condemnentur: si vero minus inveniatur, quatenus in peculio sit, *d.* §. *actiones & §. praterea. 4. tit. seq.* Quid in peculio servi filiive habendum, item de quo peculio actio adversus patrem constituta ex contractu filii, alibi expositum est.

TEXTUS.

37. *Item si de dote in iudicio mulier agat, placet, eatenus maritum condemnari debere, quatenus facere possit, id est, quatenus facultates ejus patiuntur. Itaque si dotis quantitati concurrant facultates ejus, in solidum damnatur, sin minus, in tantum, quantum facere potest. Propter retentionem quoque dotis repetitio minuitur. Nam ob impensas in res dotales factas, marito quasi retentio concessa est; quia ipso iure necessariis sumptibus dos minuitur, sicut ex lectoribus Digestorum libris cognoscere licet.*

NOTÆ.

37. SI DE DOTE] Hoc exempli causa dicitur: nam etiam cum ex aliis contractibus maritus ab uxore convenitur, idem beneficium habet, *l.* 17. *l.* 20. *de re iud. l.* 12. *solut. matr.*

QUATENUS FACULTATES] Facere posse civili ratione hic dicitur, qui de suo præstare potest honestè, deducto scilicet eo, quod illi satis sit ad victum quotidianum & alimenta, *l.* 29. *in fin. l.* 30. *de re iud. l.* 6. *de cess. bon. l.* 173. *de reg. iur.* & in eo tempus rei iud. spectatur, *l.* 15. *sol. matr.*

OB IMPENSAS] Olim non modo necessarias, sed etiam utiles, *l.* 1. *cum seqq. de impens. in res dot.* Hodie retentio permissa ob necessarias impensas duntaxat, *l. un. §. 5. C. de rei ux. act.* Qualis hæc fuerit retentio, tum quæ sint istæ impensæ, cognosce ex *leg.* 5. *de imp. in res dot. l.* 56. §. *ult. de iur. dot.*

COMMENTARIVS.

1. *Beneficium competentiæ quibus quas ob causas detur.*
2. *Quibus personis præter maritum in causa dotis idem beneficium tribuatur.*
3. *Rei dotalis retentio quibus ex causis marito olim concessa: & quid hic novi à Iustiniano.*
4. *Ex quibus causis reo detur retentio extra causam dotis.*

SUnt quædam personæ, quibus humanitatis causa tributum est, ut ne conveniantur in solidum, sed in id tantum, quod facere possunt: quod beneficium vulgo vocant privilegium & exceptionem competentiæ. Tribuitur hoc beneficium partim ob causam, ex qua agitur, partim ob personam

sonam rei, cum qua agitur. Ob causam soli donatori ex causa donationis convento, §. *seq. in fin.* Ob personam rei varie, ob necessitudinem & conjunctionem personarum, unde parenti, liberis, fratribus, marito, uxori, sociis, &c. Ob solam reverentiam reo debitam, unde patrono: ob meritum in remp. unde militi, qui sub armata militia stipendia meret, *l. 6. l. item miles 16. de re iud.* Denique ob solam commiserationem: unde ei, qui bonis suis cessit, tribuitur, §. *ult. inf. eod.* & interdum filio emancipato, *l. 2. quod cum eo qui in al. pot. l. & exhæredatum 49. de re jud.*

2 *Si de dote mulier agat*] Eleganter Theod. Hermop ad *l. 173. de R. l.* Αἰχμὴς] ὁ νόμος παῤῥησίαν δίδωσι τῇ γυναικὶ κατὰ τοῦ ἀνδρὸς καὶ τοῦ γαμβροῦ τοῦ ἰδίου ἀνδρός. Non autem marito tantum adversus uxorem, sed etiam uxori adversus maritum hic honos habetur, ut non ultra facultates damnetur. Idem tribuitur & patri mariti seu uxoris socero de dote convento, *l. patronus 17. l. non tantum 20. cum l. seq. de iud. l. rei iudicatæ 15. in fin. & l. seq. solut. matr.* Et ex diverso idem quoque honos habetur patri uxoris si ex promissione dotis à genero conveniatur, *l. ex diverso 17. solut. matr.* nisi jam dissolutum sit matrimonium, *l. sicut 21. cum l. seq. de re iud.* Quod autem ait, si de dote mulier agat, exempli tantum causa dicitur: Nam non solum maritus, cum ex causa dotis ab uxore convenitur, hoc beneficium habet; sed etiam cum ex aliis contractibus: *d. l. non tantum de re jud.* nisi soluto matrimonio contraxerit cum ea, quæ olim uxor fuit, *l. divortio. 35. de neg. gest.* Atque hoc jure etiamnum utimur. *Zypæ. not. ad jur. Belg. de jur. dot. in fin.*

Propter retentionem] Diximus, mutuum creditoris ejusdemque actoris obligationem etiam nonnunquam efficere, ne reus in solidum condemnetur. Id consequitur non tantum per compensationem propriè dictam, cum quantitates utrimque debitæ compensantur: de quo §. *pen. inf.* sed interdum etiam per retentionem, cum fundus aut alia species ab eo petitur, & vicissim actor
3 ei pecuniam debet. In causa dotis tribuebatur olim marito variis de causis rei dotalis retentio, ob res uxori ab ipso donatas: ob res ab uxore amotas; propter liberos; ob impensas in rem dotalem factas, non modo necessarias, sed etiam utiles. Iustinianus autem, sublata ex omni alia causa retentione, solam reliquit eam, cujus hic fit mentio, nempe quæ fit ob impensas necessarias, *l. un. §. taceat. 5. C. de rei ux. act.* Qualis hæc fuerit retentio, & quæ sint istæ impensæ, cognosce ex *l. 5. de imp. in rem dot. l. si is qui 56. §. ult. de jur.*
4 *dot.* Extra dotis retentio reo tribuitur ex his & similibus causis; si rem, quæ petitur, alij pignori obligatam, pecunia sua liberaverit, *l. quib. mod. pign. solu.* si pignus in aliquam summam nominatim acceptum, pro alia summa, quam eidem postea sine pignore credidit, retineat, *l. un. C. etiam ob chir pec. pign. ren.* Item si rem alienam quæ petitur, sumptus fecerit, secundum distinctionem alibi traditam: vid. *l. in fundo. 38. l. sumptus 48. de rei vend. l. si in area. 33. de cond. ind. §. ex diverso. 30. cum aliquot seqq. sup. de rer. divis.* Materiam retentionis distincte tractat *Ioan. Fab. in d. l. un. C. etiam ob chir. pec. & Cost al. in l. in rebus 18. §. possunt commod. add. Papon. lib. 6. art. 4. arr. 21. Rebuff. ad l. non potest. 11. 7. de verb. sign.*

TEXTUS.

38. *Sed & si quis cum parente suo, patronove agat; item si socius cum socio judicio societatis agat; non plus actor consequitur, quam adversarius ejus facere potest. Idem est, si quis ex donatione sua conveniatur.*

NOTÆ.

38. SOCIUS CUM SOCIO] *d. l. 16.* Quia socii inter se quodammodo fratres sunt, *l. 63. pro soc.* πρέπει γὰρ ἐπὶ χρεῶν ἀδελφῶν Th. Hermopol. ad *l. 175. de reg. jur.*

EX DONATIONE CONVENIATUR] *l. 28. de reg. jur.* & quidem is solus deducto ære alieno, *l. 19. §. 1. de re jud.* Pinguius enim donatori succurri placuit, quam qui verum debitum soluere compellitur, *l. 49. & seqq. d. t.*

COMMENTARIUS.

CUm parente suo patronove] *l. sunt quidam 16. & l. seq. de re jud.* Parenti hoc tributum cum propter conjunctionem, tum propter reverentiam, quam parenti liberi debent: ac proinde & matri idem concedendum, *Gutier. 2. pract. q. 28. n. 2.* Patrono datur ob solam reverentiam, quum ei debet libertus, *l. 9. de obs. par. & patr.* Addunt & hanc rationem DD. quod filius & libertus parentem & patronum inopem alere teneantur. Unde ex contrario quoque statuunt, nec liberos à parente ultra quam facere queunt, conveniri posse. Sed & liberis & parentibus patroni idem beneficium datum est, *l. patronus 17. de re jud.*

Item si socius cum socio judicio societatis] Igitur socio omnium bonorum semper & omnimodo hoc beneficium competit, uti parenti, patronoconjugi, *d. l. sunt quidam.* Non omnium bonorum socio, cum convenitur judicio societatis, *l. verum 63. in pr. pro soc.* Quo loco etiam indicatur

ratio, ob quam placet ſocium hoc privilegio frui, nimirum quia ſocij inter ſe quodammodo fratres ſunt. Quod ſi ſociis ob imaginem fraternitatis hoc privilegium indultum, multo magis veris fratribus idem concedendum : cum etiam fratri inopi alimenta debeat. *Teſaur. deciſ.* 119. *Chriſtin. vol.* 3. *dec.* 143. *num.* 2. *D. Tulden. comm. hoc tit. c.* 19. Plane non aliis ſocius hoc beneficio juvatur quam ſi confiteatur, ſe ſocium eſſe : Negantem, ſe ſocium, placet, in ſolidum condemnari, *l. ſi num.* 67. *in fin. pro ſoc. l. ſed hoc* 21. §. 1. *de re iud.* Noſtris & Gallorum moribus nulla fraternitatis inter ſocios habetur ratio, ſed ſola ſpectatur rerum communio, conventique in ſolidum condemnantur, *Gothofr. in* 16. *de re iud. Græneuv. de ll. abrog. hic.*

Ex donatione] Is quoque, qui ex liberalitate ſua convenitur, in id tantum, quod facere poteſt, condemnatur, *l. Divus* 28. *de reg. iur.* & quidem is ſolus deducto ære alieno, *l. inter eos* 19. §. 1. *de re iud.* Pinguius enim donatori ſuccurrere debemus, quàm qui verum debitum ſolvere compellitur : ne liberalitate ſua inops fieri periclitetur, *leg. & exhæredatum.* 49. *cum l. ſeq. eod.* Et ita utimur, *conſult. I. C. Bat. pag.* 1. *conſ.* 269. quamvis in Gallia nec hoc obſervetur. *Bugn. de ll. abrog. lib.* 1. *ſatyr.* 12.

TEXTUS.

39. *Compenſationes quoque oppoſitæ plerumque efficiunt, ut minus quiſque conſequatur, quam ei debeatur. Nam ex bono & æquo habita ratione ejus, quod invicem actorem ex eadem cauſa præſtare oportet, poterit iudex in reliquum eum, cum quo actum eſt, condemnare, ſicut iam dictum eſt.*

COMMENTARIUS.

ETiam per compenſationem reus conſequitur, ne in ſolidum damnetur. Compenſatio tunc propriè eſt, cum res, quæ numero, pondere, menſura conſtat, utrinque debentur : ut oſtendimus ad §. *in bona.* 30. *ſup. eod.*

Compenſationes oppoſita] Etſi compenſatio ipſo jure actionem minuit, tamen in judicio opponenda & alleganda eſt, ut judex ſciat, eſſe, quod viciſſim debeatur, ejuſque in condemnatione rationem habeat. Hæc vero allegatio propriè exceptio non eſt, ſed nuda defenſio, quam DD. vulgo exceptionem intentionis & facti nominant, qualis eſt, ſi quis ſe ſolviſſe aut ſibi accepto latum dicat : quod latius explicui ad *d.* §. *in bona.*

Plerumque] Hæc particula fortè adjecta eſt propter cauſam depoſiti, vectigalium, tributorum &c. in quibus compenſationi non eſt locus, *l.* 3. *& l. ult. C. de compenſ.* Fortaſſis etiam, quia liquidi tantum cum liquido compenſatio admiſſa : quod autem ex cauſa non liquida compenſandi gratia objicitur, alii judicio reſervandum, niſi initio litis per modum exceptionis objiciatur, *d.* §. *in bona l. ult. C. de compenſ.*

Ex eadem cauſa] Hæc verba Theophilus non agnoſcit. Et ſanè etiam, quod ex diverſa cauſa debetur, compenſari poſſe conſtat, *paſſim tit. ff. & C. de compenſ. Paul.* 2. *ſent.* 5.

TEXTUS.

40. *Cum eo quoque, qui creditoribus ſuis bonis ceſſit, ſi poſtea aliquid acquiſierit, quod idoneum emolumentum habeat, ex integro in id, quod facere poteſt, creditores experiuntur. Inhumanum enim erat, ſpoliatum fortunis ſuis in ſolidum damnari.*

NOTÆ.

40. QUI BONIS CESSIT] Ex Ulpiano. *l.* 4. *de ceſſ. bon.*

IDONEUM EMOLUMENTUM] Non modicum, ſed quod alicujus momenti ſit, quo prætor moveri poſſit, *l.* 6. *l.* 7. *eod.*

EX INTEGRO] Id eſt, ἐξολοκλήρου, de integro rurſus, denuo, non ἐς ὁλόκληρον, in ſolidum.

COMMENTARIUS.

1 *Quid ſit facere poſſe, & quid hoc reo tribuat*
2 *Quibus rebus deductis id æſtimetur.*
3 *Quale ſit hoc beneficium, perſona, an rei cohærens.*

HIc iterum proponitur ſpecies, ubi beneficium reo datum facit, ut actor ſolidum non ſemper conſequatur. Omnis debitor ; qui non habet exceptionem competentiæ, ſolidum quod debet, ſolvere compellitur ; ſi nequit, in carcerem ire volente creditore cogitur, niſi bonis cedere malit, *l.* 1. *C. qui bon. ced.* nam bonorum ceſſione pœnam carceris evitare poteſt, utique ſi ſua non malo more amiſit, prodegit aut fraudulenter alienavit, *l. ſi quis dolo.* 51. *de re iud. l. verum* 63. §. *hoc quoque* 7. *pro ſoc. add. Gomez* 2. *reſol.* 11. *num.* 52. *& ad leg. Taur.* 79. *num.* 2. *Ben. Stracch. de merc. tract. decoctorib. part.* 3. *num.* 9. Cæterum non uti carcere,

carcere, ita & obligatione debitor bonis cedens liberatur, ac proinde si postea facultates aliquas, quas modo alicujus momenti sint, iterum acquisierit, denuo efficaciter conveniri potest: sed jam ita, ut non in solidum, quod amplius debet, sed solum in quantum facere potest, damnetur, *l.4. l.6. & 7. de cess bon.* Beneficium ei tributum ex sola commiseratione, ut in extremo hujus §. indicat Justinianus. De materia cessionis latè disputare non est huius loci: videndi *DD. ad tit. ff. & C. eo pertinentes. Schneid. hic. Damhoud. prax. civ. cap. Pet. Greg. 22. synt. 8. & aliquot seqq. Afflict. decis. 348. & seq. Tessaur. decis. 36. & 182. Christin. vol. 4. decis. 123* ubi plurimos citat, qui ex professo hanc materiam tractant. Cæterum antequam
1 hinc abeamus, quærendum est, quale sit hoc beneficium, quod competentiæ vocant, & cujus toties jam facta mentio. Id autem planum fiet, si cognovimus quid sit facere posse, quibus rebus & unde deductis id æstimandum, sitne beneficium personæ, an causæ. Facere posse civili ratione hic dicitur, qui de suo præstare potest honestè, deducto videlicet prius eo, quod illi satis sit ad victum quotidianum & alimenta, *l. inter eos 19. in fin. l. cum ex causa. 30. de re ind. l. 6. de cess bon. leg. ix condemnatione. 173. de reg. iur.* & in eo tempus rei judicatæ spectatur, *l. 15. sol. matr.* Non modo igitur quibus hoc beneficium competit, si solvendo non sunt, in carcerem detrudi non possunt, aut cogi, ut bonis cedant: sed ne totum quidem, quod habent, iis extorquendum, ne aut turpiter mendicare, aut malis artibus victum quærere cogantur. Sed & in definiendo victu & alimentis ratio dignitatis vel conditionis personarum habenda; cum lautiori cibo nobilem vesci, quam rusticum oporteat, & alius illi, quam huic cultus corporis conveniat. De quo *Tiraq. de nobilitat. c. 20. n. 143. & seq. Coder. de procss p. 2. c. 3. n. 115. & seqq.* Utrumque contra est, cum hoc beneficium cessat, quippe omnium actionum sine hoc beneficio hæc conditio est, ut quamvis reus solvendo non sit, solidum tamen præstare compellatur, aut de suo, aut si id non potest, aliunde, unde solvat, sumere, aut postulante creditore in carcerem ire; nisi paratus sit bonis cedere, *l. 1. C. qui bon. ced.* Atque ut creditor parcat carceri: omne tamen quod habet, condemnato auferre potest, ut nihil ei, ne ad victum quidem, relinquatur: de quo vide *Christin. vol. 4. decis. 123.*
2 *n. 15. & ibi alleg.* Hoc quod ita quemque facere posse dicimus, aliter in donatore æstimatur, aliter in cæteris. In donatore, deducto ære alieno: in cæteris, etiam non deducto: pinguius enim donatori succurri placuit, quam veris debitoribus, *l. sunt qui 16. leg. inter eos 19. in pr. & §. 1. leg. & exhæredatum 49. de re iud. l. 12. de donat.* Inter eos, quibus ex simili causa debetur, occupantis conditio melior; nec deducitur, quod ejusdem conditionis hominibus debetur, *d. l. inter eos ubi vid. Don.* Denique si actor eadem paupertate, qua reus, prematur, non juvabitur reus hoc privilegio: quoniam in pari momento miserationis præponderat rigor juris, magisque debitorem, quam creditorem, egere convenit. *Zas. ad leg. 12. & seqq. solut. matrim. num. 20. Coler part. 2. cap. 3. num. 121. D. Tuld. comm. in hunc tit. cap. 19.* Beneficium hoc personale est; non causæ, sed personæ cohærens: & ideo nec in hæredem transit, præterquam quod in actione dotis datur filiis mulieris, qui patri hæredes extiterunt, *l. 12. &* 3
seq. l. etiam filius 18. solut. matr. leg. 24. & seq. de re iud. add. Pet. Fabr. ad l. Divus 28. de reg. iur. Gomez. in leg. Tauri. 50. & tres seqq. num. 49. Neque fidejussori tribuitur, quamvis ita fiat, ut nec debitori hoc beneficium prosit; quippe quum fidejussor totum, quod præstitit, à reo principali repetere possit, *leg. & si fideiussor. 24. de re iudic.* Neque hoc iniquum aut absurdum est: quoniam relatio, quæ est inter creditorem & debitorem principalem, & propter quam beneficium tribuitur, non est inter creditorem & fidejussorem, nec rursus inter hunc & debitorem principalem. Quid quod debitor, dando fidejussorem, tacitè exceptioni competentiæ renuntiare videtur? utique enim hoc agimus fidejussorem accipientes, ut in omnem eventum nobis cautum sit, §. *ult. inf. de replicat.* Licet autem jure novo reus principalis prius conveniri & excuti debet, quam ad fidejussores perveniatur: tamen quod creditor à reo consequi non potuit, rectè exiget à fidejussore: quoniam eodem jure non electione & litis contestatione, sed demum solutione obligatio perimitur, *leg. ultim. C. de fideiussor. Don. ad. d. leg. 24. de re iudic. Bachov. hic. fusè Hering. de fideiussor. cap. 27. part. 4. num. 80. & seqq.* Alia causa est defensoris, cujus in omnibus rebus eadem causa esse debet, quæ domini foret, si cum ipso ageretur, *leg. alia causa. 14. solut. matrim. leg. verum 63. §. 1. pro soc. leg. minor. 51. §. 1. de proc.*

TITULUS VII.

Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicitur.

Continuatio, & summa tituli.

Jure civili nemo ex contractu alterius obligatur, ne is quidem qui contrahentem in

potestate habet, §. *actiones* 10. *tit. præc.* Nam etsi jus potestatis facit, ut servus domino, filius patri obligationem & actionem acquirant: non efficit tamen ex contrario, ut pater & dominus ex contractu filij aut servi obligentur, atque alteri actio adversus eos acquiratur. Cæterum hunc juris rigorem quibusdam in casibus prætor ex æquitate relaxavit, introductis certis actionibus, vel potius actionum qualitatibus, quibus dominus & pater ex contractibus filij aut servi conveniri possunt. Hujus generis sex hoc tit. proponuntur, quod jussu, exercitoria, institoria, tributoria, de peculio, de in rem verso. Sub finem adiicitur casus, quo ex contractu filij pater non obligatur, cum ex eadem causa ex contractu servi obligetur dominus.

TEXTUS.

Quia tamen superius mentionem habuimus de actione, qua in peculium filiorum servorumque agitur, opus est, ut de hac actione & de cæteris, quæ eorundem nomine in parentes dominosve dari solent, diligentius admoneamus. Et quia sive cum servis negotium gestum sit, sive cum iis, qui in potestate parentum sunt, eadem ferè jura servantur, ne verbosa fiat disputatio, dirigamus sermonem in personam servi, dominique, idem intellecturi de liberis quoque & parentibus, quorum in potestate sunt. Nam si quid in his proprie servetur, separatim ostendemus.

NOTÆ.

QUIA TAMEN SUPERIUS] *T. t. l. proximè præcedenti*, §. 10 & § 36.

COMMENTARIVS.

SUperius *mentionem habuimus*] §. *actiones* 10. *præc. tit.* ubi obiter egit de actione de peculio; quam nunc plenius, ut & cæteras quæ ex conventionibus filiorum & servorum adversus patrem & dominum dantur, hoc tit. explicat.

Ferè eadem jura servantur] Merito adiecit particulam *ferè*. Nam primum servi ipsi ex contractibus civiliter non obligantur, §. *item inutilis* 6 *sup. de inutil. stip. l.* 14. *de obl & act.* filij autem familias obligantur, & cum iis agi, tanquam patribus fa. potest, *l. filius fa.* 39. *d. tit.* Deinde servus mutuam pecuniam accipiens obligat dominum de peculio: filius ex ea causa patrem de peculio non obligat, propter Senatusconsultum Macedonianum, §. *pen. inf. eod.* Præterea si servus fide jusserit rem peculiarem non agens, si liberum se meritus judicium acceperit, compromiserit, jusjurandum detulerit, ex his causis actio de peculio in dominum non datur. Diversum est in filiofamilias, *l.* 3. § *filius fa.* 5. & *seqq. l.* 5. §. 2. *de pecul.* Postremo quia servi peculium simplex est & unius generis, totum in domini, à quo profectum est, potestate, dominus ex contractu servi sine distinctione tenetur: pater autem non de omni peculio tenetur, sed de eo tantum, quod ipse totum in potestate habet, cujusmodi hodie solum est profectitium; de quo plura scripsimus ad *d.* §. *actiones sup. titul.* in cæteris omnibus eadem omnino jura ex negotio gesto cum servis & filijsfa. De servis autem quæ tractantur, satis constat, usum hodie non habere.

TEXTUS.

1. Si igitur jussu domini cum servo negotium gestum erit, in solidum prætor adversus dominum actionem pollicetur: scilicet quia is, qui ita contrahit, fidem domini sequi videtur.

NOTÆ.

1. QUOD IUSSU] Sive jusserit dominus, sive mandaverit, sive ratum habuerit, aut servi chirographo subscripserit, *l.* 1. § 1. & *seqq. quod iuss.*

FIDEM DOMINI SEQUI VIDETUR] Et quodammodo contrahitur cum eo ipso, qui jubet *d. l.* 1. *pr.*

COMMENTARIVS.

SI jussu domini cum servo negotium gestum est, merito adversus dominum actio quod jussu datur, atque adeo in solidum: nam quodammodo cum eo ipso contrahitur, qui jubet. *Vlp. l.* 1. *in pr. quod iuss.* Ait Iurisconsultus *quodammodo*: vetè enim non cum domino, qui jussit, sed cum servo contrahitur: & alioqui cessaret actio quod jussu: ut accidit, cum dominus servi tantum ministerio utitur, ipse autem contrahit; veluti si mutuam pecuniam accepturus eam servo numerari jubeat; quo casu quod jussu non competere, sed domino condici, scriptum est in *l. vlt. quod jussu fac. l. qui autem* 14. *cum l. seq depec. const.* sic ibi pater in contrahendo filij nudo ministerio utitur, ipse solus, non filius obligatur, *l.* 4. *C. hoc tit. d. l. ult. quod jussu* At si filius jussu patris contraxerit, uterque tenetur, pater quod jussu, filius directo, *l. pen. eod. l.* 3. §. *sed utrum* 4. *de minorib.* Iussum autem domini hic accipere debemus,

sive

sive jusserit, sive mandaverit, sive ratum habuerit, aut servi chirographo subscripserit, *l.* 1. §. 1. 3. 4. & 6. *quod juss.*

TEXTUS.

2. *Eadem ratione prætor duas alias in solidum actiones pollicetur; quarum altera exercitoria, altera institoria apellatur. Exercitoria tunc habet locum, cum quis servum suum, magistrum navi præposuerit, & quid cum eo ejus rei gratia, cui præpositus erit, contractum fuerit. Ideo autem exercitoria vocatur, quia exercitor is appellatur, ad quem quotidianus navis quæstus pertinet. Institoria tunc locum habet, cum quis tabernæ forte, aut cuilibet negotiationi servum suum præposuerit, & quid cum eo ejus rei causa, cui præpositus erit, contractum fuerit. Ideo autem institoria appellatur quia qui negotiationibus præponuntur, institores vocantur. Ltas tamen duas actiones prætor reddit, & si liberum quis hominem, aut alienum servum navi, aut tabernæ, aut cuilibet negotiationi præposuerit; scilicet quia eadem æquitatis ratio etiam eo casu interveniat.*

NOTÆ.

2. EXERCITORIA ET INSTITORIA] Utraque hæc actio eandem æquitatis rationem habet, quam illa superior; nimirum quia voluntate domini negotium gestum, & cum eo ipso quodammodo contractum intelligitur, *leg.* 29. *de reb. cred.*

SERVUM SUUM MAGISTRUM] Magistrum navis accipere debemus, cui totius navis cura mandata est, maxime quidem, cui ab exercitore; cæterum etiam cui à magistro, *l.* 1. §. 1. iunct. §. 5. *de exerc. act.* ubi etiam hujus rei ratio redditur.

QUOTIDIANUS NAVIS QUÆSTUS] Ad quem omnes obventiones & reditus navis pertinent, sive is dominus navis sit, sive à domino navem per aversionem conduxerit, *d. l.* 1. §. 15.

CUM QUIS TABERNÆ] Taberna hîc est ἐργαστήριον, statio, officina. Gloss. juris, *taberna*, ἐργαστήριον. Hinc tabernarius *l.* 5. §. 7. *de inst. act.* id est ἐργαστηριάρχης. Gloss. Gr. Lat.

COMMENTARIUS.

1 *Cum magistro & institore ipso etiam directo agi posse: quanquam in praxi hoc non receptum.*
2 *Si plures exerceant, singulos in solidum teneri: sed apud nos hoc non obtinere.*
3 *Exercitores non habere actionem adversus contrahentes cum magistro aut institore.*
4 *In contractibus cum præpositis ineundis diligenter observandam legem præpositionis: ubi multa notabilia.*

SI quid cum servo, quem dominus magistrum navi præposuit, contractum sit ejus rei causa, cui præpositus est ad eam rem actio adversus dominum edicto prætoris constituta est, quæ exercitoria appellatur, *tit. ff. & C. de exerc. act.* Similiter si quid cum servo quem dominus tabernæ aut cuilibet alij negotiationi præfecit, ejus rei gratia gestum sit, in dominum eo nomine actionem prætor pollicetur, quæ dicitur institoria, *tit. ff. & C. de inst. act.* Illa à præponente qui exercitor dicitur, nominata est; hæc à præposito seu institore propter commoditatem sermonis. Utraque eandem æquitatis rationem habet, quam superior illa quod jussu, nimirum quia voluntate domini negotium gestum, ac proinde cum eo ipso quodammodo contractum intelligitur, §. *ult. inf. eod. l. si institorem* 19. *de reb. cred.* unde merito etiam in solidum utraque proposita est.

Ad quem quotidianus navis quæstus] Exercitor dicitur ad quem omnes obventiones & reditus navis pertinent, sive is dominus navis sit, sive à domino navem per aversionem conduxerit, *leg.* 1. §. *exercitorem* 15. *de exerc. act.* Magistrum autem navis accipere debemus, cui totius navis cura mandata est, maxime quidem cui ab exercitore, sed tamen etiam cui ab institore, *d. l.* 1. §. 1. *iunct.* §. *magistrum* 5. ubi etiam ratio hujus rei redditur.

Institores vocantur] Institor, auctore Ulpiano, ex eo appellatus est, quod negotio gerendo insistat: nec multum refert, inquit, tabernæ sit præpositus, an cuilibet alij negotiationi, *l.* 3. *de inst. act.* puta rebus emendis, locandis, permutandis. Ut declarant exempla *l.* 5. *eod.* Quamvis autem procurator qui mutuis accipiendis pecuniis præpositus est, proprie institor non sit, placet tamen adversus eum qui præposuit, utilem ad exemplum institoriæ actionem dari, *l. pen. eod. l.* 5. *C. eod.*

Et si quis liberum hominem] *L.* 1. § *cuius autem* 4. *de exerc. act. l.* 7 § 1. & 2. *l.* 8. *de inst. act.* quibus locis traditur, nihil interesse cujus conditionis sit, qui navi aut tabernæ præponitur, masculus an fœmina; pater fam. an filius fa. pupillus an adultus

aut ætate major, homo liber, an servus præponentis, an alienus. Ex converso quoque parvi referre traditum est, quis præposuerit *d. l. 1. §. parvi autem 16. d. l. 7. § 1. l. 2. & ult. C. eod.* Nam & si is qui in potestate aliena est, ejus voluntate navem aut tabernam exerceat, & quid cum eo quem magisterio navis aut tabernæ præposuit, gestum sit, in eum, cujus in potestate est, judicium datur, *d. l. 1. §. si is qui 19. de exerc. act.* & si mulier sit, quæ navem aut tabernam exercet, tenebitur & ipsa ex contractu eorum, quos præposuit: nec juvabitur Senatusconsulto; quoniam in obligationibus principalibus viro comparatur, *d. l. 1. §. parui autem 16. de exerc. d. l. 7 § 1. de inst. act. l. 4. C. eod.* nec sunt contractus hujusmodi alieni, sed ipsius mulieris. Græci in *Basilic. 52.* ἐὰν δὲ ἀλλότριοι εἰσι τοῦτο συναλλάγματα, ἀλλ' αὐτῆς ἡ γυναικός. Enim vero pupillus ex præpositione ut obligetur, necessaria est tutoris auctoritas, *d. l. 1. §. parui autem, l. 9. de inst. act.*

Eadem æquitatis ratio] Conditio personæ præpositi non debuit impedire humanitatem prætoris. Nam sive servus sive homo liber administrationi alicui præponatur, semper is, qui eum præponit, eo animo esse intelligitur, ut velit in ea administratione factum præpositi præstare, ne contrahentes, qui præponentis magis quam præpositi fidem sequuntur, decipiantur: estque hoc æquissimum, ut quorum ex contractu commoda publice percipimus, eorum quoque in eadem causa facta agnoscamus, *l. 1. in pr. §. 2. & 4. de exerc. act. l. 1. de inst. act.* quamquam summo jure hæ causæ ad actionem adversus alium, quam cum quo revera contractum est, acquirendam non sufficiunt.

1 Plane cum quæritur, adversus quem actio detur, interest homo liber an servus sit, cum quo ut magistro aut institore contractum est. Nam servus ex contractu civiliter non obligatur, neque judicio agi cum eo potest, *l. 6. C. de iud. l. 14. de obl. & act.* & ideo solus dominus hic conveniendus est actione exercitoria. Si liber sit, uterque tenetur, & qui præposuit, & qui præpositus est; habetque creditor electionem, utrum cum magistro aut institore directo agere, an cum iis, qui eos præposuerunt, exercitoria aut institoria experiri velit, *l. 1. §. est autem 17. & §. pen. de exerc. act. l. 6 § ultim. naut. caup. stab.* Nec obstat *leg. ult. de instit act.* ex qua quidam adstruxerunt, institores ipsos ex negotio institorio nomine gesto non teneri nec conveniri posse: nam, ut recte plerique respondent, non proponitur in specie *d. l. ult.* institor, qui cum aliquo contraxit, aut se institorio nomine obligavit, sed qui tantum professus est, esse penes mensam præponentis certam summam pecuniæ: ex cujusmodi nuda scriptione, ad fidem mensæ protestandam, *om credit vandetafel te onderhouden.* mirum non est, si post mortem præponentis conveniri non possit. *Costal. in d. l. ult. & ad l. 1. §. est autem 17. de exerc. act.* Ubi tamen refert, aliud placuisse Curiæ Parisiensi, eamque censuisse, institores non recte conveniri ex iis contractibus, quos nomine institorio inierunt, sed in dominos actionem esse intendendam, nisi domini eos, qui pro se gesserunt, pro institoribus non haberent. Quæ sententia etiam in praxi recepta est. *Christin. vol. 3. decis. 33. num. 9. add. D. Coren. obs. 26. re à sup. s. n. Holl. iud.* unde Angelus in *l. eandem, de duobus reis*, ait, quod factores licet mille literis se scribant debitores, non propterea possunt conveniri, quod videntur scribere factorio nomine. Similia & Decius *consil. 150.* 2 Si plures navem aut tabernam exerceant, placet singulos in solidum conveniri posse: nec in plures adversarios distringatur, qui cum uno contraxerit, *l. 1 §. ult. l. 2. 3. & 4. de exerc. act. l. habebat 13. §. ultim. & l. seq. de instit. act.* Sed hoc apud nos receptum non est, ut mercaturæ negotium: sed singuli pro portionibus exercitionis tantum conveniri possunt. *Grot. lib. 3. cap. 1. & 2. de iur. bell. cap. 11. num. 13. Groënevv. de ll. abrog. hic.* An 3 igitur & ex contrario navem aut tabernam exercenti actio constituta est adversus eos, qui cum magistro aut institore contraxerunt? Minime. Neque enim eodem auxilio indigent; cum actione ordinaria, puta mandati, locati, negotiorum gestorum, cum magistro aut institore agere possint, *l. 1. §. sed ex contrario 18. de exerc. act. l. 1. de instit. act.* Plane, si ab his rem suam servare nequeant, ex æquitate illis succurri solet etiam contra eos, qui cum magistro aut institore contraxerunt, *d. §. sed ex contrario, leg. 1. de exerc. act. l. 2. de instit. act.* Qui autem magistrum aut institorem in potestate habet, actiones ex contractibus eorum sibi quæsitas exercet. Illud porro animadversione dignum est, quod non ex omni causa ex contractu magistri aut institoris obligetur, qui eos præposuit: sed ex eo duntaxat negotio, quod gestum est ejus rei gratia, ad quam præpositi sunt, ut in hoc text. dicitur, & exemplis declaratur ab Ulpiano in *d. l. §. non autem 7. & seqq. de exerc. act. l. 5. §. non tamen 10. & seqq. de instit. act.* Proinde in contractibus cum institoribus aliisve officio alicui præpositis ineundis lex & forma præpositionis diligenter observanda est, *d. l. 1. §. igitur 12. de exerc. act. l. sed si 12. §. conditio 5. de inst. act.* adeoque ipsum genus commissionis vel officij expendendum, & persona quoque eius, cum quo contrahitur, examinanda, *l. qui cum alio, de reg. iur. Costal. in l. 5. §. non tamen, de instit. act.* Quid dicemus si præpositi mutuas pecunias sumpserint? Si mandatum habeant de mutuis pecuniis accipiendis, res expedita est. Si non habent,

bent, caute creditoribus agendum. Utique præpositio ad ea quoque extenditur, quæ sæpe incidenter & per consequentiam rei principaliter commissæ veniunt. Unde si verbi gratia navis reficienda aut instruenda sit, magister in eam rem pecuniam mutuetur, actio in exercitorem dabitur, neque creditor adstringetur ad hoc, ut ipse curam reficiendæ navis suscipiat, probetve, pecuniam in refectionem erogatam esse, *l.1. §. qui si 8. l. ult. de exerc. act.* Cæterum non alias utiliter aget, quam si concurrant illa omnia, quæ exigit Africanus in *d. l. ultim. & Gloss. & DD. ibidem.* Summa est, si cum crederetur pecunia, navis in ea causa fuerit, ut refici deberet: si ea lege credita, ut in refectionem navis impenderetur: si creditor scierit, eum, cui credidit, magistrum ei navi præpositum: si non majorem summam crediderit, quam ad eam rem esset necessaria: postremo si in eo loco crediderit, ubi id, propter quod pecunia creditori, comparari potest. Eademque fere dicenda, si quis institori pecuniam crediderit, & de actione institoria adversus dominum danda quæratur, *d. l. ult. §. ult.* eoque iure etiam hodie utimur. *Christin. vol. 3. decis. 33. num. 2.* eleganter & practice *I. Fab. h. t. n. 8. & seq. Foller. ad Marant. part. 4. dist. 22.* adde quæ nos *ad Pet. Peck. in tit. si navis. ad d. l. ult.* Moribus harum regionum, ex contractu uxoris palam negotiationem exercentis, maritus obligatur, sed & uxor quoque tenetur, uti sæpissime judicatum testatur. *Christin. vol. 3. decis. 27.* Non idcirco tamen minus in intercessionibus beneficio S. Cti utitur. *Neostad. obs. rei iudic. 18. add. Sand. lib. 2. tit. 4. defin. 3. & 4. Grot. 1. introd. cap. 5.* Quod autem, qui aliquam uxorem ducit, simul omnia eius debita in se trahit, id non ideo fit, quia contractus uxoris maritum obligat, sed quia matrimonium parit communionem totius æris alieni, cujus partem dimidiam velut debitum proprium vir exsolvere cogitur, alteram dimidiam tanquam administrator totius familiæ, ac proinde & negotiorum uxoris. *Gud. lib. 3. cap. 11.*

TEXTUS.

3. *Introduxit & aliam actionem prætor, quæ tributoria vocatur. Namque si servus in peculiari merce sciente domino negotietur, & quid cum eo ejus rei causa contractum erit; ita prætor ius dicit, ut quicquid in his mercibus erit, quodque inde receptum erit, id inter dominum, si quid ei debebitur, & cæteros creditores pro rata portione distribuatur. Et ideo tributoria vocatur, quia ipsi domino distributionem prætor permittit. Nam si quis ex creditoribus quæratur, quasi minus ei tributum sit, hanc ei actionem accommodat, quæ tributoria appellatur.*

NOTÆ.

3. SCIENTE DOMINO NEGOTIETUR] *l. 1. §. 2. de trib. act.* Exigitur autem, ut saltem dominus non nolit, id est, sciat & patiatur servum in merce peculiari negotiari, *d. l. 1. § 3.*

QUIA IPSI DOMINO DISTRIBUTIONEM] Ipse dominus tribuendi facultatem habet ex prætoris edicto, *l. ult. eod.*

QUAM OPORTUERIT] Hæc actio dolum malum coërcet domini, *l. 7. §. 2. eod.* id est, propter iniquam distributionem datur: cogiturque dominus per hanc actionem in medium afferre, quicquid mercium occultaverit. Th.

COMMENTARIUS.

PRoponitur hic quarta actio ex contractu servi in dominum à prætore comparata, quæ tributoria vocatur, id est, distributoria sive contributoria. Nam si quid cum servo in peculiari merce sciente domino negotiante contractum sit, jubetur dominus quod ex ea merce & quod eo nomine receptum est, æqualiter inter creditores tribuere seu partiri; in quam partitionem & ipsa quoque, si quid ei debetur sive mercis nomine sive alia ex causa, admittitur, *l. 1. l. 5. §. per hanc actionem, & seqq. de tribus act.* Si autem dolo malo eius factum sit, quominus ita tribueretur, tributoria in eum datur, ut quantominus tributum sit, quam debuerit, præstet. Itaque hæc actio tantum dolum malum domini coërcet, si videlicet malitiose in distribuendo versatus sit, merces penes se retinuerit, aut sciens prudens perire sit passus. Quod si tribuere nolit, potest evitare actionem mercibus cedendo, *l. 7. §. 1. & deinceps, eod.*

Sciente domino negotietur] Dominus peculium servo concedens hoc ipso etiam ius contrahendi servo concedere intelligitur, *l. 1. §. item acquirimus 5. de acq. poss.* Cæterum hæc voluntas paulo generalior & aliquanto remotior est à singulis contractibus: qua de causa in actione de peculio æstimatio peculii fit deducto eo, quod domino debetur, ut audiemus §. *seq.* At in casu proposito voluntas domini propius ad negotium accedit: exigitur enim ut saltem non nolit, id est, sciat & patiatur servum in merce peculiari negotiari, *l. 1. §. 1. & 2. de tribus act.* Et ideo in actione

tributoria

tributoria placet, dominum privilegium deductionis non habere, sed æquali iure cum cæteris creditoribus in tributum vocari, *d. l. 1. in pr. add. l. 1. §. licet autem 20. l. 6. de exerc. act.*

TEXTUS.

4. *Præterea introducta est actio de peculio, deque eo, quod in rem domini versum erit, ut quamvis sine voluntate domini negotium gestum erit, tamen sive quid in rem eius versum fuerit, id totum præstare debeat; sive quid non sit in rem eius versum, id eatenus præstare debeat, quatenus peculium patitur. In rem autem domini versum intelligitur, quicquid necessario in rem eius impenderit servus, veluti si mutuatus pecuniam creditoribus eius solverit, aut ædificia ruentia fulserit, aut familiæ frumentum emerit, vel etiam fundum, aut quamlibet aliam rem necessariam mercatus erit. Itaque si ex decem puta aureis, quos servus tuus à Titio mutuo accepit, creditori tuo quinque aureos solverit, reliquos vero quinque quolibet modo consumpserit, pro quinque quidem in solidum damnari debet; pro cæteris vero quinque eatenus, quatenus in peculio sit. Ex quo scilicet apparet, si toti decem aurei in rem tuam versi fuerint, totos decem aureos Titium consequi posse. Licet enim una sit actio, qua de peculio, deque eo, quod in rem domini versum sit, agitur, tamen duas habet condemnationes. Itaque iudex, apud quem de ea actione agitur, ante dispicere solet, an in rem domini versum sit; nec aliter ad peculij æstimationem transit, quam aut nihil in rem domini versum intelligatur, aut non totum. Cum autem quæritur, quantum in peculio sit, ante deducitur, quicquid servus domino, eive, qui in potestate eius sit, debet; & quod supereſt, id solum peculium intelligitur. Aliquando tamen id quod ei debet servus, qui in potestate domini sit, non deducitur ex peculio, veluti si is in ipsius peculio sit. Quod eo pertinet, ut si quid vicario suo servus debeat, id ex peculio eius non deducatur.*

NOTÆ.

4. QUAMVIS SINE VOLUNTATE] Nam si domini voluntate, potest *quod iussu* agi, *l. 5. §. 2. de in rem vers.*

IN REM EIUS VERSUM] idque sive habeat servus peculium, sive non habeat, sive non tantum habeat, quantum acceptum est. Nam ubi cessat actio de peculio, de in rem verso locum habet, *l. 1. pr. & §. 1. d. t.*

QUICQUID NECESSARIO] Vel utiliter, *l. 5. §. 3. eod.* quod autem magis ad voluptatem pertinet, non videtur versum. Hoc igitur dominus sine rei detrimento patietur auferri, *l. 1. §. 4. eod.* Locum hunc fuse explicat Ulpianus, *d. l. 3. d. l. 5. l. 7. l. 10. eod.*

LICET ENIM UNA SIT ACTIO] Huius loci hanc esse sententiam puto, non tamen singulis actionibus separatim, aut de peculio, aut de in rem verso, agi posse: sed etiam coniunctim, ut simul utrumque caput una formula ita, ut proponitur, in iudicium deducatur. Eamque formam agendi esse commodissimam, ut mox ostendetur. Cæterum actio de in rem verso, non minus sola & per se institui potest, quam illa de peculio, *l. 1. pr. §. 1. l. 14. l. 18. in fin. de in rem vers. §. seq. & § vlt. inf. eod.*

DUAS HABET CONDEMNATIONES] Quando scil. actione de peculio illud emblema de in rem verso adiicitur. Altera enim seorsum & simpliciter intentata ad alteram ex eadem causa non datur regressus, arg. *l. 9. §. 1. de trib. act. & §. seq. inf. eod.*

ANTE DEDUCITUR, &c.] Naturalia debita spectamus in peculij deductione, *l. 5. §. ult. l. 9. §. 2. & 3. l. 11. §. 1. de pecul.* quemadmodum ex contrario quod dominus servo debet, peculium auget, *l. 17. eod.*

SI QUID VICARIO SUO, &c.] Quia peculium vicarij in peculio ordinarij est, *l. 17. de pecul.* Ordinarius vicarij veluti dominus est: vicarius δᾶλος οἰκέτης Gloss. Gr. Lat.

COMMENTARIVS.

1 *Notatur & refutatur error eorum, qui putant, actionem de peculio, & eam de in rem verso, non esse duas distinctas actiones.*

PRæter superiores quatuor sunt adhuc actiones duæ, edicto item prætoris ex contractibus servorum adversus dominum proditæ, quæ explicantur hoc loco, actio de in rem verso, & actio de peculio: quarum illa ob commodum, quod ex contractu servi ad dominum pervenit, constituta est; hæc ob domini voluntatem, uti

&

& præcedentes ; quanquam non ubique idem genus voluntatis intervenit, & ideo nec quæ huius generis sunt, eundem effectum adversus dominum habent, *l.* 1 §. *licet autem* 20. *l.* 6. *de exerc. act. l.* 1. *per tot. de tribus act. iunct. l.* 1. §. *item acquirimus* 5. *acq. post.*

Et quamvis sine voluntate domini] Actio de peculio dicitur dari ex negotio sine voluntate domini gesto, non quod nulla omnino voluntas domini præcedat: nam, ut sæpe alibi diximus, qui peculium servo concedit, hoc ipso ei etiam ius contrahendi tacite permittere intelligitur, per *d. l.* 1. §. *item acquirimus* 5. *de acq. possess.* sed respectu actionum præcedentium, quæ ut competant, requiritur vel voluntas aperta, ut in actione quod iussu, exercitoria & institoria, vel præter generalem concessionem peculij saltem scientia domini & patientia, ut in tributoria, cum de peculio dominus obligetur, etiamsi nesciat, servum de rebus peculiaribus contrahere. Unde etiam est, quod licet illa quod iussu, item exercitoria & institoria, in solidum dominus teneatur, in tributoria quod sibi debetur non deducat; de peculio tamen non teneatur, nisi pro modo peculij, & cum iure deducendi, quod ipsi servus debet.

Sive quid in rem eius versum] Dominus de eo, quod servus sine voluntate eius contraxit, quatenus in rem eius versum est, in solidum tenetur actione de in rem verso; idque sive habeat servus peculium, sive non habeat, aut non tantum habeat, quantum acceptum est. Nam etiam ubi cessat actio de peculio, de in rem verso locum habet, *l.* 1. *in pr. & §.* 1. *de in rem verf.*

Quicquid necessario in rem eius, &c.] Ostendit exemplis, quid quando in rem domino versum intelligatur. Et quidem quicquid servus necessario in rem domini impendit, id omne citra controversiam in rem ipsius versum intelligitur, *l.* 3. §. 1. *l.* 5. *l.* 6. *eod.* Sed tamen & quod utiliter gessit impenditve, in eadem causa est, *l.* 5 §. 2. *& pr. sin. tit. eod.* nisi quod in non necessariis non amplius in rem versum intelligatur, quam est verum ipsius rei pretium; cum in necessariis spectetur pretium conventum, *d. l.* 5. *in pr. eod.* Ut ergo generaliter dicam, toties de in rem verso actio competit, quoties procurator mandati, aut negotiorum gestor negotiorum gestorum actionem habet: quotiesque servus ita impendit, ut dominus rem suam aut meliorem haberet, aut non deteriorem, *d. l.* 3. §. 2. Quod vero in voluptariam causam impensum est, non videtur versum: nam nec procurator hoc imputaret: & non debet dominus ex eo onerari, quod ipse facturus non esset, *d. l.* 3. §. *sed si mutua* 4. Plane impensæ honestæ & consuetæ dominum de in rem verso obligant, *l.* 7. §. 3. *eod.*

Licet enim una sit actio] Ita hoc loco disputa Iustinianus, quasi actio de peculio & actio de in rem verso non sint duæ distinctæ actiones, sed una tantum, quæ habeat duo capita duasque condemnationes. Unde quidam existimaverunt, actionem de in rem verso non esse propriam formulam & per se constantem, sed accessionem & appendicem duntaxat actionis de peculio institoriam & exercitoriam. Proinde creditorem, qui de in rem verso agere instituit, de peculio actionem postulare oportere, ita ut simul illud emblema de in rem verso adiici postulet. *Hotom. Tuning. hic.* Quidam vero actioni de peculio etiam inesse adiectionem de in rem verso, nec actionem de in rem verso per se exerceri, nisi cum deficit actio de peculio. *D. Cujac. hic. Duar. in tit. de in rem verf.* Neutri bene, meo quidem judicio. Nam, ut ego existimo, actio de in rem verso tam propria & per se constans formula est, quam ea de peculio: potestque non tantum cum actio de peculio deficit, sola & per se institui veluti cum peculium servo sine dolo malo ademptum est, aut morte servi peculium extinctum, annusque, intra quem de peculio agi poterat, finitus; quibus casibus hæc actio etiam necessaria est: *l.* 1. §. 1. §. 1 *l.* 14. *l. filius fam.* 19. *in fin. de in rem verf.* sed etiam tunc, cum simul de peculio competit, §. *seq. in fin. & §. ult. l.* 1. *hoc tit. d. l.* 1. *in pr.* Et cur tandem quæso non liceat mihi, si velim, de in rem verso seorsum agere, quamvis & de peculio experiri queam? Cum autem simpliciter de peculio agitur, negamus, clausulam illam de in rem verso de peculio actioni inesse aut pro adiecta haberi. Æstimatur quidem tunc quoque quod in rem domini versum est, sed tanquam servo debitum, ut tanto plus in peculio esse censeatur. Uti docet *d. l.* 1. §. *ult. & d. l.* 19. At in condemnatione seorsum eius, quod versum est, ratio non habetur, sed universi peculij, sic ut de toto deducatur, quod servus domino debet. Quod secus est, si adiecta fuerit clausula de in rem verso, ut docemur hoc text. Et ex contrario si simpliciter de in rem verso actum sit, peculij nulla ratio habetur, sed eius tantum, quod in rem versum est. Quid igitur est, quod Iustinianus hic ait, unam esse actionem, qua de peculio, deque eo, quod in rem versum sit, agitur? Nimirum ostendere voluit, non tantum singulis actionibus separatim aut de peculio aut de in rem verso agi posse, sed etiam coniunctim, unaque actione, ut caput simul utrumque ita, ut proponit, in judicium deducatur: eamque agendi formam esse commodissimam: propterea quod tunc utriusque rei ratio habeatur, & prius dominus damnetur in solidum eius, quod in rem ipsius versum esse probatum fuerit, de quo non deducit, quod sibi debet: & si illud non sufficiat, tum porro damnetur,

quatenus est in peculio, salvo beneficio deductionis. At seorsum altera intentata ad alteram ex eadem causa regressus non datur. Per. *l. 9. §. 1. de trib. & §. seq. hoc tit.*

Ante deducitur quicquid servus domino, &c. debet] Quemadmodum quod dominus servo debet, peculium auget, *l. si servus 17. in fin. de pecul.* ita ex contrario quod servus domino debet, peculium minuit, atque extra peculium reputatur, quasi dominus prævenerit & cum servo egerit. Idemque est, si quid servus debeat iis, qui in potestate domini sunt, quoniam hoc quoque domino debetur, *l. 5. §. ult. l. 9. §. 2. & 3. d. tit.* Unum excipitur, si servus ordinarius quid debeat vicario suo, quod ideo placet de peculio ordinarij non deduci, quia ut ipse vicarius, ita & peculium eius in peculio ordinarij est, *d. l. si servus.* Ordinarius vicarij veluti dominus est vicarius δεσπότης ἐστίν, Gloss. Græc. Lat.

TEXTUS.

5. Cæterum dubium non est, quin is quoque, qui iussu domini contraxerit, cuique institoria vel exercitoria actio competit, de peculio deque eo, quod in rem domini versum est, agere possit. Sed erit stultissimus, si omissa actione, qua facillimi solidum ex contracta consequi possit, se ad difficultatem perducat probandi, in rem domini versum esse, vel habere servum peculium, & tantum habere, ut solidum sibi solvi possit. Is quoque, cui retributoria actio competit, aque de peculio, & de in rem verso agere potest. Sed sane huic modo tributoria expedit agere, modo de peculio & de in rem verso. Tributoria ideo expedit agere, quia in ea domini conditio præcipua non est. Id est, quod domino debetur, non deducitur, sed eiusdem iuris est dominus, cuius & cæteri creditores: at in actione de peculio ante deducitur, quod domino debetur: & in id, quod reliquum est, creditori dominus condemnatur. Rursus de peculio ideo expedit agere, quod in hac actione totius peculij ratio habetur: at in tributoria, eius tantum, quo negotiatur. Et potest quisque tertia forte parte peculij, aut quarta, vel etiam minima negotiari: maiorem autem partem in prædiis, aut fœnebri pecunia habere. Prout ergo expedit, ita quisque vel hanc actionem, vel illam eligere debet. Certe qui potest probare, in rem domini versum esse, de in rem verso agere debet.

NOTÆ.

5. QUIN IS QUOQUE, &c.] Ratio est, quia hæ actiones non sunt actiones propriæ & per se constantes, sed tantum actionis ex contractu adiectiones. E. C. Si quid institor vendiderit, pecuniamque in rem domini converterit, una tantum actione dominus tenetur, nempe ex empto: cæterum trifariam ex ea causa conveniri potest, ex empto institoria, ex empto de peculio, ex empto de in rem verso. Concurrunt autem hæ actiones non cumulative, ut loquuntur, sed elective: una enim electa aliæ consumuntur, *l. 9 §. 1. de trib. act. l. 4. §. ult. hoc tit.*

DOMINI CONDITIO PRÆCIPUA NON EST] In tributorio judicio non melior conditio domini, quam cæterorum creditorum, *l. 1. de tribus act.*

ANTE DEDUCITUR, QUOD DOMINO DEBETUR] Nam in actione de peculio dominus habet privilegium deductionis, *d. leg. 1. & §. 4. sup. eod.*

IN HAC ACTIONE TOTIUS PECULII] In actione de peculio totius peculij: in tributoria eius duntaxat partis, de qua negotiatum est, ratio ducitur, *l. 11. de trib. act.*

AUT FOENEBRI PECUNIA] Ergo locum non habet institoria in fœnebri pecunia. Pac.

DE IN REM VERSO AGERE DEBET] Id est, expedit ei potius de in rem verso agere, quam tributoria, propter solidi condemnationem. Theoph.

COMMENTARIUS.

LOcus hic planus est. Docet, ex uno eodemque negotio & contractu servi plures actiones concurrere & simul competere posse. Ut ecce, si servus peculium habens negotiationi alicui præpositus sit, & quid in utilitatem domini verterit, locus est & actioni institoriæ, & de peculio, & de in rem verso. Cuius rei hæc ratio est, quod hæ actiones non sunt actiones propriæ & per se constantes, sed tantum actionis ex contractu adiectiones. Exempli gratia, si quid institor vendiderit, pecuniamque in rem domini converterit, una tantum revera actione dominus tenetur, videlicet ex empto; sed trifariam ex ea causa conveniri potest, ex empto institoria, ex empto de peculio,

cum ex empto de in rem verso. Concurrunt vero hæ actiones non cumulative, ut loquuntur, ut pluribus vel simul vel successive uti liceat, sed elective ut liceat unam eligere experiundi gratia: una autem electa seu in judicium deducta aliæ consumuntur, quoniam omnes ex uno eodemque negotio descendunt, *l. 9. §. 1. de tribut. act. l. 4. §. ult. hoc tit.* Plane de peculio deque eo, quod in rem versum est, simul agi potest, sed una judicij formula caput utrumque complectente, ut superius dictum est.

Sed erit stultissimus] Quoniam unius harum actionum electione cæteræ perimuntur, atque inter has aliæ aliis sunt uberiores aut commodiores, monet creditorem, ut in eligendo cautionem adhibeat, simul eum docens, quænam illæ sint, quibus plenius aut facilius suum consequi possit: quod lectione, non interpretatione indiget.

TEXTUS.

6. *Quæ diximus de servo & de domino, eadem intelligimus & de filio & filia, & nepote & nepte, & patre avove, cujus in potestate sunt.*

COMMENTARIUS.

HOc, idem in principio hujus tit. monuit, promittens, si quid proprie in patre & filio observaretur, id separatim se indicaturum; cujus rei unum exemplum mox §. *seq.* adducit: nos plura ejusmodi notavimus ad *d. pr.*

TEXTUS.

7. *Illud proprie servatur in eorum persona, quod Senatusconsultum Macedonianum prohibuit mutuas pecunias dari eis, qui in potestate parentis sunt: & ei, qui crediderit, denegatur actio tam adversus ipsum filium filiamve, nepotem, neptemve, (sive adhuc in potestate sint, sive morte parentis, vel emancipatione suæ potestatis esse cœperint) quam adversus patrem avumve, sive eos habeat adhuc in potestate, sive emancipaverit. Quæ ideo Senatus prospexit, quia sæpe onerati ære alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam consumebant, vitæ parentum insidiabantur.*

NOTÆ.

7. MUTUAS PECUNIAS DARI] Non autem vendere, locare, aliove modo contrahere, aut alias res, vinum, oleum, frumentum, mutuo dare; modo ne quid in fraudem Senatusconsulti fiat, *l. 3. §. 3. l. 7. §. 3. d. t.*

VITÆ PARENTUM INSIDIABANTUR] *d. l. 1. & d. l. 3. §. 3.* Simile est apud Cic. *in defensione Sextæ Roscij.*

COMMENTARIUS.

1 *Scopus Senatusconsulti. An hodieque ei sua vis constet. An ei filius renuntiare possit. An in foro animæ se eius auxilio tueri.*

FIliusfa. ex contractu suo & ipse obligatur, *l. filiusfa. 39. de obl. & act.* & patrem obligat de peculio, *§. actiones 10. sup. de actionibus, l. 3. §. filiusfa. & deinceps, de pecul.* Una tantum causa excipitur, ex qua placet nec ipsum nec patrem ejus obligari, nempe si pecuniam mutuam acceperit: quod effectum est Senatusconsulto Macedoniano; cujus sententiam breviter hic complectitur Iustinianus.

Senatusconsultum Macedonianum prohibuit] Hoc Senatusconsultum auctoritate Vespasiani factum refert Suetonius in ejus vita *cap. 11. Auctor*, inquit, *Senatus fuit Vespasianus decernendi, ne filiorumfa. fœneratoribus exigendi crediti ius unquam esset, hoc est, ne post patris quidem mortem.* Tacitus autem *l. 11. annal.* id Claudio tribuere videtur, dum ait, eum coërcuisse sævitiam creditorum, ne in mortem parentum pecunias filiisfa. fœnori darent.

Mutuas pecunias dari] Duo hic notanda. Primum eum solum contra Senatusconsultum facere, qui mutuum filiofa. dedit, non qui alias contraxit, puta vendidit, locavit; modo ne quid factum sit in fraudem Senatusconsulti, *l. 3. §. is autem 3. de Senatusc. Mac.* Deinde solam pecuniæ numeratæ dationem Senatusconsulto prohibitam: cæteras autem res omnes utiliter filiofa. mutuo dari, nisi & in his fraus Senatusconsulto quæratur, *l. 7. §. mutui 3. d. tit.* Illud non refert, utrum pecunia sub usuris mutuo data sit, an sine usuris, *d. l. 7. §. sive autem 9.* quamvis senatus præcipue prohibeat filiisfa. fœnerari, *l. 1. d. tit. l. 3. C. eod.* Plane ejus pecuniæ repetitionem non impedit Senatusconsulti auctoritas, quæ filiofa. studiorum vel legationis causa alibi degenti ad necessarios sumptus suppeditatur, modo ne excedat eam quantitatem, quam pietas paterna non denegaret, *d. l. 7. §. quod dicitur 13. l. 5. C. eod.* Et in universum cessat Senatusconsultum, si pecunia in rem patris

versa, *d. l. 7. §. proinde* 12. aut voluntate patris credita sit, *d. l. 7. §. interdum* 11. *l.* 12. *eod. l.* 2. *l. ult. C. eod.*

Qui in potestate parentis] Sine discrimine sexus aut gradus, *l.* 9 §. 2. *l.* 14. *eod.* Nec refert, frugi sit filiusfa. an non; magistratus, an privatus: nisi castrense aut quasi castrense peculium habeat; ad cujus quantitatem placet cessare Senatusconsultum; quia in eo vice patris f. fungitur, *l.* 1. §. *ult. l.* 2. *eod.* In filiofa. sub armata militia militante in totum cessat, *l. ult.* §. *ult. C. ad senat. Maced.*

Denegatur actio] Nempe si contra Senatusconsultum factum esse appareat. Quod si de eo ambigitur, exceptio adversus actionem dabitur, *l.* 1. *de Senatusc. Macianst. l.* 9. *de iurei.* quæ est illa à Iurisconsultis toties usurpata exceptio Senatusconsulti Macedoniani.

Vel emancipatione sua potestatis esse cæperint] Cum scilicet pecunias mutuati essent, quo tempore adhuc in potestate erant. Nam vetat Senatusconsultum pecuniam credi filiofa. cæterisque liberis, qui in potestate sunt, *hoc text. d. l.* 1. *l.* 14 *eod.* non vetat credi iam emancipatis aut aliter sui juris vivo adhuc patre effectis, *l.* 3 §. *ult. eod.*

Quæ ideo Senatus prospexit] Non sine gravi causa Senatus cavit, ne cui qui filiofa. mutuum pecuniam dedisset, actio petitiove daretur. Nam hoc modo dum creditores à datione pecuniarum deterrentur, præciditur filiisfam. materia luxuriei & occasio contrahendi æs alienum; quo cum optimi cœperunt, verendum amplissimus ordo existimavit, ne ad præmaturum atque improbum successionis & mortis paternæ votum impellantur, *d. l.* 1. & *hoc text.* Simile est apud Ciceronem in defensione Sexti Roscij. D. Tuldenus in *comm. ad hunc tit. cap. ult.* quærit, & de eo aliquando dubitatum scribit, an etiam hodie secundum nos res harum regionum vis sua Senatusconsulto constet. Et putat constare, sed certis tantum casibus, quoties scilicet creditor sciens in luxum pecuniam dedit, aut ea lege, ut post mortem patris redderetur cum fœnore. Extra hos casus, qui perpetuam æquitatis rationem habeant, Senatusconsultum mansuetudini morum & humanitati nostrorum temporum non convenire. Illud etiam tractatum est, an filiusfa. se hujus Senatusconsulti auxilio tueri possit in foro conscientiæ. VVamesius *cent. iv. 2. cons.* 99. Tuldenus ad *tit. C. ad Senatusc. Mac. num.* 4. respondent, in judicio animæ filiumfa. utentem exceptione Senatusconsulti rutum non esse, nisi creditor ipsi pecunias ad profusionem & luxum sciens subministraverit. Ad quem ferme modum & *Covar. ad cap. quamvis, de reg iur. in 6. p.* 2. §. 3. *n.* 5. qui illud quoque ibidem quærit, an filiusfa. exceptioni Senatusconsulti renuntiare valeat. Et recte cum DD. comm. concludit, non posse. Quid si renuntiatio juramento corroborata sit? Putat idem Covar. *eod. loc* tunc validam esse renuntiationem. Sed hoc vix est, ut ex ratione juris civilis defendi possit. Vnus Zasius *lib. 2. sig. resp. cap* 28. etiam injuratam renuntiationem valere censuit; non utique at filius renuntiatione sua patri præiudicet, sed sibi. Quam sententiam judicio supremi Senatus Mechlinienſis comprobatam refert *Christin. vol.* 3. *decis.* 35. *num.* 10.

TEXTUS.

8. *Illud in summa admonendi sumus, id quod jussu patris dominive contractum fuerit, quodque in rem ejus versum erit, directo quoque posse à patre dominove condici, tanquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset. Et quoque, qui exercitoria vel institoria actione tenetur, directo posse condici placet, quia hujus quoque jussu contractum intelligitur.*

COMMENTARIVS.

CVi quod iussu vel de in rem verso, item cui exercitoria vel institoria competit, is etiam directo patri & domino condicere potest, *l. si institorem* 29. *de reb cred. l. si quis* 17. *ult. de instit. act. l. ult. p. e soc.* Quod ego prudentum auctoritate introductum arbitror, qui postquam à prætore obliqua agendi ratio constituta esset, etiam directum admiserint, hoc colore, quasi cum ipso patre aut domino res gesta sit, *hoc text. & d. ll.* Hodie obliquæ istæ actiones, seu potius actionum adjectiones, quod iussu, tributoria, de peculio, de in rem verso, usum non habent: quoniam neque servo ullos habemus, neque liberi nostri eo jure apud nos sunt, quo apud veteres fuerunt. Tenemur quidem ex contractibus institorum nostrorum aut alias præpositorum, sive liberi nostri sint sive extranei, sed soli & directo, sicut supra quoque monuimus: ut proinde nec exercitoria nec institoria in usu amplius sit: quamvis nomina adhuc frequententur: ut merito hunc Titulum magna parte contrarium moribus nostris noter *Christin. vol.* 3. *decis.* 34. *post Bernard. Autum. in cellat. iur. Gallici cum Rom. C. hoc tit.*

TITVLVS.

TITULUS VIII.

De noxalibus actionibus.

Continuatio.

SUperiore titulo actum de judiciis, quæ in dominos dantur ex servorum contractibus: nunc agitur de iis, quibus domini tenentur propter eorum delicta. Nam servi non solum contrahendo dominos obligant: sed etiam delinquendo. Ex delictis privatis (publica enim huc non pertinent) duplex actio est: nam & extraordinem criminaliter eo nomine agi potest, & civiliter, *l. ult. de del. priv. l. ult. de furt. l. ult. de iniur.* Criminaliter ex delicto servi cum domino non agitur, sed in ipsum servum eumque solum accusatio & vindicta criminis dirigitur: nisi fortè jubente domino deliquit; quo casu etiam dominus tenetur, sed ex delicto proprio, ut quilibet alius, cujus mandatu flagitium aliquod perpetratum est, ut notatum sup. ad §. *illud. 7. de mand.* Civiliter vero seu pecuniariè cum solo domino agi potest: & siquidem jussit dominus servum delinquere, aut cum prohibere posset, non prohibuit, in solidum obligatur, perinde ac si ipse deliquisset: si vero ignoravit, aut cum sciret, prohibuit, sed frustra, noxalis actio in eum datur; cujus hæc vis est, ut si damnatus fuerit, liceat ei deditione corporis, quod deliquit, evitare litis æstimationem, *l. 1. cum 3. seqq. hoc tit.* De peculio ex delictis prodita non est, sicut nec ex contractibus noxalis, *d. l. 1. l. ex pœnalibus 58. de reg. iur.*

TEXTVS.

Ex maleficiis servorum, veluti si furtum fecerint, aut bona rapuerint, aut damnum dederint, aut injuriam commiserint, noxales actiones proditæ sunt, quibus domino damnato permittitur, aut litis æstimationem sufferre, aut ipsum hominem noxæ dedere.

NOTÆ.

EX MALEFICIIS) Et quasi maleficiis: nam de peculio ex contractibus tantum prodita, *l. 1. de nox. act. l. 1. in fin. pr. & l. 5. §. 6. de his qui effud.*

VELUTI SI FURTUM FECERINT, &c.) Aut qua alia ratione deliquerint. Delicta autem seu noxas accipere debemus privatas: nam ad eas noxas, quæ publicam exercitionem habent, hæc actio non pertinet, *l. 17 §. 18. de ædil. edict. l. 200. de verb. sign.*

COMMENTARIVS.

EX *maleficiis*) Nomine maleficij & quasi maleficium hic accipiemus, quemadmodum supra contractus appellatione & quasi contractus continetur.

Veluti si furtum fecerint) Noxales actiones appellantur, quæ non ex contractu, sed ex noxa atque maleficio servorum adversus domino instituuntur, *l. 1. hoc tit.* veluti furtum fecerint, bona rapuerint, damnum dederint; injuriam intulerint, aut qua alia ratione deliquerint: nam exempli tantum causa quatuor istæ delictorum species nominantur. Plane delicta seu noxas accipere debemus privatas; nam ad eas noxas, quæ publicam exercitionem habent, hæc actio non pertinet, *l. quid sit. 17. §. noxas. 18. de ædil. edict. l. hæc stipulatio. 200. de verb. sign.* Hinc autem apparent actiones noxales non esse proprias & per se consistentes actiones, sed actionum ex delicto adjectiones, sicut actio de peculio adjectio est actionis ex contractu.

Aut litis æstimationem) Sola litis æstimatio in obligatione est: nam noxæ delendi potestatem dominus à lege accipit, *l. 6. §. 1. de rei vind.* unde intelligimus, non esse necessarium ut in judicio noxali aut actor disjunctivè petat, aut judex disjunctivè sententiam pronuntiet; quamvis ita & pronuntiare usitatum *§ 1. inf. de off. iud.* & peti consultum; ne, dum simpliciter litis æstimationem petimus, videamur arguere scientiam domini, & malè agere.

TEXTUS.

1. *Noxa autem est ipsum corpus, quod nocuit, id est, servus: noxia ipsum maleficium veluti furtum, rapina, damnum, injuria.*

COMMENTARIVS.

NOn omnino abs re est, ut plerique clamitant, quod hic tradit Iustinianus, vocabulo *noxæ* significari auctorem maleficij servum. Nam etsi passim non minus noxa, quam noxia, pro ipso maleficio usurpatur; *l. 1. l. 2. §. 1. l. si quis 14. de nox. act. l. si quid sit. 17. §. noxas. 18. ædil. edict. cum simil.* negari tamen non potest, quin aliquando veteres noxæ appellatione etiam ipsum servum, qui deliquit, intelligant: veluti cum di-

cunt, dominum habere *noxæ dedendæ* facultatem, *l. item veniunt* 20. §. *item* 5. *de hær. pet. l.* 6. §. 1. *de rei vind.* item *noxam dedere l.* 1. *in fin. pr. de his qui deiec.* §. 1. *inf. de off. iud.* Neque enim aliud est noxam dedere, quam dedere servum noxiosum. Servius ad illud Virgilij 1. *Æneid. Vnius ob noxam, &c. Quidam noxa, quæ nocuit, noxia, id quod noxium accipiunt.* Plane cum dicunt noxæ dedere, noxam maleficium significat: est enim imperfecta illa locutio, & vetusta consuetudine subaudiendum, *nomine*, ut *noxæ* fiat genitivi casus: eadem forma dicimus, cavere damni infecti, satis legatorum desiderare, *l.* 3. §. 2. *ut in poss. leg. &c.* nisi noxam pro pœna accipimus, ut noxæ dedere idem valeat, quod, dedere pro pœnâ noxæ, nam & in noxam, & ad noxam, dedere, legimus, *l.* 1. §. *cum arietes* 11. *si quadr. paup. fec. l. si in re* 19. §. *ult. hoc tit.* & veteres glossæ Philoxeni noxæ deditum interpretantur ἐνδοθεὶς πόλαις, teste Salmas. *lib. de mod. usur. pag.* 888.

TEXTUS.

2. *Summa autem ratione permissum est, noxæ deditione fungi. Namque erat iniquum, nequitiam eorum ultra ipsorum corpora dominis damnosam esse.*

COMMENTARIVS.

Sicut durum atque acerbum videtur, ei, qui damnum passus est, nulla ex parte satisfieri: ita & iniquum visum, dominum ex maleficio servi in plus teneri, quam ut noxæ eum dedat, *l.* 2. *in pr. h. tit.*

TEXTUS.

3. *Dominus, noxali judicio servi sui nomine conventus, servum actori noxæ dedendo liberatur: nec minus in perpetuum ejus servi dominium à domino transfertur. Sin autem damnum ei, cui deditus est servus, resarcierit quæsita pecunia, auxilio prætoris invito domino manumittetur.*

Notæ.

3. INVITO DOMINO MANUMITTETUR] Singularis modus adipiscendi libertatem invito domino. De homine libero noxæ dedito idem tradit Papinianus *apud Rufin. tit. de atroc. iniur.*

COMMENTARIVS.

Dominus servum noxæ dedendo liberatur ab æstimatione litis, servique dediti dominium in perpetuum ab eo discedit: quamvis non statim pleno jure migret in eum, cui deditus est: nam noxæ deditio Quiritarium dominium non transfert, sed bonitarium tantum, hoc est, facit, ut deditus in bonis esse incipiat ejus, cui deditur, *l. electio.* 25. §. *ult. hoc t. l.* 2. *in fin. si ex nox. ca. ag.* Sed hac distinctione non amplius utimur, *l. un. C. de nud. iur. Quir. toll.*

Sin autem damnum] Singularis modus adipiscendi libertatem invito domino. Servus invito domino libertatem consequi non potest, quantamcumque pecuniam offerat: in proposito tamen placuit, eum posse, servumque noxæ deditum, si quæsita aliunde pecunia damnum sarcierit, auxilio prætoris, invito domino, cui deditus est, manumitti. Cujus ego rei hanc esse rationem puto, quod causa servitutis apud hunc dominum est damnum, quod ei datum est: quæ causa cum cesset oblata damni æstimatione, cessare etiam debet effectus.

TEXTUS.

4. *Sunt autem constitutæ noxales actiones aut legibus, aut edicto prætoris. Legibus, veluti furti ex lege* 12. *Tabularum, damni injuriæ ex lege Aquilia. Edicto prætoris, veluti injuriarum, & vi bonorum raptorum.*

COMMENTARIVS.

Hic locus confirmat, quod supra diximus, actiones noxales ab actionibus ex delicto non differre specie, sed tantum qualitate adjectitia, cujus is effectus est, ut servum noxæ dedere liceat.

Veluti furti] Intellige nec manifesti in duplum. Nam furti manifesti actio non legitima, sed honoraria est, *inf. de perp. & temp. act. circa fin. pr. Accurs. Contius, Cuiac.*

TEXTUS.

5. *Omnis autem noxalis actio caput sequitur. Nam si servus tuus noxam commiserit quamdiu in tua potestate sit, tecum*

actio

actio est. Si autem in alterius potestatem pervenerit, cum illo incipit actio esse. At si manumissus fuerit, directo ipse tenetur, & extinguitur noxæ actio. Ex diverso quoque directa actio noxalis esse incipit. Nam si liber homo noxiam commiserit, & is servus tuus esse cœperit, (quod quibusdam casibus effici primo libro tradidimus) incipit tecum esse noxalis actio, quæ ante directa fuisset.

COMMENTARIVS.

1 *Cum servus ex contractu ne quidem post manumissionem conveniri queat, cur placeat, eum manumissum ex delicto directa actione teneri.*

NOxalis actio caput sequitur] Iisdem verbis hæc regula effertur in *l. qui ex pluribus* 20. *hoc tit.* Plerumque autem dicitur, *Noxa caput sequitur l. ult eod. l. 11. C. eod. l. rem mihi* 21. *in fin. commod. leg.* 1. §. *si apud.* 18 *depos. leg.* 2. *in fin. de priv. del. l. quod dicitur.* 18. *de furt. l.* 4. *C. an. serv. pro suo fact.* Id est, noxa aut potius noxalis obligatio & actio cum capite nocentis ambulat, comitaturque auctorem noxæ servum, quocumque eat & ad quemcumque perveniat. Unde in venditionibus servorum hæc clausula adiici solita erat, *eos noxis solutos esse l.* 1. §. 1. *& pass. de adil. ed.* hoc est, non esse in ea causa, ut dominus eorum nomine judicio noxali conveniri possit.

Si manumissus fuerit] Huic etiam casui accommodatur regula, *Noxa caput sequitur l.* 1. §. *si apud* 18. *depos. l.* 4. *C. an serv. pro suo fact.* Cæterum quia manumissus ipse judicio conveniri potest, cessat actio noxalis, & cum eo directo agitur, perinde ac si quo tempore deliquit, liber fuisset, *l. quod ab alio.* 15. *de cond. furt. d. l.* 4. *C. an serv. pro suo fact.* At enim cum servus ex contractu servitutis 1 tempore inito ne quidem post manumissionem conveniri queat, *l.* 1. *l.* 2. *& ult. C. d. tit. excepto casu speciali l.* 5. *C. eod.* cur placet, ex delicto tempore servitutis commisso manumissum directè conveniri? Non sanè quia obligatio ex delicto, quæ ante naturalis erat, post manumissionem incipit esse civilis; ut putant D. Horomann & Tuning. nam & ex contractibus servi naturaliter obligantur, *l.* 14. *de obl. & act.* Sed quia delicta domino ignorante & nolente committuntur, atque in invitos & ignorantes, ut proinde hinc nata obligatio personæ ipsius servi plane inhæreat, servumque æquè ac liberum pœnæ subjiciat, quæ etiam ipsi servo irrogatur, cum de coërcitione corporali quæritur. Tantum obstat conditio servi, quominus pecuniario & civili judicio cum eo agi possit; quod obstaculum manumissione removetur. Contractuum vero dissimilis ratio est. Nam servus peculium habens voluntate domini contrahere intelligitur: quippe cui dominus peculium concedendo etiam jus contrahendi tacitè concedit, ut qui cum servo contrahit, non tam servi, cum quo scit nullam sibi actionem esse posse, quam domini personam spectare videatur.

Si liber homo] Hoc exemplum superiori contrarium est: nam ut illic actio noxalis ex postfacto incipit esse directa; ita hic directa fit ex postfacto noxalis. Nimirum semper actiones ex delicto venientes cum capite ambulant, *l.* 7. §. 1. *de cap. min. l.* 2. *in fin. de priv. del.*

TEXTUS.

6. Si servus domino noxiam commiserit, actio nulla nascitur. Namque inter dominum & eum, qui in potestate ejus, nulla obligatio nasci potest. Ideoque si in alienam potestatem servus pervenerit, aut manumissus fuerit, neque cum ipso, neque cum eo, cujus nunc in potestate sit, agi potest. Unde si alienus servus tibi noxiam commiserit, & is postea in potestate tua esse cœperit, interdicitur actio quia in eum casum deducta sit, in quo consistere non potuit. Ideoque licet exierit de tua potestate, agere non potes: quemadmodum si dominus in servum suum aliquid commiserit, nec si manumissus aut alienatus fuerit servus, ullam actionem contra dominum habere potest.

NOTÆ.

6. ACTIO NULLA NASCITUR] *l.* 1 *C h. t. l. ult. C. an. serv. pro suo fact.* ubi facere Impp. jubent dominum servum domi convenire, id est, verberibus castigare.

COMMENTARIVS.

QUod dictum est, ex maleficiis servorum noxales actiones proditas esse, noxamque sequi caput nocentis, eumque manumissum quoque teneri, id ita se habet, si servus extraneo noxiam commiserit, secus autem si domino: nam hic jus potestatis facit, ut nulla ab initio nascatur actio,

l. 1.

l. 1. C. hoc tit. l. ult. C. an serv. pro suo fact. ubi facere Diocletianus & Maximianus jubent, dominum servum domi convenire, id est, verberibus castigare.

Et ideo si alienam potestatem] Consectarium ex præcedenti. Nam ex eo, quod ob noxam à servo in dominum commissam nulla actio nascitur, hoc necessario sequitur. Neque enim potest actio, quæ nata non est, servum auctorem noxæ sequi, aut post ejus alienationem vel manumissionem dominum nasci, *d. l. ult. C. an. serv. pro suo fact. d. l. 1 C. hoc tit. l. quod dicitur* 18. *de furt.*

Vnde si alienus servus] *L. si alienus* 37. *hoc tit. d. l. ult. C. an serv. pro suo fact.* Regula de extinctione obligationis postquam in eum casum recidit, à quo incipere non potest, à me exposita est ad §. *ex contrario.* 14 *sup. de legat.*

Intercidit actio] Legendum haud dubiè *intercidit*, cum Russardo, Cujacio, & Hotomanno. Theophilus reddidit ἀπόλλυται id est, *extinguitur*: quo verbo in eadem re utitur Triphonin. *d. l. si alienus* 37. *hoc tit.*

Licet exierit. de potestate] Quoniam actio semel extincta non restauratur, *d l. ult & d. l. alienus l. qui res* 98. §. *aream.* 8. *de solut.*

Si dominus in servum suum) Hoc eandem rationem habet: quia scilicet nulla ex ipso facto nata fuit actio.

TEXTUS.

7. Sed veteres quidem hoc in filiisfamiliarum masculis & fœminis admisere; nova autem hominum conversatio hujusmodi asperitatem rectè respuendam esse existimavit, & ab usu communi hoc penitus recessit. Quis enim patiatur, filium suum; & maximè filiam, in noxam alij dari, ut penè per filij corpus pater magis, quam filius periclitetur? cum in filiabus etiam pudicitiæ favor hoc bene excludat. Et ideo placuit, in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas: quum apud veteres legum commentatores invenerimus sæpius dictum, ipsos filios familiar. pro suis delictis posse conveniri.

NOTÆ.

7. IN NOXAM ALII DARI, UT PENE PER FILII CORPUS] Cujac. ex *lib. vett. dare, ut penè per corpus pater magis*, &c. quomodo & Th. legisse videtur.

PRO SUIS DELICTIS CONVENIRI] Etiam pecuniariè, *dd. ll.* Quin in patrem etiam post condemnationem actio judicati de peculio datur: *l.* 3. §. 11. *de pecul.*

COMMENTARIVS.

APud veteres non minus filiorum filiarumque familias noxæ deditio, quam servorum permittebatur: nam patri non minor in liberos, quam domino in servos potestas erat. Sed postea illud displicuit, diu tamen ante tempora Iustiniani, ut alibi probavimus. *l.* 33. *& seqq. h. t. l.* 1 §. 7. *de his qui effud. l.* 5. §. *pen. de obl. & act. Paul.* 2 *sent.* 31. *Papin. apud leg. Mos & Rom. pariatorem tit.* 2. Rationes displicentiæ variæ hic afferuntur. Prima sumitur à miseratione liberorum, qui ita in servitutem alij tradebantur; cui adjungitur alia à favore pudicitiæ, tangens præcipuè sexum fœmineum. Tertia ducitur à miseratione patris: quo facit *l.* 8. *in fin. quod met. ca.* Chrys. st *hom.* 29. *in Genes.* 29. Ἵστασι πολλάκις ηὔξαντο πατέρες ὑπὲρ παίδων πρωΐαν ἐκποδὼν χάν, &c. *Scitis sæpè patres optare pœnam pro liberis subsistere.* Postrema ex eo, quod ipsi liberi ex delictis suis pecuniariè quoque conveniri possint: qui si condemnati fuerint, judicatum facere tenentur. Quin etiam in patrem quoque post condemnationem actio judicati de peculio datur, *l.* 3 §. *idem scribit* 11. *l. & si* 35. *de pecul.* Actionum noxalium hodie nullus usus est, quoniam servos non habemus.

TEXTUS.

Si quadrupes pauperem feciſſe dicatur.

Nexus.

IN numero actionum noxalium est & actio de pauperie: nam quemadmodum superiores ob noxam servi, ita hæc ob noxam animalis in dominum datur, ut aut damnum sarciat, aut corpus quod nocuit, noxæ dedat.

TEXTUS.

Animalium nomine, quæ ratione carent, si qua lascivia, aut pavore, aut feritate pauperiem fecerint, noxalis actio lege 12. *Tabb. prodita est: quæ animalia si noxæ dedantur, proficiunt reo ad liberationem: quia ita lex Tabularum scripta est, ut puta, si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos, cornu petierit. Hæc autem actio in iis, quæ contra naturam*

naturam moventur, locum habet. Caterum si genitalis sit feritas, cessat actio. Denique si ursus fugerit à domino, & sic nocuerit, non potest quondam dominus conveniri, quia desiit dominus esse, ubi fera evasit. Pauperies autem est damnum sine iniuria facientis datum. Nec enim potest animal iniuriam fecisse dici; quod sensu caret. Hæc quidem ad noxalem pertinent actionem.

NOTÆ.

AUT FERITATE] Non naturali, sed qua contra naturam generis sui animal mortum pauperiem dedit. *l.* 1 §. 7. *h. t.* ἐξέστηκε τ φύσεως. Arist. 7. *Eth.* 7.

ITA LEX 12. TAB. SCRIPTA] *d. l.* 1. *in pr.* Legis etiam Solonis de pauperie meminit Plutarch. in Solon. vide & Levit. 21. *vers.* 28. *& seqq.* Plat. 11. *de legib.*

CONTRA NATURAM MOVENTUR] Quod si culpa aut instigatu hominis fera damnum dederit, damni iniuriæ agetur, *d. l.* 1. § 4. *& 3. seqq.*

SI GENITALIS SIT FERITAS] Id est, genuina & naturalis, *d. l.* §. 10.

ET SIC NOCUERIT] Postquam fugisset. Idem tamen est, & si antea nocuit: quia instar servi manumissi est; nec dedi, quæ evasit, fera potest. Si autem adhuc in potestate sit, quamvis directa de pauperie cessat, *d. l.* 1. §. 34. competit tamen utilis, § *seq.*

QUOD SENSU CARET] Id est, non sentit aut intelligit se delinquere, quod rationis usu caret. Ex Ulp. *d. l.* 1. § 2.

COMMENTARIUS.

ANIMALIUM nomine] In *rubr. hic & in ff.* quadrupedum tantum mentio fit. Nimirum lex 12. tabb. nominatim de quadrupedibus scripta fuit, quæ ferè solæ nocere solent. Placuit tamen, utilem actionem dari, etsi non quadrupes, sed aliud animal pauperiem fecit, *l.* 4. *hoc tit.* Porro quadrupedum quædam sunt pecudes, nimirum quæ gregatim pascuntur, quædam non pecudes, §. 1. *& §. capite* 13. *sup. de leg. Aquil.* Rursus non pecudum, quædam sunt cicures, mansuetæ, domesticæ, ut canes, feles, *l.* 2. §. 2. *ad leg. Aq.* quædam feræ bestiæ, in quibus genitalis est feritas, ut ursi, apri, leones, *l.* 1. §. *in bestiis* 10. *hoc tit. d. l.* 2. §. 2. *ad leg. Aq.* Ad solas autem pecudes, aut utique ad quadrupedes mansuetas tantum hæc actio pertinet. De feris tamen bestiis utilis datur, §. 1. *inf. eod.*

Aut pavore] Alias *fervore*. Theophil. κ ὀφ μήτρα.

Aut feritate] Non naturali, sed qua contra naturam generis sui mota damnum dederunt: nam motus in animali non nisi qui contra naturam est, huic actioni locum facit, ut mox sequitur.

Noxalis actio] Id est, ita de pauperie, ut, siquidem is, cum quo agitur, damni æstimationem præstare velit, animal retinere possit; si vero noxæ dedere malit, liberetur, *l.* 1. *eod.*

Quia ita l. 12. *tab. scripta*] Et ideo ita scripta; quoniam iniquum erat ferociam horum animalium ultra corpora ipsorum dominis damnosam esse, *arg.* §. 2. *tit. prat.* Sanè ex causa etiam gravius coërceri dominus poterit, velut si sciens vitium animalis, id passus sit vagari sine custode.

Quæ contra naturam moventur] Id est, contra naturalem mansuetudinem omnium eius generis animalium, & quasi ex contracto quodam vitio, ut exempla equi calcitrosi, & bovis cornu petere soliti ostendunt: alioqui culpa aut instigatu hominis damnum datum credendum est, & lege Aquilia vel in factum agendum, *l.* 1. §. *itaque* 4. *cum* 3. §§. *seq. hoc tit.*

Si genitalis sit feritas] Id est, nativa Gell. *lib.* 4. *cap.* 1. *Aiunt, Tribatium ex edicto apposuisse, si ea mulier à principio genitali in sterilitate esset.* Et igitur actio de pauperie ob damnum à feris bestiis illatam non conceditur, *leg.* 1 §. *in bestiis* 10. *hoc tit.*

Denique si ursus fugerit] Si ferâ nocuit, postquam fugisset, ideo de pauperie non competit, quia nullius erat, cum damnum daret: Idem est, si fugerit, postquam nocuisset; quia instar servi manumissi est, nec dedi, quæ evasit, fera potest. Sed & si adhuc in Potestate sit, tamen de pauperie in dominum non datur; quia cessat hæc actio, ubi genitali feritate animal nocuit, *l.* 1 §. *in bestiis* 10. *hoc tit.* Cæterum postremo hoc casu, & si non directa, utilis tamen de pauperie competit, §. 1. *inf. eod.*

Quod sensu caret] Id est, non sentit aut intelligit se delinquere, quod rationis usu caret. Nam sensu utique & animam sentientem etiam animalia bruta habent. Sed & iniuriam facere dici possunt, eo scilicet sensu, quo & iure uti dicuntur, *sup. de iur. nat. gent. & civ.* Unde si arietes commiserunt, & alter alterum occidit, inter provocantem ceu iniuriam inferentem, & provocatum ceu iniuriam illatam repellentem, distinguitur, *l.* 1 §. *cum arietes* 11. *hoc tit. vid. Grot.* 1. *de iur. bell.* 2. *n.* 3.

TEXTUS.

1. *Caterum sciendum est, ædilitio edicto prohibiri nos canem, verrem, aprum, ursum, leonem ibi habere, qua vulgo iter fit:*

& si adversus ea factum erit, & nocitum libero homini esse dicatur, quod bonum & æquum judici videtur, tanti dominus condemnetur: Cæterarum vero rerum, quanti damnum datum sit, dupli. Præter has autem ædilitias actiones, & de pauperie locum habebit. Nunquam enim actiones, præsertim pœnales, de eadem re concurrentes, alia aliam consumet.

NOTÆ.

1. ÆDILITIO EDICTO] Verba edicti referuntur ab Ulpian, & Paul. *l.* 40. *& 2. seqq. de ædil. edict.*

URSUM, LEONEM] Aliave id genus animalia, quæ noceant, *l.* 41. *d. t.*

ET DE PAUPERIE] Utilis sc. ut supra diximus. Utilis item datur, cum non quadrupes, sed aliud animal damnum dedit, *l. pen. h. t.*

COMMENTARIVS.

1 *An nomine damni à cane dati directa de pauperie competat: & quædam usu nunc recepta.*

EDicto ædilitio vetitum est, ibi canem, verrem, aprum, lupum, aliudve id genus animal, 2 quod nocere solet, habere, qua vulgo iter fit, *l. hi, enim* 40. §. 1. *cum 2. ll. seqq. de ædil. edict.* ubi verba edicti referuntur.

Nocitum libero homini] Ob vulnus ab animali nocere solito in via publica homini libero infictum actio ex edicto in bonum & æquum conceditur, *leg. qua vulgo.* 41. *d. tit.* scilicet ut non deformitatis ratio habeatur, cum liberum corpus æstimationem non recipiat: sed impensarum in curationem factarum, & operarum amissarum, quasque amissurus qui esset inutilis factus, *l.* 3. *hoc tit.* Quod si liber homo ex ea re periit, ducentorum solidorum judicium datur, *d. l. qua vulgo.*

Cæterarum rerum, quanti damnum datum, dupli] Ob damnum à fera bestia aut vitioso animali aliter, quam homine libero vulnerando in via publica datum, in duplum actio datur, *d. leg. qua vulgo.*

Et de pauperie competit] Utilis scilicet. Nam ut ante dictum est, directa non competit de damno dato à fera bestia, sed nec utilis tunc aliter locum habet, quam si vera, quæ nocuit, adhuc in potestate sit. An nomine damni à cane dati directa de pauperie competat, dubitatum est, propterea quod Solon in lege, quam de animalium brutorum pauperie tulit, nominatim canis mentionem facit, auctore Plutarcho; & similiter Plato *lib. 11. de legib.* Verisimile autem est, decemviros à legibus Athenienſium suam sumpsisse. Quod ego in medio relinquo: quoniam effectu juris nihil interest, utilem an directam competere dicamus, ut in specie *l. 2. §. 1. hoc tit.* Si pecus secundum naturam suam agendo damnum dederit, puta agrum alienum depastum sit, non agitur de pauperie, sed propria actione de pastu pecoris, quæ & ipsa noxalis est; & simul cum de pauperie prodita lege 12. tabb. *Paul. 1. sent. 15. l. qui servandarum* 14. §. *ult. de præscr. verb.* Hodie noxæ deditio non usurpatur, sed damnum datum æstimatur arbitrio judicis. *Vvesemb. par. hoc tit. n. 6. Busin. l. 1. § plane. 11 ff. hoc tit.* Grotius tamen *lib. 3. introd. c. 38.* simpliciter jus Romanum refert, quasi noxæ deditio etiamnum posita sit in arbitrio domini: quod & Groenevv. *d. ll. abrog. hic* affirmat. Invaluit quoque, contra ius civile Rom *l. Quintus* 39. §. 1. *ad l. Aq.* ut pecus in alieno agro deprehensum includere liceat, quoad domino pascuorum satisfiat. *Vvesemb. d. loc. Baro. Tuning. hic. Grot. d. loc.*

Nunquam actiones, præsertim pœnales] Hoc idem traditur in *l. pen. de obl. & act. l. nunquam* 130. *de reg. iur. l. 2. de priv. delict.* De concursu plurium actionum longa & perplexa, neque hujus loci disputatio est: adeantur *Pet. Fab ad l. nemo* 43. §. 1. *& d. l. nunquam de reg. iur. Don. lib. 11. comm. 3. Hotom. illust. q. 29. Tim. Fab. disp. anniu. 28. Bachou. hic.* qui istam materiam ex professo & plenè tractaverunt.

TITULUS X.

De iis per quos agere possumus.

Ratio ordinis.

PRæcedentes tituli nos docuerunt, quibus actionibus quis alieno nomine conveniri possit. Non incommodè nunc subjicitur de personis, per quas agere cuique, litemque intendere aut excipere liceat.

TEXTUS.

Nunc admovendi sumus, agere posse quemlibet hominem aut suo nomine, aut alieno. Alieno, veluti procuratorio, tutorio, curatorio, cum olim in usu fuisset, alterius nomine

mine agi non posse, nisi pro populo, pro libertate, pro tutela. Præterea lege Hostilia permissum erat, furti agere eorum nomine, qui apud hostes essent, aut reipublicæ causa abessent, quive in eorum cujus tutela essent. Sed quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere, neque excipere actionem licebat, cœperunt homines per procuratores litigare. Nam & morbus & ætas & necessaria peregrinatio, itemque aliæ multæ causæ sæpè hominibus impedimento sunt, quominus rem suam ipsi exequi possint.

NOTÆ.

ALTERIUS NOMINE AGERE NON POSSE] Facit ut caput in 12. tab. cujus meminit Gell. *lib.* 2. *c.* 1. Jure quoque Attico non licebat pro altero agere. *v.* Quint. *lib.* 2. *cap.* 16.

PRO POPULO] Pro populo agebat actor, syndicus, συνήγορος, quoniam universi agere non possunt.

PRO LIBERTATE] Quia servo jus non erat lege agendi: quam ob causam assertor constituebatur. Livius *lib.* 3. Assertor est vindex alienæ libertatis. Dom. *in And. act.* 2. *scen.* 1.

PRO TUTELA] Id est, nomine tutorio pro pupillo; quippe qui propter ætatem ipse in judicio consistere non potest.

COMMENTARIUS.

ALterius nomine agere non posse] Antiquitus alieno nomine agere non licebat. Nam actiones omnes legitimæ erant, id est, certis ac solemnibus formulis constabant, *l.* 2. §. *deinde* 6. *de orig. jur.* quas proinde suo quemque nomine & præsentem proponere oportebat. Cujus rei arg. est caput illud in duodecim tabulis, cujus meminit Gell. *lib.* 20. *cap.* 2. *Si morbus ætasve vitium escit, qui in ius vocavit, iumentum dato. si volet, arceramve sternito.* Sed postquam actus contentiosæ jurisdictionis qualitatem illam, ex qua olim legis actiones æstimabantur, amiserunt, cœperuntque per procuratores exerceri; soli actus iurisdictionis voluntariæ, quales sunt adoptio, emancipatio, mannumissio, nomen vetus legis actionum & naturam retinuerunt, ut alieno nomine expediri nequeant: eoque refero *l. nemo* 123. *de reg. jur.* add. quæ scripsimus ad §. *sed & si.* 8. *sup. quib. mod. ius pat. pot. solv.*

Nisi pro populo, pro libertate, pro tutela] Hæ causæ necessario exceptæ: quoniam nec universi agere possunt, nec servo ius erat lege agendi; quam ob causam assertor constituebatur, *tot. tit. C. de assert. toll.* Pupillus autem propter ætatem in judicio consistere non poterat.

Pro tutela] Id est, pro pupillo nomine tutorio. Quod ideo moneo, ne quis hunc locum cum Theophilo interpretetur de duobus inter se de tutela contendentibus, uter ipsorum tutor esse debeat: quod est ineptissimum.

Lege Hostilia] Pacius in notis marginalibus ait, hanc legem tulisse A. Hostilium consulem cum A. Attilio anno ab urbe condita 580. quo auctore, nescio.

Non minimam incommoditatem.] Usus procuratorum perquam necessarius est, ut, qui rebus suis superesse vel nolunt, vel non possunt, vel non satis commodè possunt aut honestè, per alios possint vel agere vel actionem excipere, *leg.* 1. §. 2. *de procur.*

Nam & morbus & ætas, &c.] Hujusmodi impedimenta usum procuratorum initio introduxerunt; *l.* 1. §. 2. *de procur.* quo tamen semel recepto etiam extra causam necessitatis aut impedimenti per procuratores lis inferri vel suscipi cœpit.

TEXTUS.

1. *Procurator neque certis verbis, neque præsente semper adversario, imo & plerumque eo ignorante, constituitur. Cuicumque enim permiseris rem tuam agere, aut defendere, is tuus procurator intelligitur.*

NOTÆ.

1. PROCURATOR] Procurator dicitur, quisquis aliena negotia mandatu domini administrat, *d. l.* 1. *pr. &* §. 1. sed ad propositam materiam pertinent soli procuratores forenses.

NEQUE CERTIS VERBIS] *d. l.* 1. §. 1. id est, non verbis solemnibus, aut conceptis, sed nudis. Paul. 1. *sent.* 3.

CUICUMQUE PERMISERIS] Dummodo procurator esse non prohibeatur, §. *ult. inf. de excep.* Pac.

IS TUUS PROCURATOR INTELLIGITUR] Specialiter tamen procurator à reo datus, defensor dicitur; quem actor constituit, procurator, *tit. de proc. & defens.* ἰδιαιτέρως defensor dicitur, *leg.* 28. *l.* 40. §. 2. *l.* 51. &c. *de tit.*

COMMENTARIVS.

1 *Quale sit officium, & quæ potestas procuratoris, maximè hodie.*

PRocurator in usu juris dicitur, qui aliena negotia mandatu domini administrat. Nec is tantum, qui administrat forensia & judicialia, sed etiam, qui alia quævis extra judicium, *leg. 1. in pr. & §. 1. de proc. vid. sup. titul. de mandat.* sed de hoc genere nunc non quæritur. Soli illi ad propositam tractationem pertinent, qui quod alienam litem procurant, procuratores ad lites vulgo appellantur.

Neque certis verbis neque præsente adversario] *d. l. 1. §. 1.* Hic autem locus indicio est, olim certam fuisse formulam verbis quibusdam solemnibus conceptam, qua procuratores præsentibus adversariis constituerentur.

Rem tuam agere aut defendere] Specialiter tamen procurator à reo datus defensor dicitur; quem vero actor constituit, procurator, nomine generis ad speciem oppositam contracto, *rubr. de procur. & def.* Specialissimè autem defensor eum denotat, qui sine mandato absentis defensionem suscipit §. *si vero* 5. *tit seq.*

1 Iure Romano procuratoris officium privatum fuit: quod & nemo subibat invitus, *l. invitus* 17. *C. de proc.* & quivis mandatu domini exercere poterat, *l. 1. eod.* utique si non expressè procurator esse prohiberetur, §. *ult. inf. de exc.* At moribus hodiernis procuratorum munus publicum est, cum in unoquoque foro certæ personæ designentur iuramentoque adigantur, quæ solæ id munus obeant, singulorumque negotia exemplo advocatorum suscipere cogantur. Quod tuendæ forensis dignitatis causa institutum est, ne scilicet rerum forensium omnino imperiti negotia privatorum apud magistratum defendant, *arg. l. 1. de postul. Ber. hic comm. part. ult. & sup. de mand. Gail. 1. obs. 43. Merul. lib. 4 dist. 3. tit. 13 Gudelin. lib. 4. de iur. nov. cap. 4. Christin. vol. 2. decis. 107. Zypæ. not. iur. Belg. de procur.* qui eodem loco etiam accuratè docet, quibus rebus advocati & procuratoris munia discrepent. Quæ sit potestas cujusque procuratoris, ex forma mandati simulque ex mente domini æstimandum est. Aliquando enim plus videri potest mandatum, quam expressum: ut ecce, ei, cui mandatum est, in rem agere, censetur quoque, si res mobilis est, mandatum, ut agat ad exhibendum, *l. ad rem. 56. de procur.* Nam in universum cui aliquod negotium mandatum est, cuncta simul concessa videntur, sine quibus illud negotium explicari non potest, *l. 2. & ibi DD. de iurisdic.* Item procurator ad agendum datus, potest quoque dominum in mutua petitione, quæ fortè à reo adversus eum fiet, defendere; quoniam quicumque nomine alieno agit, hoc ipsum etiam cavere debet, *l. servum 33. §. ait prator. de procur. Ludovic. Rom. singul. 115.* Ex contrario quamvis generale sit mandatum, tamen eo non intelliguntur contineri, quæ verisimile est non facilè quempiam mandaturum fuisse; cujusmodi sunt causa famæ, transactio, delatio juris jurandi, & similia, quæ idcirco dicuntur speciale exigere mandatum, *l. non solum 39. §. ult. l. mandato. 60. eod. tit. cap. qui ad agendum. & eod. in 6. & ibi Glossæ. Vvesemb. part. de procur. num. 7. & 11. Merul. lib. 4. dist. 3. tit. 13. cap 3. & 4. Gudelin. lib. 4. de iur. nov. cap. 4.*

TEXTUS.

2. Tutores & curatores quemadmodum constituantur, primo libro expositum est.

COMMENTARIVS.

TUtores & curatores aliis modis, quam procuratores, constituuntur, nimirum aut testamento à parentibus, aut lege, aut à magistratibus, quibus id specialiter permissum est, ut suis locis expositum est, *lib. 1. tit. 13. & seqq.*

TEXTUS. XI.

De satisdationibus.

Continuatio. Cautio quotuplex.

QUoniam alieno nomine sine satisdatione agi non potest, multoque minus actio alieno nomine suscipi, non intempestivè tractatio de satisdationibus superiori subjicitur. Videamus igitur, quid sit satisdatio. Cautio alia dicitur nuda, quæ est promissio securitatis sine pignore aut fidejussore: cui si jusjurandum accedat, dicitur juratoria, §. 2. *inf. eod.* alia idonea, quæ satisdatio vocatur: & fit vel pignoribus datis, vel fidejussoribus, *l. promissor. 21. §. 2. de const. pec.* frequentissimè tamen ea, quæ fit datis fidejussoribus, in specie satisdatio appellatur, *l. 1. qui satisd. l. 3. C. de verb. sign.* & quoties lex aut prætor satisdationem desiderant, regulariter fidejussoribus datis cavendum est, *leg. 7. de stip. prat.* quanquam nonnumquam & pignora admittuntur, *leg. 1. §. iubet. 9 de collat. l. 2. §. 3. quod legat.* Finis satisdationum & cautionum, de quibus hoc tit. agitur, hic est, ut judicium, eaque, quæ in

judicio

judicio usque ad sententiam aguntur, tanto magis rata sint, effectumque suum consequantur.

TEXTUS.

Satisdationum modus alius antiquitati placuit, alium novitas per usum amplexa est. Olim enim si in rem agebatur, satisdare possessor compellebatur, ut, si victus esset, nec rem ipsam restitueret, nec litis aestimationem, potestas esset petitori aut cum eo agendi, aut cum fideiussoribus eius. Qua satisdatio appellatur judicatum solvi. *Unde autem sic appelletur, facile est intelligere. Namque stipulatur quis, ut solveretur sibi, quod fuisset iudicatum. Multo magis is, qui in rem actione conveniebatur, satisdare cogebatur, si alieno nomine iudicium accipiebat. Ipse autem qui in rem agebat, si suo nomine petebat, satisdare non cogebatur. Procurator vero si in rem agebat, satisdare iubebatur, rem ratam dominum habiturum. Periculum enim erat, ne iterum dominus de eadem experiretur. Tutores vero & curatores eodem modo, quo procuratores, satisdare debere, verba edicti faciebant. Sed aliquando his agentibus satisdatio remittebatur. Haec ita erant, si in rem agebatur.*

NOTÆ.

SATISDATIONUM] Satisdare proprie est fidejussoribus datis cavere, *l.1 qui satisd. cog. l.3. C. de verb. sign. l.7. de prat. stip.*

UT SI VICTUS ESSET] Vestigia hujus antiquitatis cernimus, *l.8. l.11. & passim sub tit. iudic. solv.*

SI ALIENO NOMINE JUDICIUM ACCIPIEBAT] Quoniam nemo alienæ litis defensor idoneus sine satisdatione, *l.46 §.2. l.53. de procur* Cæterum & de rato cavere debebat, *l.40. §. 2. d. t.*

SATISDARE JUBEBATUR, REM RATAM, &c.] Nempe ubi de mandato domini non satis liquide docere poterat, arg. *l.3. § 2. ut in poss. leg. l.1. C. de proc.* neque enim, qui mandatum domini ostendit, supervacua cautione onerari debet, *d. l.1. C. de procur.*

TUTORES ET CURATORES, &c. SATISDARE DEBERE] Rectius dixisset, satisdare non debere, adjecta hac exceptione, nisi cum dubitatur, an tutores sint, vel an adhuc duret tutela, *l.23. de adm. tut.*

COMMENTARIUS.

1 *Procuratorem, de cuius mandato constat, non vere de rato.*
2 *Sed neque tutorem, quem talem esse constat.*

ANtiquitati placuit) Antiqui hujus juris vestigia non pauca nobis in ff reliquerunt Compositores, uti ex iis, quæ sequuntur, apparebit. Proponitur autem hoc jus sub triplici distinctione, actionis in rem & in personam, rei & actoris, personarum principalium & pro his judicio intervenientium.

Satisdare possessor compellebatur] Olim in actione in rem possessor satisdare judicatum solvi cogebatur, *l.8. & alib. iud. solv. l. si eum 33. de fidei.* Patet etiam ex *l.1. C. uti poss.* si possessor non caviisset, possessionem in adversarium translatam fuisse; nimirum quia periculum erat, ne rem faceret deteriorem: qua de causa res mobilis nonnumquam sequestrari & apud officium deponi solebat, *l.7. in fin. qui satisd. cog.*

Nec rem ipsam, nec litis aestimationem] Hic locus confirmat, quod *sup. de act. §. preterea 31.* asseruimus, etiam civilem actionem in rem arbitrariam fuisse, id est, in ea quoque hoc observari solitum, ut primo possessor juberetur rem restituere, post deinde si non restitueret, condemnaretur in litis æstimationem.

Cum eo, aut cum fideiussoribus] Itaque contra quam Horomannus existimat, reo condemnato, nec solvente, non tantum in fidejussores, sed etiam in ipsum reum agi ex hac stipulatione potuit; licet hic propria quoque actione, judicati videlicet, teneretur.

Judicatum solvi) Hæc stipulatio, auctore Ulpiano *l 6. iud solv.* tres clausulas in unum collatas habet, de re judicata, de re defendenda, de dolo malo. Atque ex omnibus his causis committitur, *l.3. §. si reus 8. l.5. §. 2. l. cum quarebatur 13. l. ex clausula 17 eod.* Prima autem clausula omnium potissima est: & ideo inde nomen accepit.

Multo magis si alieno nomine) Olim qui in rem judicium alieno nomine suscipiebat, multo magis, quam reus, satisdare cogebatur: quoniam nemo alienæ litis defensor idoneus est sine satisdatione. *l. qui proprio 46. §. 2. l. non videtur 53. de cur.* Sed & præter solitam satisdationem judicatum solvi etiam de rato cavere debebat, *l. Pomponius 40. §. 2. d. tit.*

Ipse autem qui in rem] Olim qui in rem suo nomine agebat, satisdare non cogebatur. Quippe in

cuius persona satisdatio iudicatum solvi locum non habebat, cum actor non damnetur: neque verendum erat, ne is, qui ultro litem intendit, moras necteret, litemve non persequeretur.

1 *Procurator vero sit in rem*] Ait, procuratorem actoris satisdare solitum fuisse rem ratam dominum habiturum. Falsa propositio, si de vero procuratore, seu eo, qui speciale mandatum domini profert, accipiatur, *l.* 11. *C. de procur. l.* 3. §. 2. *ut in poss. leg. fac. l. si procurator* 65. *de procur. l.* 1. *in pr. C. de satisd.* Nam stultum esset cautionem de rato exigi ab eo, qui mandatum domini ostendit; nec minus iniquum, ubi nullum periculum est, ne dominus iterum agat procuratorem superflua cautione onerari. At, inquis, qui mandatum non habet ad agendum, pro alio non admittitur, quamvis de rato cautionem offerat, nisi admodum rato, *d. l. Pomponius*, §. *ult. de proc.* Quomodo igitur defendimus enuntiationem Justiniani? Nimirum inter eos, quos procuratores esse aut non esse constat, sunt intermedii, qui se procuratores esse dicunt, & de mandato domini aliquam saltem fidem faciunt, quamvis de eo satis liquide docere non possint; ac de his solis dicimus textum hunc intelligendum esse, *arg. l.* 3. §. 2. *ut in poss. leg. l.* 1. *C. de proc.* quibus locis perspicue distinguitur inter eum, cui mandatum esse constat, & de quo dubitatur, ut ille ad agendum alieno nomine admittatur, etiam sine cautione, hic non aliter, quam si de rato caveat. Eadem quoque conditione admittuntur & sine mandato personæ coniunctæ, *d. l. Pomponius*, §. *ult. de proc.* item procurator universorum negotiorum, *l.* 5. §. *qui procuratoris* 18. *de nov. op. nunc.*

Tutores & curatores eodem modo] Ait tutorum & curatorum eandem in satisdando conditionem fuisse, quæ procuratorum fuit: sed aliquando his agentibus satisdationem remissam. Hæc quoque sententia falsa est. Nam cum magis tutores, quos tales esse constat, de rato cavent, quam procurator, quem talem esse certum est, *l. vulgo* 23. *de adm. tut.* eiusque rei perspicua ratio est, quam etiam Jurisconsultus *d. loc.* affert, quia non minus tutor, quam procurator, rem in iudicium deducit, ut metuendum non sit, ne pupillus iterum experiatur. Tunc solum cautio præstanda, cum dubitatur, an quis tutor sit, vel an adhuc duret tutela, *d. l. vulgo.* Quod & in procuratore, cum de mandato dubitatur, obtinere paulo ante diximus. Itaque convertamus potius propositionem cum Ulpiano in *d. l. vulgo*, dicamusque, tutores & curatores de rato non cavere. Adiecta hac declaratione ex eodem Ulpiano, ut, si dubiterur, an quis tutor aut curator sit, tum cautio iure exigatur.

Verba edicti] Videtur intelligere caput edicti quod recitat Ulpian. *l. servum* 33. §. *ait prator. de procur.* ubi qui alieno nomine actionem postulat, iubetur cavere, se eum, cuius nomine agere instituit, defensurum, si quid vice mutua ab eo reus petat, & simul eum, ad quem ea res pertinet, ratam rem habiturum. Sed ut pars illa edicti non pertinet ad procuratorem speciale mandatum habentem, quippe quem constat de rato non cavere, ita nec ad tutorem pertinet, qui idem ius habet: ac tametsi altera illa cautio de defendendo eo, cuius nomine agitur, etiam à procuratore speciale mandatum habente præstanda sit: tamen tutores & curatores ne illa quidem satisdatione onerari placuit, *l. ult.* §. 3. *C. de adm. tut.* Sed de eo hic non quæritur.

TEXTUS.

1. *Si vero in personam, ab actoris quidem parte eadem obtinebant, quæ diximus in actione, qua in rem agitur: ab ejus vero parte, cum quo agitur, siquidem alieno nomine aliquis interveniret, omnimodo satisdaret, quia nemo defensor in aliena re sine satisdatione idoneus esse creditur. Quod si proprio nomine aliquis judicium accipiebat in personam,* judicatum solvi *satisdare non cogebatur.*

NOTÆ.

1. SIQUIDEM ALIENO NOMINE, OMNIMODO SATISDARET] Iudicatum scil solvi, *l.* 5. §. *ult. quib. ex caus. in poss. Omnimodo*, id est, etiamsi mandatum habeat, *l.* 21. *rat. in rem hab. l.* 1. *in fin. C. de satisd.*

NEMO DEFENSOR IDONEUS] Regula passim tradita. Defensor idoneus, ideſt, ἱκανὸς ἀξιόπιστος, locuples, ἀξιόχρεως.

COMMENTARIUS.

Ab actoris parte eadem obtinebant] Itaque qui in personam agebat, siquidem suo nomine, non satisdabat, sin alieno, satisdabat, rem ratam haberi, *l. servum* 33. *in fin. de procur.* nisi de mandato constaret: nam ubi mandatum apparet, non est necessaria satisdatio de rato, ut supra probavimus.

Ab eius parte, cum quo agitur] Jure antiquo qui in actione personali defensionem alterius suscipiebat, satisdare cogebatur iudicatum solvi, *l.* 5. §. *ult. quib. ex ca. in poss.* & uti est in textu, *omnimodo*,

nimodo, id est, sive mandatum non haberet, sive habere: quod etiam expressum in *l. 1. in fin. C. de satisd. l. ne satisdatio 21. rat. rem hab.* & satis intelligitur ex generali regula passim tradita, quod nemo alienæ rei defensor idoneus est sine satisdatione. Rationem hanc esse arbitror, quod susceptio judicii species quædam est delegationis, *l. 11. §. 1. de nov.* facitque, ut subtilitate juris reus liberatus videatur. Ut proinde merito qui in locum rei succedit, & dominus litis efficitur, hac cautione oneretur, etiamsi mandatum habeat, ne invito actori alius reus objiciatur: Et inde est, quod stricta ratione juris in procuratorem sententia fertur, & actio judicati datur: quamvis ex æquitate prætor actionem in eum denegat, & in reum, cujus revera negotium gestum est, concedit, *l. 4. de re iud.*

Quod si proprio nomine] Qui suo nomine actionem in personam suscipiebat, judicatum solui satisdare non tenebatur. In actione in rem contra erat. Differentiæ ratio hæc redditur, quod in actione in personam reus non æque condemnationem evitare potest, quam in actione in rem, quippe mora obligationem perpetuat; at eandem vim adversus possessorem non habet; quem placet absolvi etiamsi post litem contestatam possidere rem desierit, modo dolo & culpa careat. *l. sin. autem 27. 8. 1. de rei vend.* de quo plura scripsi ad *§ sic itaque 14. in fin. sup. de act.*

TEXTUS.

2. *Sed hodie hæc aliter observantur. Sive enim quis in rem actione convenitur, sive personali suo nomine, nullam satisdationem pro litis æstimatione dare compellitur: sed pro sua tantum persona, quod judicio permaneat usque ad terminum litis. Vel committitur suæ promissioni cum jurejurando, quan juratoriam cautionem vocant; vel nudam promissionem, vel satisdationem pro qualitate personæ suæ dare compellitur.*

NOTÆ.

2 PRO LITIS ÆSTIMATIONE] Ἐνεκα τῆς ἀξιωτιμήσεως τῆς δίκης, id est, judicatum solvi satisdare non cogitur: quæ satisdatio ab eo, qui in rem judicium accipiebat, exigebatur.

SED PRO SUA PERSONA TANTUM] Cujusvis judicii reus principalis de exitu litis expectando vel satisdare, vel jurare, vel repromittere tenetur, pro personæ suæ conditione aut facultatum modo, auth. *generaliter, C. de Episc. & Cler. l. 17. de dign. lib. 12. l. 15. de satisd. cog.*

USQUE AD TERMINUM LITIS] Terminus litis est sententia. Itaque hæc cautio plus continet, quam vetus illa *judicio sisti.*

COMMENTARIUS.

HOdie qui suo nomine quacumque actione convenitur, satisdare de litis æstimatione non cogitur. De litis æstimatione dixit pro judicatum solvi, quæ olim ab eo, qui in rem judicium accipiebat, exigebatur.

Sed pro sua tantum persona] Cujusvis judicii reus principalis de exitu litis expectando vel satisdare, vel jurare, vel repromittere tenetur. Juratoriæ cautioni committuntur pauperiores, ut jurent scilicet se factutos, quod alias, fidejussoribus datis, promittere debuissent; simul & hoc, se idoneos fidejussores reperire non potuisse, *auth. generaliter, C. de Episc. & Cler.* Personæ quoque illustres non satisdant, sed jurant, *l. quoties 17. C. de dign. lib. 12.* A reliquis exigitur satisdatio, exceptis iis, qui immobilia possident. *l. sciendum 15. qui satisd. cog.* quos nec jurare teneri arbitror; alioqui quis locus esset nudæ repromissioni, quæ hoc loco & in *rubr. qui satisd.* opponitur cautioni juratoriæ? Et igitur stabitur nudæ possessoris immobilium promissioni. Interpretes in *l. 1. & d. l. sciendum, d. tit.* ferè censent, possessorem teneri ea bona simul hypothecæ obligare. Quod mihi à mente Jurisconsulti in *d. l. sciendum*, valde alienum esse videtur. Quin cautio pignoratitia non minus idonea, imo aliquando utilior est, quam fidejussoria.

Usque ad terminum litis] Hæc igitur cautio plus continet, quam vetus illa judicio sisti. Nam illis satisfit, si reus judicio exhibeatur, neque necesse est litis exitum expectare. Huic vero non satisfit, nisi terminus litis expectetur. Alia cautio est, quæ novissimo jure in executorem litis exponitur de contestanda lite intra duos menses, *auth. libellum, C. de lit. cont.*

TEXTUS.

3. *Sin autem per procuratorem lis vel infertur, vel suscipitur; in actoris quidem persona, si non mandatum actis insinuatum est, vel præsens dominus litis in judicio procuratoris sui personam confirmaverit, ratam rem dominum habiturum, satisdationem procurator dare compellitur. Eodem observando & si tutor vel curator, vel aliæ tales*

perſonæ, quæ alienarum rerum gubernationem receperunt, litem quibuſdam per alium inferunt.

NOTÆ.

3. SI NON MANDATUM ACTIS INSINUATUM] *l. 1. C. de ſatiſd. l. 1. C. de proc.* Sed nec omnes ſine mandato oblata cautione de rato, ad agendum admittuntur, verum ſolæ perſonæ conjunctæ *l. 35. l. 40. §. ult. de procur.* item procurator bonorum omnium, *l. 5. §. 18. de oper. nov. nunc.* & is, cui an mandatum ſit vel non ſit, dubitatur, *l. 1. C. de procur.*

VEL ALIÆ TALES PERSONÆ] Intellige ſyndicos vel actores municipiorum aut corporum.

LITEM PER ALIUM INFERANT] Puta vel per procuratorem, *l. 11. C. eod.* vel per actorem quem ipſe tutor aut curator ex ſua perſona conſtituere poſſunt, *leg. un. C. de act. à tut. ſeu cur. dand.* ipſi vero per ſe agentes non ſatiſdant. *l. 23 de adm. tut.*

COMMENTARIVS.

IN *actoris perſona*] Qui ad agendum alieno nomine admitti poſtulat, ſiquidem mandatum probet, vel præſentis domini habeat auctoritatem, ſatiſdare non cogitur rem ratam dominum habiturum, *l. 1. C. de ſatiſd. l. ſi procuratorem 5. de proc. l. 1. C. eod. l. 3 §. 2 ut in poſſ. leg. l. ne ſatiſdatio. 21. rat. rem hab.* ſin minus, ſine ſatiſdatione non admittitur. Sed, nec omnes, qui mandatum ad agendum non habent, oblata cautione de rato admittuntur, ſed ſolæ perſonæ conjunctæ, *l. ſed & hæ 35. l. Pomponius 40 §. ult. de proc.* item procurator omnium bonorum, *l. 5. §. ſi procurator 18. de nov. op. nunc.* eademque conditione admittitur, cui an mandatum ſit, vel non ſit, dubitatur, *d. l. 3. §. 2. ut in poſſ. legat. d. l. 1. C. de proc.* & ſecundum hæc temperandi textus generales in *l. ſervum, §. ait prætor, l. non ſolum 39. §. 1. de proc.*

Eodem obſervando & ſi tutor vel curator, &c. litem per alium inferant] Puta vel per procuratorem à pupillo vel adulto conſtitutum tutore vel curatore interveniente, *l. 11. C. de proc.* vel per actorem, quem ipſe tutor vel curator ex ſua perſona conſtituere poſſunt, *l. un. C. de act. à tut. ſeu cur. d. nd. §. ult. ſup. de curat.*

TEXTUS.

4. *Si vero aliquis convenitur, ſiquidem præſens procuratorem dare paratus eſt, poteſt vel ipſe in judicium venire, & ſui procuratoris perſonam per* judicatum ſolvi *ſatiſdationem ſolemni ſtipulatione firmare; vel extra judicium ſatiſdationem exponere, per quam ipſe ſui procuratoris fidejuſſor exiſtat pro omnibus* judicatum ſolvi *ſatiſdationis clauſulis. Ubi & de hypotheca ſuarum rerum convenire compellitur, ſive in judicio promiſerit, ſive extra judicium caverit, ut tam ipſe quam hæredes eius obligentur. Alia inſuper cautela, vel ſatiſdatione propter perſonam ipſius exponenda, quod tempore ſententiæ recitandæ in judicium veniet, vel ſi non venerit, omnia dabit fidejuſſor, quæ in condemnatione continentur, niſi fuerit provocatum.*

COMMENTARIVS.

DE eo qui nomine rei judicio intervenit, duplex tractatio eſt. Prima de procuratore rei, id eſt, eo, qui mandatum defendendi habet. De quo agitur *hoc* §. altera de eo, qui mandatum non habet, & in ſpecie defenſor dicitur. De quo §. *ſeq.*

Poteſt vel ipſe in judicium venire, &c.] Superius dictum eſt enim, qui alienæ litis defenſionem ſuſcipit, teneri omnino ſatiſdare judicatum ſolvi. Hic proponitur modus, quo reus procuratorem ſuum ab hoc onere liberare valeat: nimirum ſi ipſe pro procuratore ſuo vel in judicio vel extra judicium eam cautionem exponat, atque procuratoris ſui exiſtat fidejuſſor.

Pro omnibus judicatum ſolvi clauſulis] Nempe tribus illis, de re judicata, de re defendenda, de dolo malo, *l. 6. jud. ſolu.*

Ubi & de hypotheca ſuarum rerum convenire compellitur.] Legendum omnino, *ubi & hypotheca rerum ſuarum cavere compellitur.* Nempe quoniam ipſe reus principalis hic fidejuſſor eſt, qui etiam alias tenetur, præter ſatiſdationem hoc amplius ab eo exigitur, ut etiam bona ſua hypothecæ obliget, quo certius actori cautum ſit.

Alia inſuper cautela, &c.] Duplicem igitur cautionem in propoſito reus præſtat, unam pro perſona procuratoris ſui, alteram pro perſona ſua. In illa ipſe fidejuſſor eſt; in hac, qua promittit, ſe tempore recitandæ ſententiæ in judicium venturum, fidejuſſor non eſt, nec eſſe poteſt, ſed alium fidejuſſorem dat, qui idem adpromittat.

Propter perſonam ipſius exponenda] Non à procuratore, ut male nonnulli: *ſc. Accurſ. & Curt. Theoph. interpretes*, ſed ab ipſo reo, à quo manifeſte

feste tam hanc, quam superiorem cautionem exigit Iustinianus *Fabrot.* Nec minus aperte Theophilus, paraphrastes Græcus. Nam verba illa, *à procuratore*, non sunt Theophili, sed emblema Curtij interpretis Latini. Quod mirum est in editione Theophili non animadvertisse D. Gothofredum.

Omnia dabit fideiussor.] A reo in causam propositam datus Theophilus, πάντα παρέξει αὐτὸς, ἤτοι ὁ τύτυ ἔγγυητὴς, vel ipse, vel fidejussor. Et ita *Cujac. in not. posterior.*

TEXTUS.

5. *Si vero reus præsto ex quacunque causa non fuerit & alius velit defensionem ejus subire nulla differentia, inter actiones in rem vel personales, introducenda, potest hoc facere: ita tamen ut satisdationem* judicatum solvi *pro litis æstimatione præstet. Nemo enim secundum veterem regulam (ut jam dictum est) aliena rei sine satisdatione defensor idoneus intelligitur.*

NOTÆ.

5. POTEST HOC FACERE] Quoniam humanum est, atque ad eo publice expedit, absentes à quibuscunque defendi, *l. 33. §. 2. deprocur.* Denique nihil interest actoris, à quo reus defendatur, modo idonea cautio de judicato solvendo præstetur, *l. un. C. de satisd.*

COMMENTARIVS.

AD agendum alieno nomine sine mandato nemo admittitur, præterquam paucis casibus, quos supra memoravimus. At defensionem alterius suscipere nemo vetatur, qui modo paratus sit satisdationem judicatum solvi pro litis æstimatione præstare, *l. un. C. de satisd.* Cur tam varie? Nimirum humanum est, atque ideo publice expedit, absentes à quibuscunque posse defendi, *l. servum 33. §. 2. deproc.* nulla vero aut humanitatis aut ratio publicæ utilitatis suadet, ut cuivis permittendum sit, alieno nomine agere. Sed & multum interest rei, nec conveniatur à falso procuratore quoniam dominus iterum experiri potest: nihil autem interest actoris à quo reus defendatur, modo idonea satisdatio ea, quam diximus præsteturr. Ex quo porro etiam hoc est, quod defensor statim atque cavit dominus litis efficitur etiam ante litis contestationem, *l. Titius 76. deprocur.* & in ipsum actio judicati datur, *l. Plautius 61. d. tit. l. 4. de re iud.*

TEXTUS.

6. *Quæ omnia apertius & perfectius quotidiano judicierum usu in ipsis rerum documentis apparent.*

7. *Quam formam non solum in hac regia urbe; sed etiam omnibus nostris provinciis (etsi propter imperitiam forte aliter celebratur) obtinere censemus: quum necesse sit, omnes provincias caput omnium nostrarum civitatum, id est, hanc regiam urbem, ejusque observantiam, sequi.*

NOTÆ.

6. IUDICIORUM usu] Usus est omnium rerum optimus magister.

7. NON SOLUM IN HAC REGIA URBE] Constantinopolim intellige, quæ etiam nova Roma appellata est, quod in eam imperij sedes translata Græci πόλιν κωνσταντίνου, πόλιν βασιλεύουσαν. Appellant Byzantium ante dicta fuit.

COMMENTARIVS.

1. *Hodiernus satisdationum modus & usus.*

HÆc non indigent interpretatione. Cicero *lib. 1. de offi.* Nec medici, nec imperatores, nec oratores, *quamvis artis præcepta perceperint, quicquam magna laude dignum sine usu & exercitatione consequi possunt.* Usus satisdationum hodie perexiguus, præterquam adversus debitores extraneos, quos detinuimus, qui alias etiam coguntur domicilium in territorio, ubi agitur eligere. Actor non de alia cavet, quam de æstimatione sumptum litis, reo forte vincenti repensanda; adeoque ad nullam cautionem tenetur, si domicilium sub jurisdictione judicis apud quem agitur, habeat vel etiam bona immobilia possideat. Procurator sine mandato ad litigandum non admittitur nisi arcto sanguinis aut affinitatis vinculo ei, pro quo intervenit, conjunctus si, quo casu admitti solet, cum cautione de rato. Defensor idoneum mandatum exhibens judicatum solvi satisdare non tenetur, *vid. Gloss. lo. Fab. hic, Tulden. cap. 2. & 3. Mernl. lib. 4. distinct. 3. tit. 13. cap. 1. & deinceps & sect. 3. tit. 5. cap. 1. Uvesemb. qui satisd. cog. num. 6. Gudelin. lib. 4. de iur. nov. cap. 4. & 5. Christin. vol. 2. decis. 145. & ibi citat. & Nos, vid. Groenevv. de ll. abrog. hic, per tot.*

TITULUS XII.

De perpetuis & temporalibus Actionibus, & quæ ad heredes & in hæredes transeunt.

Continuatio.

QUONIAM actio alicui constituta non semper durat, sed actiones certo temporis spatio terminatæ sunt; neque etiam omnes, quæ in defunctum competebant, æque in hæredes dantur; & aliquando nec hæredi datur, quæ competebat defuncto: non abs re est, quod hic titulus superioribus subiicitur ad tractationem de actionibus concludendam.

TEXTUS.

Hoc loco admonendi sumus, eas quidem actiones, quæ ex lege Senatusve consulto, sive ex sacris constitutionibus proficiscuntur, perpetuo solere antiquitùs competere, donec sacra constitutiones tam in rem, quam in personam actionibus, certos fines dederunt: eas vero, quæ ex propria prætoris iurisdictione pendent, plerumque intra annum vivere: nam & ipsum prætoris intra annum erat imperium. Aliquando tamen & in perpetuum extenduntur, id est, usque ad finem constitutionibus introductum, quales sunt ea, quas bonorum possessori, cæteriſque: qui hæredis loco sunt, accommodat. Furti quoque manifesti actio, quamvis ex ipsius prætoris iurisdictione proficiscatur, tamen perpetuo datur. Absurdum enim esse existimavit anno eam terminari.

NOTÆ.

PERPETUO SOLERE COMPETERE] Quoniam legis & similium iuris constitutionum vis perpetua est.

CERTOS FINES DEDERUNT] Hoc autem publicæ utilitatis causa constitutum est, ut litium aliquis esset finis, arg. *l. 1. de usuc. vide comm.*

PRÆTORIS INTRA ANNUM ERAT IMPERIUM] Prætores in annum creabantur. Liv. 31. Tac. *ann.* 1. Prætorum anniversariorum edicta erant annua, quæ quisque proponebat initio magistratus sui ex lege Cornelia Dio 36.

QUAS BONORUM POSSESSORI] Bonorum possessor & fideicommissarius Trebellianus prohæredes sunt. Fabrot.

FURTI MANIFESTI ACTIO, &c. PERPETUO DATUR] Cum tamen actiones prætoriæ pœnales regulariter tamen intra annum dentur, *l. 35. de obl. & act.* Cuius rei forte hæc ratio, quod non primus prætor pœnam furibus manifestis constituit: sed eam, quæ lege 12. tab. constituta erat, mitigavit. Gell. *lib. 11. cap. 18.*

COMMENTARIVS.

1 *Rectene inter actiones prætorias numeretur fideicommissoria hæreditatis petitio.*

EX *lege &c.*] Actiones, quæ ex lege, Senatusve consulto, aut ex principum constitutionibus proficiscebantur, olim perpetuo solebant competere: nimirum cum legis & similium iuris constitutionum vis esset perpetua, consentaneum videbatur, actiones ex his iuris partibus profectas nullo tempore finiri.

Donec sacra constitutiones actionibus certis fines dederunt] Quod publicæ utilitatis causa constitutum est, ut litium aliquis esset finis, tandemque aliquando possessores & debitores securi ferent, *arg. l. 1. de usuc.*

Certos fines dederunt] Ut scilicet actiones triginta & ad summum quadraginta annorum præscriptione excluderentur, *l. 3. & 4. C. de præscr. 30. ann. l. 1. §. 1. C. de ann. exc.* quod tempus nunc abusive perpetuum dicitur. Paucæ sunt quæ demum 40. annorum spatio finiuntur. Tantum tempus durat actio hypothecaria, sed uno duntaxat casu, videlicet cum ipse debitor hæresve eius obligata possessioni incumbunt, *l. 7. §. 1. Cod. de præscr. 30. ann. l. 1 §. 1. in fin. Cod. de ann. exc.* Nam extranei possessores bona fide possidentes decem aut viginti annorum, mala fide tenentes 30. annorum præscriptionem opponere possunt, *l. 1. & 2. C. si adv. cred. præscr. d. l. 7. in pr. C. de ann. exc. Tulden. ad d. tit. C. Christin. vol. 4. decis. 81. num. 9.* quanquam & ubi bona fide possidetur 30. annorum spatium requiri, Senatus huius provinciæ iudicavit, *decis. Cur. Holl. 8.* Adhæc actiones omnes iudicio semel inclusæ non nisi 40. annorum præscriptione excluduntur, *d. l. 1. §. 1. in fin. C. de ann. exc.*

Tam in rem] Actiones in rem non minus quam actiones in personam olim perpetuæ fuerunt: utræque autem nunc eodem temporis spatio, id est, triginta annis terminantur. Neque enim illæ, quæ in rem sunt, simplici exceptione temporis decem

decem annorum inter præsentes viginti inter absentes excluduntur, sed propter possessionem alterius conjunctam cum titulo & bona fide, & tanto tempore continuatam, prioris domini jus extinguitur, & alteri dominium rei possessæ jure civili acquiritur.

Quæ ex prætoris jurisdictione pendent] Ait actiones quæ ex jurisdictione prætoris veniunt, plerumque unum duntaxat annum durare, & subjicit pro ratione, quod prætoris edictum, unde proficiscuntur, diuturniorem vim non habet. Quæ ratio si bona est, dicendum erat actiones prætorias non plerumque, sed semper anni spatio finiri; & credibile quoque est, initio nullas diuturniorem vim habuisse, quam habebat ipsum edictum, ex quo descendebant: sed postea nonnullas cœpisse perpetuò competere, postquam non tam prætorem, quam præturam spectari placuit, atque ex edictis, maxime quæ evidens commendabat æquitas, perpetuo jus dici. De quo vid. *Asconium in orat. Cic. pro Corn. Balbo. & Augustin. de legib. pop. Ro.*

Aliquando in perpetuum extenduntur] Imo sæpe. Nam honorariæ actiones omnes, quæ rei perfectionem continent, veluti Publiciana, de constituta pecunia, ex jurejurando, exercitoria, institoria, de peculio, &c. perpetuæ sunt, id est. 30. annos durant, nisi sit quæ rescindat quod jure civili ratum est, *l. in honorariis, l. 35. de obl. & act.* Sed & ex pœnalibus quædam perpetuo competunt, ut mox audiemus.

Bonorum possessori cæterisque, qui hæredis loco.] Significat duas hasce in rem actiones de universitate, possessoriam hæreditatis petitionem, & fideicommissariam hæreditatis petitionem. Has actiones ait esse perpetuas, licet jure prætorio constituræ sint. Perpetuas esse constat, priorem quoque, prætoriam utpote, proditam bonorum possessoribus, quos prætor velut hæredes facit, *l. 1. de poss. hær pet.* Sed altera illa, quæ proponitur iis, quibus ex fideicommisso restituta est hæreditas, non videtur esse juris prætorij, sed actio civilis, quippe iis competens, qui pro hæredibus sunt ex Senatusconsulto. Nisi distinguendum putamus inter petitionem hæreditaris & actiones hæreditarias. *arg. l. 2. de fid. hær pet.* Sed dixerim potius, eo loco jus civile in specie per excellentiam accipi pro jure antiquo legis 12. tabularum, & opponi petitionem hæreditatis civilem petitioni fideicommissariæ, non ut actioni prætoriæ, sed ut novo jure civili introductæ, nimirum Senatusconsulto Trebelliano. Nam minime novum est, ut hoc sensu jus civile opponatur iis juris partibus, quæ postea accesserunt, puta Senatusconsultis aut principum constitutionibus, *§. 4. & 6. sup. de fideic. hared. §. 3. sup. de testam. ord.*

Furti quoque manifesti actio] Actiones prætoriæ pœnales regulariter tantum intra annum dantur, *l. in honorariis 35. de oblig. & act.* Excipitur actio furti manifesti, quæ quamvis & ipsa prætoria sit & pœnalis, perpetua tamen est. Quod hanc fortè rationem habet, quia non primus prætor pœnam furibus manifestis constituit; sed eam, quæ lege 12. tabb. constituta erat, mitigavit, atque ex corporali fecit pecuniariam, vid. *sup. §. pœna 5. de obl. quæ ex del.* Actio quoque de furto aut damno in navi, caupona aut stabulo facta, item actio adversus publicanos, quamvis & hæc prætoriæ sunt & pœnales, perpetuo tamen competunt, *l. ult. §. ult. naut. caup. stab. l. sed & si 13. §. ult. de publican.* Iudicia criminalia regulariter viginti annis finiuntur *l. 12. C. ad leg. Corn. de falsi*, sed ea huc non pertinent.

TEXTUS.

1. *Non autem omnes actiones, quæ in aliquem aut ipso jure competunt, aut à prætore dantur, & in hæredem æque competunt, aut dari solent. Est enim certissima juris regula, ex maleficiis pœnales actiones in hæredem rei non competere; veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, damni, injuriæ. Sed hæredibus hujusmodi actiones competunt, nec denegantur, exceptâ injuriarum actione, & si qua alia similis inveniatur. Aliquando tamen etiam ex contractu actio contra hæredem non competit; veluti cum testator dolosè versatus sit, & ad hæredem ejus nihil ex eo dolo pervenit. Pœnales autem actiones, quas supra diximus, si ab ipsis principalibus personis fuerint contestatæ, & hæredibus dantur & contra hæredes transeunt.*

NOTÆ.

1. AUT IPSO IURE] Id est, jure civili. *vid. §. 10. sup. de act. l. 9. §. 1. usufr. quem cav.* Th. ἢ κατὰ τὸ πολιτικόν. Alias ipso jure idem valet, quod jure solo sine aliquo facto nostro, veluti cum sui hæredes dicuntur ipso jure heredes existere.

EX MALEFICIIS POENALES] Ita & alibi regula concepta est, *l. 1. de priv. del. l. 38. l. 11. §. 1. de reg. jur.* Actio vero rei persecutoria, quamvis ex delicto, etiam in hæredem datur, ut condictio furtiva, *§. ult. sup. de obl. quæ ex del. l. 7. §. 2. de cond. furt.*

EXCEPTA INIURIARUM ACTIONE] Quia vindictæ magis, quam pecuniæ persecutionem habet, *l.* 2. §. 4. *de collat.*

ALIQUANDO EX CONTRACTU ACTIO, &c.] Sensus hic esse videtur, etiam aliquando ex contractu actionem adversus hæredem non dari, cum testator dolose versatus est, & nihil ad hæredem ejus ex dolo pervenit, contra regulam *l.* 12. *l.* 49. *de obl. & act. l.* 152 §. 3. *de reg. jur.* De deposito miserabili hoc plerique putant accipiendum, *l.* 1. §. 1. *depos.*

FUERINT CONTESTATÆ] *l.* 26. *l.* 58. *de obl. & act. l.* 139. *l.* 164. *de reg. jur.* quod ex eo est, quia judicio accipiendo nova contrahitur obligatio judicati, *l.* 3. §. 3. *de pecul.*

COMMENTARIVS.

1 *Actiones omnes, quæ rei persecutionem continent, & hæredibus & in hæredes dari, etiam si qua ex delicto.*

2 *Ostenditur perspicue, condictionem furtivam & actionem rerum amotarum, contra hæredes etiam dari in solidum.*

3 *In hæredem non dari ullam pœnalem, licet ex contractu.*

4 *Actiones, quæ pœnales habeantur, quamvis nihil amplius persequantur, quam quod abest.*

5 *Cur actiones pœnales in hæredes non dentur, cum dentur hæredibus.*

6 *Cur actio injuriarum ne hæredibus quidem detur.*

7 *Quibus casibus ex contractu actio non competat in hæredem, ad quem ex dolo defuncti nihil pervenit.*

8 *Actiones omnes judicio inclusas perpetuari: & quid hic juris hodie.*

ACtionum quædam & hæredibus & contra hæredes dantur: quædam hæredibus quidem, sed non contra hæredes: quædam denique neque hæredibus, neque contra hæredes: Et hæredibus & contra hæredes dantur, quæcunque rei tantum persequendæ causa comparatæ sunt: nisi quod actio in rem tantummodo respectu possessionis in hæredem datur: quippe quæ possessorem semper sequitur, *l. si in rem* 42. *de rei vend. l. actionum* 25. *de obl. act.* Dum autem actio præter rei persecutionem nihil contineat, non distinguimus in proposito, utrum ea sit ex contractu an ex maleficio: sed utroque casu non minus in hæredes, quam hæredibus actionem dari contendimus: & quidem in hæredes in solidum: hoc enim semper intelligendum est, cum simpliciter dicitur actio in hæredem dari. De actionibus quæ ex contractu descendunt, res est expedita, *l.* 1. *& tot. tit. C. de hæred. act.* adeoque passim veteres definiunt, actiones ex contractibus venientes, licet delictum quoque versetur, in hæredes in solidum dari, *l.* 7. §. 1. *depos. l.* 12. *ex contractibus* 49. *de obl. & act. l. ad eã* 157. §. *ult. de reg. jur.* De iis vero, quæ rei persecutoriæ sunt ex delicto, quales esse constat condictionem furtivam & actionem rerum amotarum, *l.* 7. §. 2. *de cond furt. l. mulier* 21 §. *pen. de act. rer. amot.* ambigitur, non utique an hæredibus aut contra hæredes aliquatenus dentur, sed an dentur contra hæredes in solidum. Nam hoc negat *Cuiac.* 7. *obs* 37. *& 13. obs* 39. *Lyclam.* 1. *membran.* 18. *& lib. benedict. passim.* Ego vero existimo, etiam his actionibus hæredem teneri in solidum. Moveor primum eo, quod hæ duæ actiones absolute dicuntur dari in hæredem, *l.* 1. *l.* 7. §. 2. *de cond. furt.* §. *ult. sup. de obl. quæ ex del. l.* 6. §. 3. *de act. rer. amot.* Ex eo enim colligo dari eas adversus hæredem furis aut mulieris in solidum. Nam quotiescunque actio simpliciter in hæredem dari dicitur, toties intelligitur dari in solidum: cum vero in solidum non datur, sed quatenus ad hæredem pervenit, aut hoc adjicitur, aut dari simpliciter negatur. Vt patet ex *leg. Iulianus* 16. *de iudic. l. inde Neratius* 23. §. *hanc actionem* 8. *ad l. Aquil. l. hac actio* 13. *de serv. corr. l.* 9. §. 1. *quod fals. tut. l.* 3. §. *pen. si mens. fals. mod. l.* 1 *de priv. del. l.* 2 §. *ult. vi bon. rapt. l. in honorariis* 35. *de obl. & act. l. pupillum* 111. §. 1. *de reg. iur.* §. *his autem, sup. de leg. Aq.* §. *ult. de obl. quæ quasi ex del. item hoc text.* & innumeris aliis locis. Secundo quia regulæ earum actionum, quæ in hæredes non dantur, de pœnalibus ex maleficio conceptæ sunt, *l.* 1. *de privat. del. l. sicut* 38 *l. pupillum* 111. §. 1. *de reg. iur. l. inde Neratius,* §. *hanc actionem, ad leg. Aquil. & hoc text. l. pen. de op. nov. nunc.* Hinc enim evincitur, si quæ sunt ex maleficio non pœnæ, sed rei persecutoriæ, eas in hæredem dari: quoniam contrariorum contraria sunt consequentia. At condictio furtiva & actio rerum amotarum non pœnam, sed rem persequuntur, ut jam probavimus. Et secundum hæc Imperator in §. *his autem 9. sup. de leg. Aq.* negat, actionem legis Aquiliæ in hæredem transire, non quia ex delicto est, sed quia pœnalis, addens, transituram eam fuisse, si ultra damnum datum nunquam lis æstimaretur. Dicitur sane nonnunquam, actiones ex delicto venientes adversus hæredes non dari, nisi quatenus ad eos pervenit, nec adjicitur pœnales, ut in *l. un. C. ex del. def.* Sed quid prohibet hujusmodi definitiones ex eo, quod plurimum & fere semper fiat conceptas sic accipere, si agatur de eo, quod defunctus deliquit, id est, ad pœnam? At in condictione furtiva & actione rerum amotarum de delicto aut pœna delicti non agitur, sed tantum de eo, quod ex patrimonio nobis.

nobis abest, nec quicquam amplius persequuntur, *l.7.§.2 de cond. furt. l. si mulier. 21. §. pen. de act. rer. am.* Iam vero ob hoc solum actio pœnalis non habetur, quod constituta est adversus eum, ad quem ex delicto defuncti nihil pervenit, nisi & factum puniat, & in dolum concepta sit, *l. 9. §. 1. quod falsi tut.* de quo amplius postea. Postremo movet me locus expressus in *l. 9. de cond. furt.* ubi differtè I. C. ait, in condictione ex causa furtiva hæredem, non pro parte quæ pervenit, sed in solidum teneri, si vero plures sint hæredes singulos pro partibus hæreditariis. Quod si hoc obtinet in condictione furtiva, procul dubio etiam in actione rerum amotarum locum habet cum apertè testetur Paulus, in *l. 6. §. item hæres 3. de act. rer. am.* ex causa rerum amotarum teneri hæredem mulieris perinde ac tenetur hæres condictionis nomine, ex causa furtiva; ac proinde quod rescribunt Impp. in *l. ult. C. rer. amot.* actionem rerum amotarum adversus hæredes dari non in solidum, sed in quantum ad eos pervenit, necessario sic accipiendum est, in quantum ad eos pervenit de hæreditate, non autem de rebus amotis; ut si plures sint hæredes, non singuli in solidum tenentur, sed universi, singuli autem pro ea parte, pro qua hæredes extiterunt; secund. *d. l. 9 de cond furt.* aut si cum Ant. Fabro. *4. cons.* 1. de rebus amotis rescriptum intelligi volumus, supponendum erit, totum ad hæredes pervenisse, non ad unum aliquem, sed ad singulos pro parte. Quæ actiones hæredibus competant, in hæredes autem non dentur; tum quæ neque hæredibus neque adversus hæredes competant, docebit nos textus, ad cujus explicationem tempus est ut accedamus.

Aut ipso jure] Ipso jure aliquando idem valet, quod jure solo, sine aliquo facto nostro, veluti cum sui hæredes dicuntur ipso jure hæredes existere: aliquando idem, quod jure civili, non jure prætorio, ut in §. *actiones* 10. *sup. de act. l. 9. §. 1. supr. qu. cau. & hoc loc.* Itaque ipsum jus hic excellentiam notat.

Ex maleficiis pœnales] Actiones ex maleficiis pœnales hæredibus dantur; at in hæredes non competunt. Ait, *pœnales ex maleficiis*, uti & alibi regula concepta est, *l. 1. de priv. del. l. sicut.* 38. 3 *l. pupillum* 111. §. 1. *de reg. jur.* Quid ergo si qua sit pœnalis ex contractu? Et hic idem juris esse evincit actio depositi miserabilis; quæ in eum, qui tumultus, incendij, ruinæ, naufragij causa depositum inficiatur, in duplum constituta est, in hæredem vero ex dolo defuncti in simplum, *l. 1. §. 1. de eo.* 18. *depos.* Plane huc non pertinet actio, qua petitur pœna conventione promissa: nam pœnam stipulamur loco ejus, quod interest, §. *ult. sup. de verb. obl. vid.* §. *sequent.* 16. *sup. de act.* Excludit autem regula eas, quæ sunt ex maleficio rei persecutoriæ, quas etiam adversus hæredes dari paulo ante probavimus. Illud ignorandum 4 non est, esse quasdam actiones, quæ pœnales habentur, quamvis nihil amplius, quam quod abest, persequantur, de quibus hæc notio tenenda. Quoties actio factum punit & in dolum concepta est, constituiturque adversus eum, ad quem ex dolo res non pervenit, quamvis proposita sit, cui eo facto quid abest atque ita à parte actoris rei persecutionem contineat: pœnalis tamen habetur ob vindictam delicti, quam eo amplius persequitur: ac proinde in hæredem non datur, *l. 9 §. 1. quod falsi tut.* Talis est actio de dolo, *l. in hæredem 26. de dol. mal.* item ea, quæ adversus falsum tutorem datur, *d. l. 9. §. quod falsi tut.* Talis quoque est adversus mensorem, qui falsum modum dixit, *l. 3. si mensor falsi. mod.* item quæ proponuntur in *l. 7. §. ult. de trib. act. l. 1 §. ult. ne vis fiat ei, qui in poss. missi l. 1. §. ult. de eo per quem fact. erit, quo min. quis in iud. l. pen. §. 1. ne quis eum, qui in jus voc. l. 4. in fin. l. 6. & 7. de alien. ind. mut. ca.* ubi actio in factum ex illo edicto dicitur pertinere ad rei persecutionem: nimirum quia actor per eam id tantum quod sibi abest, persequitur: à parte autem rei revera pœnalis est, quia factum punit, & 5 in dolum concepta est. At cum hæres in universum jus defuncti succedat, & regulariter tam in incommoda, quam in commoda, quæ ratio est, quod in proposito tantum commodum actionum pœnalium ad hæredes transire placet, incommodum autem earum ad eos non pertinere? Nimirum quia æquum visum est, pœnam ex hac successione excipere, ne ibi pœna sit, ubi noxia non est, *l. pen. de op. nov. nunc. l. sicut* 38. *de reg. jur. l. sancimus 22. C. de pœn.* Illud æquissima ratione placuit, turpia lucra etiam hæredibus esse extorquenda: ideoque actiones, quamvis pœnales, eatenus saltem in hæredes dandas esse, quatenus ad eos pervenit, ne ex delicto defuncti lucrum sentiant, *l. 5. de calumn. l. 16. §. ult. & l. seq. quod met. cav. l. in hæredem. 26. de dol. l. un. C. ex del. def.* cum similib.

Excepta injuriarum actione] Actio injuriarum 6 neque hæredibus, neque in hæredes datur, *l. injuriarum* 13. *in pr. de injur.* Quod non datur in hæredes, hoc commune habet cum cæteris pœnalibus: quod hæredibus non datur, ejus propriũ est, & hanc rationem habet, quod in ea non principaliter de damno sarciendo, sed de contumelia vindicanda agitur, *l. 1. §. 1. eod.* quam vindictam, si injuriam passus lite non instituta decesserit, tacitè remisisse intelligitur: de quo dixi ad §. *ult. sup. de injur.* & hinc est, quod actio injuriarum in bonis nostris non computatur, antequam litem contestemur, *de injuriarum* 28. *eod.*

Si qua alia similis] Similes habes in *l. pen. de in jus voc. l. pen. §. ult. ne quis eum qui in jus voc. l. 4. de calumn. l. 7. C. de rev. don.* Huc etiam referri potest querela inofficiosi testamenti : nam & hæc injuriam exhæredato aut præterito illatam quasi ulciscitur. *Nov. 115. cap. 5.* & non nisi præparata ad hæredes transit, *l. 6. §. ult. cum l. seq. de inoff. test.*

Aliquando etiam ex contractu actio in hæredem non competit] Puto, intelligi actiones ex contractu, quæ ob delictum concurrens ex parte rei pœnales habentur, eo quod factum puniunt & in dolum concepræ sunt : quales sunt actiones in factum adversus falsum tutorem, & adversus mensorem, qui falsum modum dixit. item actio tributoria quæ dolum malum domini coërcet maleficiosè in distribuendo versari : nam hæ actiones licet ex contractu sint, tamen in hæredem rei, quia hac parte pœnales, non dantur, nisi de eo quod ad eum pervenit, *l. 9. §. 1. quod falsi tut. l. 3. §. pen. si mens. falsi. mod. l. 7. §. ult. de trib. act.* Alias ex contractibus successores ex dolo eorum, quibus successerunt, non tantum in id, quod pervenit, sed in solidum tenentur, *l. 12. l. ex contractibus 49. de obl. & act. l. ad ea 157. §. ult. de reg. jur. l. 7. §. 1. de pos.* ubi Iurisconsultus cum dixisset, actionem depositi ex dolo defuncti in solidum in hæredé dari, hanc rationem subjicit, *quanquam enim*, inquit, *alias ex dolo defuncti non solemus teneri, nisi per ea parte, quæ ad nos pervenit : tamen hic dolus ex contractu reique persecutione descendit, ideoque in solidum hæres tenetur ; plures vero pro ea parte, qua quisque hæres est*, qui locus sententiam nostrum mire confirmat. Ex his autem apparet, insigniter errare Theophilum ; qui pro exemplo adducit actionem depositi, quam ex dolo defuncti negat in hæredem dari, si nihil ex eo dolo ad eum pervenit ; contra tot expressos textus. Nec excusari potest hoc obtentu, quod intellexerit actionem depositi miserabilis. Nam & hæc actio ex dolo defuncti in hæredem datur, etsi nihil ad eum pervenit : & quamvis non in duplum, in solidum tamen : quoniam utique simplum solidum est, & pœna alterum tantum, *l. 1. §. 1. l. de eo. 18. depos.*

Veluti] Hanc particulam Cujac. & Pac. auctoritate quorundam Codicum delendam censent : quod mihi non videtur necessarium, cum & retenta ea constet, & recta sit loci sententia.

Fuerint contestata] Omnes actiones, quæ morte aut tempore pereunt, si semel inclusæ judicio fuerunt, quod fit litis contestatione, salvæ permanent, *l. omnes 139. de reg. jur.* Morte dicuntur perire pœnales, propterea que in hæredes rei non dantur, licet activè transeant : at lite contestata & activè transeunt & passivè, *l. omnes 26. l. sciendum 58. de obl. & act. l. pœnalia 164. de reg. jur. l. un. C. ex del. def.* quod ex eo est, quia judicio accipiendo nova contrahitur obligatio judicati, *l. 3. idem scribit 11. de pecul.* Postea constitutionibus placuit, pœnæ persecutionem transmitti, si modo reus vivus conventus fuerit, quasi lite cum eo contestata, *l. 33. de obl. & act.* Apud nos pœnales actiones nullæ sunt, si injuriarum actionem excipias ; quoniam, ut sæpè alibi diximus, pœnæ legitimæ, quæ privatis litigatoribus applicabantur, exoleverunt. Cæterum hæres ex delicto defuncti, etiamsi lis à defuncto contestata non sit, tenetur non id tantum, quod ad eum ex delicto defuncti pervenit, secundum scita juris civilis, sed damnum à defuncto datum sarcire cogitur, quatenus facultates defuncti patiuntur : quod cum jure Canonico primum cautum esset, *c. in literis de rapt. c. ult. de sepult.* propter æquitatem etiam in foro civili receptum videtur. *Io. Fab. hic. Covar. lib. 3. resp. 3. n. 7. Imbert. in enchirid. Papon. lib. 24. arrest. tit. 11. arrest. 3. & ult.* De quo plura *Christ. vol. 3. dec. 22. n. 2. & seqq. add. Græneuv. de ll. abrog. ad tit. C. ex delict. defunct. in quant. hared.*

TEXTUS.

2. *Superest, ut admoneamus, quod, si ante rem judicatam is, cum quo actum est, satisfaciat actori, officio judicis convenit eum absolvere ; licet in ea causa fuisset judicij accipiendi tempore, ut damnari deberet : & hoc est, quod antea vulgo dicebatur, omnia judicia absolutoria esse.*

NOTÆ.

2. CONVENIT EUM ABSOLVERE] Quod Th. interpretatur, *liberatum ab actione dimittere.* Alij, *officio judicis convenire, ut etiam sententia sua eum absolvat* : quod & ratio juris exigere videtur, *l. 1. de re jud.* & reo utilius est propter exceptionem rei judicatæ.

OMNIA IUDICIA ABSOLUTORIA] Locus singularis.

COMMENTARIVS.

QUemadmodum debitorem ante acceptum judicium bonam fidem agnoscentem & paratum solvere dimitti placet, eique diem dari, cum competenti cautione ad solvendam pecuniam : *l. si debitori. 21. de judic. ex judicat. 16. jud. solv.* ita etiam æquum est audiri eum, qui post acceptum judicium ante rem judicatam satisfactionem offert, modo id omne offerat, quo jus actoris

actoris deterius factum est, & in quod alias fieret condemnatio, *fac. l. si reus 75. de proc. l. 5. de publ. & vect. l. nlt. qua in fraud. cred.*

Eum absolvere] Hæc verba duplicem admittunt interpretationem vel ut simpliciter reus satisfaciens dimittendus sit ab instantia, & liberandus molestiis judicialibus, quomodo Theoph. & Hotom. interpretantur: vel ut absolvendus sit etiam sententia judicis: quod posterius & rationi iuris magis convenire videtur, cum judici incombat aut damnare reum aut absolvere, *l. 1. de re iud.* & reo longè utilius est, quoniam alias non haberet exceptionem rei judicatæ.

TITULUS XIII.

De exceptionibus.

Ratio dispositionis. Omnem reum ad defensionem suam vel inficiatione uti, vel depulsione: & quid utraque. Quid sit exceptio: unde hoc nomen natum: & alia observatu digna.

QUicquid in judicium deducitur, aut actio est, aut exceptio; actio à parte actoris, exceptio à parte rei, cuius sunt secundæ. De actionibus hactenus quæsitum est: de exceptionibus adhuc cognoscendum: & quidem de his solis: nam præter has, si ab actione discesseris, nulla alia res in judicium principaliter deducitur. Id quod ita liquere poterit. Omnis reus, qui judicio contendere paratus sit, ad defensionem suam aut inficiatione utitur, aut depulsione. Inficiatio est, cum negat, ullam actori esse actionem de eo, quod petitur. Ea vero aut simplex est, aut cum novi facti affirmatione coniuncta. Simplex, cum reus simpliciter negat, id factum quo nomine agitur, puta, mutuam pecuniam, quæ ab actore petitur, sibi datam esse. Cum affirmatione novi facti coniuncta, cum confitetur quidem, actionem aliquando actori competiisse, sed eam nunc ei competere negat, utpote novo aliquo facto postea amissam: exempli gratia; si actorem dicat ideo agere non posse, quia actio ipso iure sublata sit, puta solutione, acceptilatione, rei interitu. Simplex inficiatio apertè nihil in judicium deducit, neque ulla hic neganti incumbit probatio: tantum quæritur de actione & intentione actoris, quæ in dubium vocatur: id est, solum tractatur in judicio, an verum sit, quod actor in propriam intentionem deduxit: nec de alicuius exceptionis vi à reo oppositæ disputatur: ac probante actore reus condemnatur; non probante, simpliciter absolvitur, *Covar. in c. possessor. mal. fides, de reg. iur. in 6. p. v. relict. init. n. 5 Vvesenb. par. hoc tit. n. 2.* In coniuncta autem affirmatio illa novi facti haud dubiè in iudicium deducitur, ac proinde à reo probanda est, *l. 1. C. de prob.* sed deducitur per consequentiam duntaxat: principaliter enim eo spectat, ut ostendatur, vere negare reum, actionem actori competere. Depulsio est, cum reus de actione actoris confitens tam in iure, quam in facto, ea defensione utitur, quæ actionem removeat. Hæc defensio in usu iuris exceptio appellatur. Si quis hic mihi Rhetorum libros adire velit, poterit fortassis non nihil lucis etiam inde sibi ad hæc melius intelligenda sumere. Exceptio igitur est defensio rei, quæ actioni, alioqui iure constitutæ, opposita hanc ipsam æquitatis ratione excludit: hic in *pr. l. 12. de dol. mal. excl. 2. h. t.* Exceptio omnis rectè defensio dicitur, ut pote comparata defendendorum reorum causa, *h. t. in pr.* At non omnis defensio exceptio est, sed ea tantum, quæ actionem iure constitutam repellit. Quæ vero allegationes ostendunt, actionem ipso iure sublatam esse, veluti cum debitor solutionem allegat, defensiones dici possunt, exceptiones non possunt. Pugnantia sunt Iurisconsultis, liberari ipso iure & liberati per exceptionem, *l. qui servum 34. §. 1. de oblig. & act.* quanquam usu interpretum iam obtinuit, ut omnis generis defensio, quæ modo agentis intentionem repellit sive iuris sive facti negatione, exceptio dicatur. Unde DD. exceptiones alias esse iuris tradun, alias facti & intentionis. *Mynsing. rubr. hic n. 12. Greg. Thol. 21. synt. 17. n. 5. vid. Covar. d. loc. n. 4. & 5.* Sed quomodo reus exceptione utetur ad excludendam actionem? Id indicant verba definitionis, si exceptio actioni apponatur; unde passim legimus, exceptionem opponi, obiici, obstare exceptione occurrere, &c. Etenim omnis defensio exceptionis in facto rei posita est, omissa ad liberationem reo non prodest. De tempore opponendæ exceptionis dicemus inferius. Nomen exceptionis natum ex formula iudicij, quod sub exceptione dabatur; sic enim prætor subiiciebat, *nisi, si non, extra quam si*, illud aut illud factum erit, aut si quæ particulæ eandem vim habent. Atque hinc item factum, ut exceptio omnis conditio appellaretur, *l. except. 22. h. t.* ubi quæ extat definitio exceptionis, à conceptione sumpta est, sicut Ulp. in *l. 2. eod.* ab effectu & urendi modo *v. Duar. ad l. 7. §. 2. de act. Guiac. 5. obs. 34. P. Fab. ad l. 154. de reg. iur.* Sed & exceptio omnis præscriptio dicta: & inde Græcis παραγραφή *l. pen. h. t. l. 8. l. pen. & ult. & in rubr. C. eod. l. iud. 29. de exc. rei iud. si debit. 91. de solut.* cum similib. de cuius verbi ratione cons. *Alc. de quinq. ped. præscr. Don. in rubr. C. h. t. n. 15. Ravard. 1. de præiud. 8. Pet. Fab. 1. semestr. 21.*

TEXTUS.

TEXTUS.

Sequitur, ut de exceptionibus disputemus. Comparatæ autem sunt exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Sæpè enim accidit, ut licet ipsa persecutio, qua exactor experitur, iusta sit, tamen iniqua sit adversus eum, cum quo agitur.

NOTÆ.

UT DE EXCEPTIONIBUS] Exceptio est defensio rei quæ actioni, alioqui iure constitutæ, opposita, hanc ipsam æquitatis ratione excludit, *l. 2. h. t.* alias præscriptio dicitur, *lib. 8. C. tit. 35.* Græcis παραγραφή.

IUSTA SIT] Inspecta scil. stricta ratione & rigore iuris: iniqua autem, inspecta summa ratione & naturali æquitate. Quæ autem allegationes ostendunt actionem ipso iure sublatam esse, veluti cum debitor solutionem allegat, exceptiones propriè non sunt, sed aliæ species defensionum.

COMMENTARIVS.

Defendendorum eorum gratia] Unde vulgo notant, exceptiones esse iuris naturalis & gentium, cuius scilicet iuris defensio est, *Vvesenb. par. hoc tit. num. 8.* Ob eandem causam nonnulli censent, verbum excipere translatum esse ab armis militaribus ad forensia, puta, clypeo aut scuto, quibus tela in nos directa excipimus & retundimus. Non malè fortassis, sed non ex usu auctorum iuris.

Ipsa persecutio iusta sit] Non continuo, si actio iusta sit, id est, ipso iure comparata, seu summo iure constituta, iusta est in eum, qui cum agitur: verbi gratia, si quis dolo inductus stipulanti promiserit, is quidem subtilitate iuris ex promissione sua obligatur: sed quoniam per machinationem adversarij obligatus est, iniquum est, eum condemnari, ac proinde contra agentem exceptio doli ei proposita est, ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem æquitatem prosit, *l. 1. §. 1 de dol. mal. exc.* Quod si nulla subsit actio iure civili constituta, vel quia reus dicit, nullam unquam actori competiisse, vel eam quæ fuit, ipso iure sublatam, hæc allegatio exceptio propriè non est, sed alia species defensionis, ut iam ante ostendimus.

TEXTUS.

1. *Verbi gratia, si metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus stipulanti Titio promisisti, quod non debueras promittere, dalam est, jure civili te obligatum esse, & actio, qua intenditur, dare te oportere, efficax est: sed iniquum est, te condemnari. Ideoque datur tibi exceptio, quod metus causa, aut doli mali, aut in factum, composita ad impugnandam actionem.*

NOTÆ.

1. ERRORE LAPSUS] Exemplum in *l. 36. de verb. obl. l. 7. dol. mal. except.*

IURE CIVILI TE OBLIGATUM] Id est, subtilitate iuris civilis, *d. l. 36. de verb. obl.* Dolus metusve adhibitus impedit, quo minus actio nascatur, *l. 5. de inut. stip.* Verum enim utique est alterum stipulatum esse; & te promisisse, atque ita contractam verborum obligationem.

DATUR TIBI EXCEPTIO] *d. l. 36. d. l. 5. & tot. tit. de dol. mal. & met. exc.* & ita eventu inspecto inanis efficitur actio opposita exceptione, *l. 112. de reg. iur.*

COMMENTARIVS.

1 *Cur qui metu coactus promisit, ipso iure obligetur.*
2 *Quæritur idem de eo qui dolo inductus.*
3 *De quo genere erroris hic locus accipiendus.*
5 *Exceptio in factum qualis, & unde.*

ILlustrat exemplis, quod dixit sæpè accidere, ut actio, qua quis experitur, summo iure teneat, sed iniqua sit adversus eum, cum quo agitur. In universum autem id accidit dupliciter, vel quia postea vinculum æquitatis tollitur, ita ut tantum supersit solius vinculum iuris civilis; quod quidem ita nos astringit, ut summo iure in nos sit actio, sed quæ propter defectum æquitatis sit inefficax ad condemnationem, si exceptio opponatur.

Metu coactus] Qui metu coactus aliquid promittit, ipso iure obligatur propter consensum; quia voluntas, licet coacta, voluntas tamen est, *l. si mulier 21. §. pen. quod met. ca.* nimirum utrum quid voluntarium sit, an involuntarium, ex eo tempore æstimatur, quo geritur. Iam vero illud, quod eligitur, quo tempore metus infertur, respectu maioris mali, quod vitatur, boni rationem habet,

&

& ea consideratione objectum est voluntatis : de quo cons. *Aristot. 3. eth.* 1. Cæterum naturaliter obligatus dici revera non potest ob defectum vinculi æquitatis : quoniam consensus & voluntas ista non fuit libera ; neque promisisset aut voluisset extra metum majoris mali positus. Atque hinc explicandi loci in quibus traditur vim atque metum consensui esse contrarium, *leg. nihil.* 116. *de reg. iur. cum simil.*

Dolo inductus] Etiam qui dolo inductus stipulanti promisit, quod alias non promisisset, subtilitate juris obligatur ; quia utique verum est, eum promisisse : sed & hæc obligatio naturali æquitatis vinculo destituitur propter dolum & machinationem stipulationis aliud agentis, aliud simulantis, *l. si quis* 36. *de verb. obl. l.* 1. §. 1. *de dol mal. exc.* Circa dolum qui causam contractui præbet : videlicet si quis in hoc circumscriptus sit, ut contraheret, cum alias contracturus non fuisset, recepta ut vulgaris distinctio inter contractus bonæ fidei & stricti juris, quod illi hoc casu ipso jure nullius momenti sint, *arg. l. 7. in pr. de dol. l. in causa* 16. §. 1. *de minor.* hi ipso jure subsistant, & actionem producant, ut proinde hic semper excipiendum sit, sive dolus causam contractui dederit, sive inciderit, *d. l. si quis* 36. *de verb. obl. l.* 5. *C. de inutil. stipul.* de quo prolixè *Bachov. disp. 6. de act. thes.* 17.

Errore lapsus] Quod hic dicitur, etiam eum, qui errore inductus stipulanti promisit, jure civili obligari, sed non videtur convenire cum eo, quod passim traditur, eos, qui errant, non consentire, consensui nihil magis esse contrarium errore, *l. non consentiunt.* 15. *de iurisd. l.* 2. *de iudic.* Nam sine consensu nullus contractus ac ne stipulario quidem consistit, *l.* 1. §. 3. *de pact.* Resp. Error non est unius generis. Si in persona aut re promissa erratum sit, cum de alia stipulator, de alia promissor sentiret, fateor, nullam contrahi obligationem, quia talis error consensum non habet. At error in causa promittendi, de quo hic agitur, non omnino consensu destituitur, & ideo summo jure hic nascitur obligatio, *d. l. si quis* 36. *de verb. obl. l. Iulian.* 7. *de dol. mal. exc. vid. not. ad* § *si de alin.* 22. *sup de inut. stip.*

Iure civili obligatum esse] Id est, subtilitate juris, ut ait Jurisconsultus *in d. l.* 36. *de verb. obl.* & dolum metumve adhibitum non impedire, quominus actio nascatur, rescriptum est in *l.* 5. *C. de inut stip.* Verum enim utique est, alterum stipulatum esse, & te promisisse, atque ita contractam verborum obligationem.

Efficax est] Per se scilicet ac vi sua, hoc est, si pura esset, neque exceptione corrigeretur. Iam autem exceptio efficit, ut ad condemnationem sit inefficax, *l. mihi interest.* 112. *de reg. iur.*

Exceptio quod metus causa] Exceptio quod metus causa in rem scripta est, *si in ea re nihil metus causa factum est* : ut non inspiciamus, an is, qui agit metus causa fecerit, sed an omnino metus causa factum sit in ea re à quocumque, non tantum ab eo, qui agit, *leg. 4. §. pen. de dol. mal. excep.*

Aut doli mali] Exceptio doli mali personam complectitur ejus, qui dolo fecit. Itaque in hac exceptione specialiter exprimendum est, de cujus dolo quis quæratur non in rem, si in ea re nihil dolo malo factum est : sed sic, *si in ea re nihil dolo malo actoris factum est l.* 1. §. 1. *d. l.* 4. §. *pen. de exc. dol. mal.*

In factum] In factum hæc exceptio dicitur nomine generali, quia variis modis accidere potest, ut error interveniat, quemadmodum & actiones, quæ proprio nomine carent, in factum appellari solent, uti illæ, quæ dantur ex contractibus innominatis, item utiles, & præcipuè subsidiariæ, de quibus explicatum §. *ult. sup. de leg. Aquil.* Et sicut ob qualitatem personæ, quæ convenitur, in factum agendum ; quo casu adversus alienos est actio de dolo : *l. non debet.* 11 § 1. *de dol.* ita agente hujusmodi persona quo casu adversus alios exciperetur de dolo in factum excipiendum est, *l.* 4 § *adversus* 16. *de dol. exc.* Opponitur autem hoc loco exceptio in factum exceptioni doli mali non generali, sed speciali, quæ nascitur ex eadem causa, ex qua actio de dolo, nempe ex dolo inter initia adhibito, *l.* 5. *C. de inut stip.* sive ut est in textu nostro, si quis dolo inductus stipulanti promiserit. Nam generalis exceptio doli, sicut cum aliis exceptionibus omnibus, ita & cum hac in factum concurrit ; quoniam datur ex omni causa ob quam id, quod petitur, exceptione elidi potest, quamvis inter initia nihil dolo factum sit. Ut in summa exceptio doli generalis toties competat, quoties actor per occasionem juris civilis æquitatem naturalem infringere conatur, *l.* 1. §. 1. *l.* 2. §. *& generaliter* 5. *l.* 4. § *pen. l.* 7. *l.* 11. *de dol. exc. leg. si quis* 36. *de ver. obl. l.* 5. *C. de pact. cum similib.*

TEXTUS.

2. *Idem juris est, si quis quasi credendi causa pecuniam à te stipulatus fuerit, neque numeraverit. Nam eam pecuniam à te petere posse eum certum est : dare enim te oportet ; quam ex stipulatione teneris. Sed quia iniquum est, eo nomine te condemnari, placet exceptione pecuniæ non numeratæ te defendi debere : cujus tempora nos (secun-*

dum quod iam superioribus libris scriptum est) constitutione nostra coarctavimus.

Notæ.

2. Cum ex stipulatione tenearis] Igitur quod Paulus respondet, te nondum obligatum esse; *leg.* 30. *de reb. cred.* de exitu intelligendum est, cum habeas exceptionem peremptoriam.

Exceptione pecuniæ non numeratæ] *l.* 2. §. 3. *dol. de dol. mal. exc.* Hinc patet exceptionem hanc non modo actioni ex chirographo opponi posse, sed etiam actioni ex stipulatu.

Constitutione nostra coarctavimus] Exceptio non numeratæ pecuniæ cum antea quinquennis esset, à Iustiniano facta est biennis, *sup. de lit. obl.*

COMMENTARIVS.

Qui quasi creditur o stipulanti pecuniam spopondit, iure civili obligatus est; sed adiuvatur exceptione non numeratæ pecuniæ, *l.* 2. §. 3. *in fin. de dol. exc.* ubi Ulp. ait, ei, qui creditur us pecuniam stipulatus est, nec credidit, etsi certa fuit causa stipulationis, quæ tamen aut non est secuta, aut finita est, nocere pecuniæ non numeratæ exceptionem. Unde patet, hanc exceptionem non tantum actioni ex chirographo, sed etiam actioni ex stipulatu opponi. Solebant quippe creditores pecuniam sæpè stipulari prius, deinde stipulationis implendæ causa adnumerare; qua ratione una ex stipulatu nascebatur obligatio, *l.* 6. §. 1. & *l. seq. de nov.*

Cuius tempora] Exceptio non numeratæ pecuniæ cum antea quinquennis esset, à Iustiniano biennis tantum facta est, *sup. tit. de lit. obl.* ubi fusè de hac exceptione disserimus.

TEXTUS.

3. *Præterea debitor si pactus fuerit cum creditore, ne à se pecunia peteretur, nihilominus obligatus manet: quia pacto convento obligationes non omnino dissoluuntur: qua de causa efficax est adversus eum actio, quam actor intendit, si paret eum dare oportere: sed quia iniquum est, contra pactionem eum condemnari, defenditur per exceptionem pacti conventi.*

Notæ.

3. Non omnino dissolvuntur] Id est, non ipso iure: nam ut pactum nudum civilem obligationem non parit, ita nec eam, quæ constituta est, ipso iure tollit, *l.* 7. §. 4. *l.* 27. §. 2. *de pact. l.* 5. *l.* 10. *l.* 13. *Cod. eod.* nisi & ipsa oriatur ex nudo consensu, & res adhuc integra sit, §. *ult. sup. quib. mod. tol. obl.*

Per exceptionem pacti] Effectuque idem consequitur iure prætorio, quod liberari ipso iure, *l.* 112. *de reg. iur.*

4. Iuraverit] Aut cum iurare paratus esset, remissum ei fuerit iusiurandum, *l.* 9. §. 1. *de iureiur.*

COMMENTARIVS.

Species exceptionum, quæ præcesserunt, iam à principio nascuntur in re contrahenda; quæ sequuntur, ex causa postea interveniente emergunt.

Nihilominus obligatus manet] Qui cum creditore pactus est, ne à se pecunia peteretur, is nihilominus ipso iure obligatus manet: nam ut pacti nudi ea vis non est, ut ullam civilem obligationem pariat, ita neceam, quæ constituta est, sive re, sive verbis, ipso iure tollere potest, *l.* 7. §. *sed cum* 4. *l. si num.* 27 §. 2. *de pact. l.* 10. & *l.* 13. *C. eod.* Plane nudi consensus obligatio, ubi res adhuc integra est, pacto convento tollitur etiam ipso iure, §. *ult sup. quib. mod. toll. obl.* ubi eius rei ratio à me exposita est.

Sed quia iniquum est] Quamvis debitor, qui pactus est, ne à se pecunia peteretur, non liberatur iure civili, liberatur tamen interventu prætoris, qui vel actionem denegat, si de pacto constet: vel si non constet, addit exceptionem, *extra quam si pactum sit, ne pecunia petatur*: quo apud iudicem datum probato, debitor absolvitur, effectuque idem consequitur, quod liberari ipso iure: eoque pertinet *leg. nihil. interest* 112. *de reg. iur.*

TEXTUS.

4. *Æquè si debitor creditore deferente iuraverit, nihil se dare oportere, adhuc obligatus permanet: sed quia iniquum est de periurio quari, defenditur per exceptionem iurisiurandi. In iis quoque actionibus, quibus in rem agitur, æquè necessaria sunt exceptiones: veluti si petitore deferente possessor iuraverit, eam rem suam esse, & nihilominus*

lominus petitor eandem rem vindicet. Licet enim verum sit, quod intendit, id est, rem ejus esse: iniquum tamen est, possessorem condemnari.

NOTÆ.

4. IURAVERIT] aut cum jurare paratus esset, remissum ei fuerit iusjurandum, *l. 9. §. 1. de iureiur.* IURAVERIT REM SUAM ESSE] Aut petitoris non esse, *l. 3. § 1. l. 11. pr. d. t.*

COMMENTARIVS.

EXceptioni pacti conventi affinis est exceptio jusjurandi: nam & iusjurandum, de quo hic quæritur, in se conventionem habet, propter quam non minus servatur, quam propter religionem, *l. sed & si. 25. & l. seq. in fin. de iureiur.*

Creditore deferente iuraverit] Verba edicti, quo prætor iusjurandum rei tuetur, hæc sunt; *Si is, cum quo agetur, conditione delata iuraverit, eius rei, de qua iusjurandum delatum fuerit, neque in ipsum, neque in eum, ad quem ea res pertinet, actionem dabo, l. 3. in pr. iunct. l. 7. de iureiur.* Ait *conditione delata*: unde intelligimus, si reus juravit nemine ei conditionem jurandi deferente, prætorem id iusjurandum non tueri, *d. l. 3.* Quod negat, se in eum, qui juraverit, actionem daturum, id sic acceptum est, ut in re certa, si prætori constet reum prius conditione delata juravisse, actio simpliciter denegetur: sin autem de eo controversia sit, ambigaturque an reus juraverit, tum locus sit exceptioni jurisjurandi, *l. 9. in pr. eod.* Neque hoc proprium est iurisjurandi, ut nonnulli putant; sed locum habet etiam in causis aliis, unde exceptiones nascuntur. Perridiculè enim juberet prætor de eo apud judicem quæri quod sibi exploratum, & inter litigatores confessum est.

Adhuc obligatus permanet] Nam jusjurandum non magis quam pactum, modus est dissolvendæ obligationis jure civili constitutæ: sed tantum naturalem obligationem tollit, *l. Stichum 95. naturalis 4. de sol.*

Quia iniquum est deperiurio quari] Dicendum potius fuerat, meo iudicio, quia jusjurandum ex conventione proficiscitur, & speciem transactionis continet, *l. 2. l. sed & si 25. & l. seq. §. ult. de iureiur.* Nam illa alia quæstio est, an exceptio iurisjurandi replicatione perjurii excludatur.

Si petitore deferente possessor iuraverit] Etiam is, qui actione in rem conventus petitore deferente juraverit exceptione iurisjurandi, si peritor eandem rem iterum vendicet, adjuvatur, *l. 3. d. tit.* sive juraverit rem suam esse, sive petitoris non esse: quanquam hoc amplius ei, qui juravit, rem suam esse, amissa possessione etiam actio in factum datur ad rem recuperandam, si is, qui jusjurandum detulit, possessionem nactus est. Cæterum adversus alium possessorem prærogativa jurisjurandi non utitur: quoniam non debet alij nocere, quod inter alios actum est, *l. 9. in fin. l. 10. l. 11. in pr. & §. 1. d. tit.*

TEXTUS.

5. Item si judicio tecum actum fuerit, sive in rem, sive in personam, nihilominus obligatio durat: & ideo ipso jure de eadem re postea adversus te agi potest: sed debes per exceptionem rei judicatæ adjuvari.

NOTÆ.

ET IDEO IPSO IURE] Non ut quisque judicio absolutus est, ita statim & ipso jure tollitur jus actoris.

COMMENTARIVS.

NOn ut quisque judicio absolutus est, ita statim & ipso jure tollitur jus actoris. Quid enim si judex perperam pronuntiaverit: Tantum propter auctoritatem rei judicatæ statur sententiæ, à qua appellarum non est: quam auctoritatem rebus judicatis dari, publica suasit utilitas, alioqui modus litium multiplicatus inexplicabilem afferret difficultatem, *l. 6. de exc. rei iud.* Comparata est autem rei judicatæ exceptio tuendi ejus rei causa, qui sententia judicis absolutus est; sive debitor sit, sive possessor: ei vero, contra quem judicatum est, hæc exceptio nunquam datur, *l. evidenter 16. eod. t.* Cui non obstat, *l. 4. C. depos.* nam qui in sortem tantum reum condemnat, vi ipsa de usuris absoluit.

Obligatio durat] Aut hoc referendum est ad actionem in personam, quoniam in rem actio non descendit ex obligatione; aut verbum obligationis contra usum veterum, qui eo in vendicationibus nunquam utuntur laxius accepit. Theophilus videtur legisse, *actio durat.* Sic enim hunc locum convertit: αἱ μὲν ἀγωγαὶ μένουσιν, eaque lectio Hotomanno & Tuningio magis probatur: in quos cur tam vehementer invehatur Christoph. Riccius in vendic. jur. præmiss. c. 19. nullam equid. m causam video.

Per exceptionem rei judicatæ] Hæc autem exceptio non aliter agenti obstat, quam si eadem quæstio inter easdem personas revocetur, *l. 3. de exc. rei. iud.* Itaque ita demum nocet, si omnia

finat eadem, idem corpus, eadem quantitas, idem jus, eadem causa petendi, eademque conditio personarum: quæ qualia sint, latè explicatur in *leg. cum quæritur. 12. seqq. eod.*

TEXTUS.

6. *Hæc exempli causa retulisse sufficiat: alioqui quam ex multis variisque causis exceptiones necessariæ sint, ex latioribus Digestorum seu Pandectarum libris intelligi potest.*

COMMENTARIVS.

IUstinianus non putavit operæ pretium, exceptiones omnes earumque causas proximas, quæ multæ & variæ sunt singulatim recensere: sed celebrioribus tantum exempli loco propositis, de reliquis jubet consuli volumen ff *lib. D. 44. tit. 1. cum seq.*

TEXTUS.

7. *Quarum quædam ex legibus, vel iis, quæ legis vicem obtinent, vel ex ipsius prætoris jurisdictione substantium capiunt.*

NOTÆ.

7. EX PRÆTORIS IURISDICTIONE] Veluti quod metus causa, de dolo, pacti, jurisjurandi, &c.

COMMENTARIVS.

HÆc exceptionum divisio sumpta est à causa efficiente remota, ut & obligationum illa in §. 1. *sup. de oblig.* & actionum §. 3. *sup. de act.*

Ex legibus] Exceptionum ex legibus propriè dictis descendentium nulla mihi occurrit. Arbitror tamen exceptionem rei judicatæ esse ex lege 12. tabularum.

Quæ legis vicem obtinent.] Intelligit Principum constitutiones & Senatusconsulta. Ex Principum constitutionibus sunt emptiones divisionis & ordinis, item præscriptiones illæ temporales quadriennii, re aliena à fisco vendita, *tit. C. de quadriennii præscr.* quinquennii adversus querelam inofficiosi testamenti: triginta annorum in actionibus personalibus, item in rebus, quæ usucapi, aut longo tempore acquiri non possunt, *l. 3. & 4. C. de præscr. trig. ann.* decem dierum in causa appellationis, &c. *auth. hodie C. appell.* Ex Senatusconsultis sunt duæ exceptio Senatusconsulti Macedoniani de pecunia filiosa credita, & exceptio Velleiani de intercessione mulieris.

TEXTUS.

8. *Appellantur autem exceptiones aliæ perpetuæ & peremptoriæ, aliæ temporales & dilatoriæ.*

COMMENTARIVS.

QUarundam exceptionum hæc vis est, ut rem, de qua agitur, perimant, atque objectæ efficiant ne amplius de ea re agi possit: aliæ vero ad tempus tantum nocent, & in id tempus duntaxat actionem differunt. Unde aliæ dictæ sunt perpetuæ & peremptoriæ aliæ temporales & dilatoriæ, *l. 2 §. ult. l. 3. hoc tit.* Est igitur hæc divisio sumpta ab effectu.

TEXTUS.

9. *Perpetuæ & peremptoriæ sunt, quæ semper agentibus obstant, & semper rem, de qua agitur, perimunt: qualis est exceptio doli mali, & quod metus causa factum est, & pacti conventi, cum ita convenerit, ut omnino pecunia peteretur.*

NOTÆ.

9. PERPETUÆ] Sic dictæ à tempore, quo effectus propositarum durat: eoque sensu etiam exceptio non numeratæ pecuniæ verè perpetua est.

DOLI MALI] Quamvis actio de dolo sit temporalis: differentiæ rationem indicat Paul. *l. 5. §. ult. de dol. mal. exc.*

ET PACTI CONVENTI] Huc etiam pertinet exceptio erroris, item jurisjurandi, rei judicatæ transactionis, non numeratæ pecuniæ, &c.

COMMENTARIVS.

1 *Perpetuæ exceptiones unde dictæ.*
2 *Exceptio dolicur perpetua, cum actio de dolo temporalis.*

QUæ semper agentibus obstant, &c.] Vis exceptionum perpetuarum & peremptoriarum quam ipsam & nomina indicant, hæc est, quod oppositæ & probatæ semper agentibus obstent, & rem, de qua agitur, perimant: unde

alibi

alibi dicuntur totius negotij cognitionem tollere,& vires principalis negotij exhaurire, *l.4.C.de prec.imp.off* non enim actionem solum, sed etiam obligationem tollunt, idque non minore cum effectu, quam si sublata esset ipso jure: ut non absre scriptum sit, nihil interesse utrum actionem quis non habeat, an eam, quæ per exceptionem perpetuam infirmetur; & pro indebito haberi id, cujus petitio ita repelli potest, *leg. nihil interest 112. de reg.jur. l. 4.§. 1.de const. pec. l. qui exceptionem 40.de cond.ind.* Dictæ igitur sunt perpetuæ non à tempore proponendi, quod quacunque judicij parte opponi possunt, ut male DD.& Mynsi. *hic num. 2.* nam & dilatoriæ quædam post litem contestatam objici possunt, ut postea ostendemus: sed à tempore, quo effectus propositarum durat; eoque sensu etiam exceptio non numeratæ pecuniæ vere perpetua est, *Bronch.2.misc.52.* Gajus sic definit, *Perpetuæ atque peremptoriæ sunt, quæ semper locum habent, nec evitare possunt, l.3. hoc tit. sc. semel oppositæ.*

Exceptio doli mali] Obiter hic notandum, exceptionem peremptoriam, quamvis nascatur ex causa,ex qua actio nata esset temporalis, non solum eo sensu perpetuam esse, quo diximus, sed etiam lapsu temporis non interire: verbi causa, actio de dolo temporalis est, exceptio autem doli perpetuo competit. Hoc ideo, quia actor in sua potestate habet, quando jure suo utatur; at in rei potestate non est,quando conveniatur, *l.5 §.ult. de dol.exc.* Secus tamen est,cum quis jus suum,intra certum tempus lege definitum per modum actionis in judicio proponere potest: quia tunc illa ratio cessat. Hinc exceptio non numeratæ pecuniæ biennio, querelæ inofficiosi quinquennio finitur,*Gomez.1.var ref.11.n.20.Costal.in l.8.§ si filius 13. de inoff. testam.*

Quod metus causa,&c.] Tres hæ exceptiones, doli mali, quod metus causa, & pacti conventi perpetui,exempli tantum causa proferuntur.Sunt enim longe plures exceptionum peremptoriarum species. Nam huc etiam pertinet exceptio erroris,item jurisjurandi, rei judicatæ, transactionis; item non numeratæ pecuniæ; liberationis legatæ,rei venditæ, quæ vendicanti objicitur, *tit. de exc. rei vend.* item Senatusconsulti Macedoniani, & Velleiani, trium conformium sententiarum; *l.un.C.ne lic.in un.ead.ca.* quam exceptionem hodie non attendunt suprema tribunalia. *Mynsi. 1. obs.15.Gail.1.obs.72.Christin.vol.4.dec.122.Imb. lib.2.inst.for.Bugnion.lib.1.leg.abrog.art.263.* denique præscriptiones omnes, quæ reo ex tempore nascuntur,& si quæ sunt aliæ,quæ rem, de qua agitur,perimunt.

TEXTUS.

10. *Temporales atque dilatoriæ sunt, quæ ad tempus nocent,& temporis dilationem tribuunt: qualis est pacti conventi,cum ita convenerit,ne intra certum tempus ageretur,veluti intra quinquennium: nam finito eo tempore non impeditur actor rem exequi. Ergo ij, quibus intra certum tempus agere volentibus objicitur exceptio aut pacti conventi,aut alia similis,differre debent actionem, & post tempus agere. Ideo enim dilatoriæ istæ exceptiones appellantur. Alioqui si intra tempus egerint,objectaque sit exceptio,neque eo judicio quicquam consequebantur propter exceptionem, neque post tempus olim agere poterant, cum temere rem in judicium deducebant & consumebant; qua ratione rem amittebant. Hodie autem non ita stricte hoc procedere volumus; sed eum,qui ante tempus pactionis vel obligationis litem inferre ausus sit, Zenoniana constitutioni subjacere censemus, quam sacratissimus legislator de iis, qui tempore plus petierint, protulit: & inducias, quas ipse actor sponte indulserit, vel quas natura actionis continet, si contempserit, in duplum habeant ij,qui talem injuriam passi sunt: & post eas finitas non aliter litem suscipiant, nisi omnes expensas litis antea acceperint: ut actores tali pœna perterriti tempora litium doceantur observare.*

NOTÆ.

10. QUÆ AD TEMPUS NOCENT] Cajus *l.3.de except. Temporales atque dilatoriæ sunt, quæ non semper locum habent,sed evitari possunt.* Quia rem differunt, dilatoriæ; quia ad tempus id faciunt, temporales appellantur.

ALIA SIMILIS] Puta quod petitæ pecuniæ dies non venit,*l.2 §.6.de eo quod cert. loc.* Hujus generis est etiam præscriptio moratoria à Principe impetrata, *l. 2. l. 4. C. de prec. Imp. off.* item exceptiones procuratoriæ, *§. ult. inf. eod.* præscriptiones fori,*l.ult. Cod. eod.* exceptiones, quæ adversus inhumanam solidi petitionem conceduntur, &c.

PROPTER EXCEPTIONEM] Nempe hanc, *cujus pecuniæ dies non venit.* Quæ erat dilatoria. Cic. 1. *de Orat.* ubi ostendit, quam pudendi lapsus in magnis oratoribus occasionem dederit hujus juris ignorantia. Pac.

ZENONIANÆ CONSTITUTIONI] Ex constitutione Zenonis actor ante tempus pactionis aut obligationis litem inferens non amplius rem consumit, sed hanc pœnam suffert, ut cogatur reliquas inducias rei conduplicare, iisque finitis non ante audiatur, quam sumptus omnes prioris litis refuderit. Non extat hæc constitutio: sed supra etiam ejus meminit Iust. §. 33. *in fin. de act.*

COMMENTARIUS.

1 *Præscriptio moratoria, & alia dilatoriarum numero.*
2 *Exceptio excussionis in dilatoria.*
3 *Dilatoria propter diem initio obligationi adjectum.*

EXceptiones temporales & dilatoriæ sunt, quæ ad tempus nocent, & in id tempus actionem differunt. Quia rem differunt dilatoriæ, quia ad tempus id faciunt, temporales appellantur. Gajus sic eas definit; *temporales atque dilatoriæ sunt, quæ non semper locum habent, sed evitari possunt, l. 3. hoc tit.*

1 *Qualis est pacti conventi, cum ita convenerit, &c.*] Hæc ab effectu appellari potest solutionis dilatoria. Cui similis est præscriptio moratoria à Principe impetrata, *l. 2. & l. 4. C. de prec. imp. off. l. in fraudem 45. §. in fiscalibus, de iur. fisc.* Solent enim principes humanitatis causa dilationem alicujus temporis indulgere debitoribus, qui fortunæ injuria facultatibus exuti, aut magnum aliquod damnum rei familiaris passi, spatium aliquod ad solvendum petunt, quo se interim tueantur adversus creditores, ne in carcerem ire aut bonis cedere cogantur. Vulgo appellant literas salvi conductus, gratiæ, securitatis. Nostrates, *Brieben van atterminatie of respht.* Qua de re consulendi *Afflict. decis. 377. & seq. Surd. decis. 301. 307. 322. Boër. decis. 96. Tess. ur. decis. 186. Rebuff. de lit. dilat. art. 1. gloss 1. num. 9. Christin. vol. 2. decis. 70. & seq. Kintschot. tract. de solut. induc.* Dilatoriarum numero sunt & exceptiones, quæ dicuntur procuratoriæ, *l. 2. §. ult. l. 3. in fin. hoc tit. §. ult. inf. eod.* item præscriptiones fori, *l. ult. Cod. eod* ut exceptio incompetentiæ, recusationis judicis. Hæ sunt, quæ vulgo appellantur judicij declinatoriæ. *Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 4. cap. 2. 3. & 4.* Dilatoriæ quoque exceptiones sunt, quæ adversus inhumanam solidi petitionem conceduntur, *leg. 16. & seqq. de re iud. §. item si 37. & se. & §. ult. sup. de act.* ubi vib. Item quæ ideo obiiciuntur, quod actione qua agitur, præjudicium fit rei majori, *tit. Cod. de ord. iud.* Item exceptio cedendarum actionum, non impleti contractus, libelli generalis & obscuri: item exceptio sub & obreptionis; quæ tamen quatenus negotium principale concernit; peremptoriis annumerari potest. *Christin. vol. 4. decis. 174. num. 5.* Denique exceptiones loci non tuti vel inhonesti, termini angusti, feriarum, & simil. de quibus late *Zanger. de except. part. 2.* Plerique etiam exceptionem divisionis dilatoriam esse statuunt: sed rectius alij ad peremptorias eam referunt. *Sichard. ad l. 10. C. de fide iuss. Broch. 2. misc. 52. Zanger. de exc. part. 3. cap. 19.* Exceptio quoque excussionis quibusdam dilatoria est, quoniam aiunt, litem tantum differt, non perimit, siquidem creditor excusso debitore potest redire ad fidejussorem sine metu hujus exceptionis. *Auth. præsente, C. de fidei. Fachin. lib. 8. cap 52. Ant. Fab. C. suo, hoc tit. def. 1.* Verum ego & hanc ad classem peremptoriarum potius referendam arbitror: nam utique actionem perimit, quod ad fidejussorem attinet, si debitor solvendo esse reperiatur. Hoc vero sufficit, ut pro perpetua & peremptoria haberi debeat, *leg. sufficit 56. de cond. ind. D. Tuld. comm. hic. cap. 6.* Aliis hæc exceptio dicitur anomala.

Aut pacti conventi aut alia similis] Pura, quod 3
pecuniæ petitæ dies non venit. Nam & cum obligatio ab initio in diem contracta est, ipso jure actio statim nascitur, ut abunde probavimus ad §. 2. *sup. de verb. obl.* sed præmature seu ante diem agens exceptione *cujus pecuniæ dies non venit*, repellebatur: & quia perperam agebat, tempore plus debito petens, *l. 2. §. qui ita 6. de eo quod cert. loc. l. un. §. ult. quand. di. usus f. leg. eod. l. liber. 118. §. 1. de verb. obl.* causæ amissione multabatur. Quæ pœna erat cujuslibet plus petitionis, *§. si quid agens 33. sup. de act.* Cæterum ex constitutione Zenonis, confirmata à Iustiniano, actor ante tempus pactionis aut obligationis litem inferens non amplius rem consumit, sed hanc pœnam suffert, ut cogatur reliquas inducias rei conduplicare, iisque finitis non ante audiatur, quam sumptus omnes prioris litis refuderit, *hoc text. in calce.* Quid hodie iuris sit, exposui ad *d. §. si quis agens.*

TEXTUS.

11. *Præterea etiam ex persona sunt dilatoriæ exceptiones, quales sunt procuratoriæ, veluti si per militem, aut mulierem, agere quis velit. Nam militibus nec pro patre, vel matre,*

matre, vel uxore, nec ex sacro rescripto, procuratorio nomine experiri conceditur. Suis vero negotiis supersedere sine offensa militaris disciplinæ possunt. Eas vero exceptiones, quæ olim procuratoribus propter infamiam vel dantis, vel ipsius procuratoris opponebantur, cum in iudiciis frequentari nullo modo perspeximus, conquiescere sancimus; ne dum de his altercatur, ipsius negotij disceptatio proteletur.

NOTÆ.

QUÆ PROCURATORIBUS PROPTER INFAMIAM] Apparet ex hoc loco olim infames neque procuratores esse, neque procuratorem dare potuisse, quanquam per se agere poterant. Paul. 1. *sent.* 1. Quint. 3. *cap.* 8.

COMMENTARIVS.

1 *Varia exceptionis dilatoriæ genera ratione obiecti.*
2 *Exceptio procuratoria quotuplex.*
3 *Liceat ne pluribus exceptionibus eiusdem rei nomine simul uti.*
4 *Usus exceptionum peremptoriarum in bonæ fidei iudiciis: in his contestationem earum non fuisse necessariam.*
5 *In strictis iudiciis initio litis contestandas.*
6 *Quid ex interpretum sententia hic receptum.*
7 *Vis exceptionum rei iudicatæ, iurisiurandi, & transactionis.*
8 *Exceptiones iuris etiam non contestatas usque ad sententiam allegari posse.*
9 *Quibus exceptionibus utiliceat etiam in executione rei iudicatæ.*
10 *Usus dilatoriarum, has regulariter inter exordia litis opponi, disceptari, &c. oportere: & hinc excipienda.*
11 *Quæ exceptiones dilatoriæ etiam post sententiam recte opponuntur.*
12 *Mores hodierni plerumque tribunalium circa usum exceptionum.*

1 EXceptionum dilatoriarum quædam tangunt negotium ipsum & causam principalem, ut exceptio pacti temporalis de non petendo, præscripto moratoria, &c. Quædam constitutionem judicij. Atque ex his quædam personam judicis, ut exceptio suspecti, & exceptio prærentionis, de qua in *l.* 7. *de iud.* item ea, quæ specialiter dicitur exceptio incompetentiæ, si videlicet apud eum agatur, cuius de ea re, de qua agitur, aut in personam, cum qua agitur, iurisdictio non est. Quædam personam adversarij, puta quod idoneam personam standi in judicio non habet, *tit. C. de his qui pers. legit. &c.* Quædam personam procuratorum, vel quia procuratores non sunt, vel quia procuratores esse non possunt; quæ dicuntur procuratoriæ, *leg.* 2. §. *ult. leg.* 3. *hoc tit.* Sed nec incommode quis dixerit, dilatorias omnes comparatas esse adversus quamcunque perversam judicij institutionem, sive quia persona judicis, aut adversarij aut procuratoris, idonea non est ad judicium exercendum; sive quia actio, quæ intenditur, non competit, aut alia prius intendi debet, ne per eam graviori causæ præiudicium fiat; & generaliter quæcunque iudicium transferunt, vel commutant in alias personas, in aliam actionem, in alium locum, in aliud tempus: unde à Cicerone *lib.* 1. *&* 2. *de invent.* appellantur translationes, & judicij commutationes.

Quales sunt procuratoria] Exceptiones procuratoriæ ex persona dilatoriæ sunt, quia rem differunt: nam qui dicit, non licere procuratorio nomine agi, non prorsus inficiatur litem, sed personam evitat, *l.* 2. *in fin hoc tit.* Exceptio autem procuratoria duplex est: nam aut omnino procurator esse negatur, veluti si dicatur mandatum non habere *l. inter quos* 39. §. *pen. de damn. inf. l. licet, Cod. de proc.* aut pupillo sine auctoritate tutoris constitutus: *l. in exceptionibus* 19. §. 2. *de prob.* aut esse non posse contenditur, veluti si miles sit, aut mulier; cuiusmodi exceptionum vix ullus hodie usus est, ut liquet ex iis, quæ *sup. ad* §. 1. *de iis per quos ag.* 2

Mulierem] Mulieres ab omnibus officiis civilibus pudor & naturalis verecundiæ ratio prohibet, *l.* 2. *de reg. iur. l.* 1. *de postul.* quamobrem nec alienam litem procuratorio aut defensorio nomine suscipere possunt, *l. neque fœmina* 54. *de proc. l. alienam* 18 *C. eod.* ubi impp. aiunt, alienam suscipere defensionem virile esse officium, & ultra sexum muliebrem. Plane alias actiones in rem suam & proprium lucrum sibi mandatas exercere non prohibentur, *l.* 4. *eod.*

Militibus nec pro patre] Milites nec pro patre quidem aut matre aut uxore, quamvis rescriptum impetraverint, procuratores esse possunt, *l* 8. §. 2. *de proc. l.* 7. *C. eod.*

Suis negotiis] *L.* 9. *C. de proc.* ubi Imp. militibus non tantum suas causas agere, verum etiam si in rem suam procuratores constituti sint, alienas actiones persequi permittit.

Propter infamiam] Apparet ex hoc loco, olim infames neque procuratores esse, neque procuratorem dare potuisse, quanquam per se agere poterant. Justinianus autem exceptiones de agentis

agentis ante procuratoris infamia quiescere jubet. Utique ubi de infamia non aperte constat, & ob id disceptatio negotij protrahenda. Operæ pretium facturus videor, si hic aliquid subjecero de recta usu exceptionum exercendarum. De eo duplex fere quæstio est; una de numero objiciendarum, altera de tempore objiciendi. De numero hoc quæritur, liceat ne pluribus exceptionibus eiusdem rei nomine simul uti. Movet exemplum plurium actionum de eadem re concurrentium, quarum constat una tantum eodem tempore experiri licere. Sed quod actori non licet, id placuit licere ei, unde petitur, ut pluribus exceptionibus, quamvis diversis, modo ne se invicem destruant, eodem tempore uti possit, hoc effectu ut si in una probanda defecerit, ad aliam recurrere non prohibeatur, *l. 5. l. 8. hoc tit. l. nemo 33. de reg. iur. cap. nullus, eod. in 6. DD. comm. in d. l. 8 Zesch. ibid. num. 4. Covar. 1. var resol. 2. num 2.* Differentiæ tario, est, quod agere actori liberum est, defendere reo non item. Non iniquum in actore lacessendi libertatem uno genere armorum circumscribere: reo vero, cui non semper sui defendendi facultas, omnia ad defendendum arma suppeditare, humanum est. De tempore objiciendæ exceptionis ita in peremptoriis jus olim fuit, ut in bonæ fidei judiciis necesse non esset exceptionem initio litis contestari, sed eam quandoque ante rem judicatam opponere liceret. Cui non obstat, quod dicitur, ultra id quod in judicium deductum est, excedere potestatem judicis non posse: nam in bonæ fidei judiciis verba ipsa judicij dari exceptionem tacite includunt, cum in his jubeatur index judicare ex æquo & bono: idque veteres significant, cum aiunt, exceptiones inesse bonæ fidei judiciis, his contineri; esti non exigatur, satis tamen per officium judicis consuli, *l. 3. de rest. vend. l. hujusmodi 84. §. qui servum delegat. 1. l. plane. 38. l. ult. de hær. pet.* In strictis vero judiciis exceptionum in principio litis nominatim contestari necesse erat, & vel à reo agnoscente intentionem actoris statim probari, vel à dubitante tamdiu præmissam, donec actor intentionem suam probasset, antequam sententia ferretur, ad disceptationem opponi Ternus clari in *l. 9. C. de præscr. long. temp. l 8. & l. 9. C. hoc tit.* Cæterum non contestatam postea objicere nego pro arbitrio licuisse. Cujus ego rei fortissimum hoc argumentum habeo. Certum est, ultra id, quod in judicium deductum est, judicis potestatem non excedere, *l. 18. comm. div.* Atqui in strictis judiciis nihil in judicium deductum intelligi potest, de quo lis non aperte contestata sit. Nam sive veterum judiciorum rationem considerare volumus, palam est, exceptiones in jure apud prætorem proponi debuisse, qui deinde formulæ eas includebat, sive moratam postea judiciorum formam, constat, eandem judicis potestatem mansisse liberam in bonæ fidei judiciis, in contrariis adstrictam iis rebus, quæ nominatim in judicium deductæ sunt, ut proinde in his nihilominus necesse fuerit exceptionem in exordio litis contestari. Atque ita sæpissimè rescriptum est, postquam jam à Diocl. *l. 1. C. de ped. ind.* sublata esset judicis dandi licentia, *l. 8. l. 9. C. hoc tit. l. 9. de præscr. long. temp.* Quibus non obstat *l. 2. C. sent. rest.* Nam omissas ibid. ex *d. l. 8. & 9. hoc tit.* accipere debemus: non quarum nulla mentio initio facta: sed quæ contestatæ postea omissæ, id est, dilatæ sunt ad probationem & disceptationem. *Don. ad d. l. 8. num. 7. Gudelin. lib. 4. cap. 8.* Cæterum pluribus suffragiis probarem, usuque receptum est, ut hujus generis exceptiones etiam non contestatæ usque ad sententiam rectè objiciantur: vid *Mynsing. obs. 24. Mevius. §. 6. num. 12. Gail. 1. obs 74. num. 13. Vesp. num. 7* quod an facilius nunc admittendum, quia disertimen judiciorum bonæ fidei & stricti juris pene sublatum est, ut alibi demonstravi. Exceptiones rei judicatæ, juris jurandi, & transactionis hoc speciale habent, quod impediant litis ingressum, modo paratam earum reus probationem habeat: unde & litis finitæ appellantur. *Christin. d. decis. num. 7. Gudelin. lib. 4. cap. 7. fol. 1.* quanquam si initio opponi non sunt ad impediendum processum, nihilominus postea opponi possunt ad justitiam causæ. *Christ. de dec. num. 18. & seq.* Scimus autem, ea, quæ de contestatione harum exceptionum diximus, dicta esse de exceptionibus factis, quibus aliquid factum esse intendimus, quod proinde & probare debemus, ut intelligitur ex *l. in exceptionibus 19 de prob.* quæ enim quæstionem facti habent, non possunt intelligi in judicium deduci, nisi facti contestatione. Diversa autem causa est exceptionum juris, id est; earum, quæ alicui conditioni ipsa personæ jure tribuuntur, qualis est exceptio divisionis epistolæ D. Hadriani fidejussoribus tributa. Nam hoc genus contestari necesse non est, sed sufficit quandoque, ante sententiam allegari, *l. 10. C. de fidejuss. & ibi D. Anton. Fab. C. sup. hoc tit. defin. 2. num. 3.* Nimirum auxilium divisionis satis sub appellatione & persona fidejussionis in judicium deduci intelligitur, cum fidejussori jure tribuatur, hoc ipso quod fidejussor est. Duæ omnino exceptiones peremptoriæ sunt, quas non solum necesse non est initio litis contestari, sed quibus etiam non allegatis utiliter in executione rei judicatæ, nempe exceptio Senatusconsulti Macedoniani & Velleiani, *l. 31. §. C. Mac.* Id quod mirum videri non debet placuisse in his exceptionibus, quæ publica utilitatis causa maxime introductæ sunt. DD. nostri etiam plures hujus generis referunt in *l. 1. C. de*

ex

re iud. l. 1. Cod. de iur. & fact. ign. Gail. 1. *obs.* 113. *num.* 5. *& seqq. Zas. in l. 2. hoc tit. num.* 16. *Marant. part.* 2. *memb.* 9. *num.* 18. *Merul. lib.* 4. *distinct.* 4. *sect.* 3. *tit.* 4 *cap.* 14. Exceptiones dilatoriæ, cujuscunque eæ generis sunt, si paucas dempseris, inter exordia litis, hoc est, ante litem contestatam, opponi debent. Quin & disceptari, & probari & decidi, *l. pen. & ult. C. hoc tit.* Excipitur dilatoria
10 solutionis, non defugiendi judicij, sed solutionis differendæ gratia objecta; seu, ut vulgo loquuntur, non ad impediendum processum, sed ad merita causæ opposita, cujus initio contestatæ probatio demum à reo exigitur, postquam actor intentionem suam probavit; quo refero *l. exceptionem* 19. *C. de probat. cum Gudelin. lib.* 4 *cap.* 7. *sect.* 1. Sed & si quæ hujus generis demum post litem contestatam nata sit, veluti si novæ causæ postea emerserint, ob quas judicem tanquam suspectum recusare liceat, non est ambigendum, quin hujusmodi exceptio post cœptum judicium obiici possit, *cap.* 15. *de off. deleg. Sichard. ad l.* 13. *Cod. de proc. num.* 5. quanquam in privilegio fori superveniente hoc locum non habet, *l.* 7. *de judic.* Idem juris esse interp. nostri volunt, si exceptio gravamen successivum, ut loquuntur, habet: cujusmodi est exceptio loci non tuti vel suspecti. *Mynsi.* 2 *obs.* 74. *Gail.* 1. *obs.* 52. *num.* 3. *Schard. d. loc. num.* 6. Item si reus exceptionem sibi competere in facto errans ignoraverit, *cap.* 4. *de hoc tit. Covar.*
11 *pr. quæst.* 26. *num.* 2. Illud certum est, exceptiones dilatorias, quæ adversus inhumanam solidi petitionem comparatæ sunt, non solum post litem contestatam ante sententiam obiici posse, sed etiam post rem judicatam in ipsa executione, *l.* 15. *l.* 17. *§. ult. sol. matr. l. item* 18. *l. Nesennius* 41. *§. ult. de re iud.* Rationem reddunt, quia hoc genus exceptionis non impugnat sententiam, sed moderatur vires judicati. Idem obtinet & in exceptione restitutionis, *l. divus* 33. *de re jud.* & in exceptione cedendarum actionum, *l. si filei.* 41. *§.* 1. *de fideiuss.* Item in exceptione non impleti contractus, veluti pretij non soluti. De qua DD. in *l.* 1. *C. de iur. & fact. ign. Gail.* 2. *obs.* 27. *Zang. de exc. part.* 3 *cap.* 28. *num* 88. Tantundem dixero, si exceptio judicium retro reddat nullum, qualis est exceptio falsi procuratoris, *l. licet* 24. *C. de proc.*
12 si modo hæc vera exceptio. Moribus multorum tribunalium nunc ita comparatum est, ut reus omnes exceptiones, quas habet, simul & coniunctim initio litis proponere debeat, peremptorias-que una cum dilatoriis. Quod vocant procedere ad omnes fines. Cæterum protestari consuevit reus se hac exceptionum cumulatione nihil damni habituruni, sed ex illis defensionem recte atque ordine velle tribui. *Damhoud. prax. civ. cap.* 139. *Imbert. inst. for. lib.* 1. *cap.* 51. *Mynsi.* 5. *obs.* 89. *Merul. l.* 6. 4. *dist.* 4. *sect.* 3. *tit.* 4. *cap.* 1. *Christin. vol.* 4. *decis.* 174. *n.* 15. *Gudelin. lib.* 14. *c.* 7. *sect.* 1. *& cap.* 8. *sect.* 1. *in fin.* ubi etiam docet, quam rationem hoc institutum habeat, nimirum ut cunctis rei defensionibus initio allegatis, judex ex iis statum causæ eliciat. Variatur enim status causæ, cum intentione actoris probata exceptio postea opponitur. Et quid opus est actorem longum, tempus magnosque labores & sumptus probandæ intentioni quæ impendisse, si ea exceptio tandem obiiciatur, quæ initio objecta eum statim à lite retraxisset? Tres tamen sunt exceptiones, quæ in tribunalibus nostris solæ & per se proponi possunt, exceptio declinatoria fori, litis pendentiæ, & litis finitæ, iuncta *instruct. Cur. Hess. art.* 88. *iunct. art.* 10. *Ampliat. & art.* 12. *ord. Iust. Groëneuv. d. ll. abrog. ad hoc tit. Inst.*

TITULUS. XIV.

De Replicationibus.

Replicatio quid sit.

VT exceptio actorem excludit, ita replicatio reum, *l.* 2. *§.* 2. *de exc.* eique nihil aliud replicatio, quam secunda actoris allegatio ad firmandum actionem suam adversus exceptionem à reo oppositam. Itaque & replicatio quædam exceptio est, sed quæ à parte actoris venit, *d. l.* 2. *§.* 1. unde à Paulo dicitur contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio, *l. exceptio* 22. *§* 1. *eod.* quanquam proprie exceptio appellatur ea defensio, qua reus utitur ad excludendam actionem.

TEXTUS.

Interdum evenit, ut exceptio, quæ prima facie Iusta videtur, tamen inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus est, adjuvandi actoris gratia: quæ replicatio vocatur; quia per eam replicatur atque resolvitur jus exceptionis. Veluti cum pactus est aliquis cum debitore suo, ne ab eo pecuniam petat, deinde postea in contrarium pacti sunt, id est, ut creditori petere liceat: si creditor agat, & excipiat debitor, ut ita demum condemnetur, si non convenerit, ne eam pecuniam creditor petat, nocet ei exceptio: convenit enim ita. Namque nihilominus hoc verum manet licet postea in contra-

rium pacti sint. Sed quia iniquum est, creditorem excludi, replicatio ei dabitur ex posteriore pacto convento.

NOTÆ.

QUÆ PRIMA FACILE IUSTA] κατὰ τὸ ἀκριβὲς, secundum ius strictum: iniqua autem, si ex æquitate putetur.

ADIUVANDI ACTORIS GRATIA] Exceptio est subsidium rei, replicatio actoris, *l. 7. l. 10. C. de except. l. 2. §. 2, D. eod.*

REPLICATIO VOCATUR] Quæ & in ipsa quædam exceptio est, sed quæ à parte actoris venit, *d. l. 2. §. 2.*

RESOLVITUR IUS EXCEPTIONIS] Theoph. ἀναλύεται ἡ τῆς παραγραφῆς ἰσχύς, *vis exceptionis resolvitur.*

NOCET EI EXCEPTIO] Quia pactum prius per posterius non tollitur ipso iure, sicut stipulatio per stipulationem, si hoc actum est. Quia in stipulationibus ius continetur, in pactis factum versatur, *l. 27. § 2. depact.* id est, quia pacto non liberamur nisi contestatione pacti: at per stipulationem novantem, per stipulationem Aquilianam & subsecutam acceptilationem etiam sine aliqua defensionis contestatione.

COMMENTARIUS.

1 *Explicatur l. si unus 27. §. 2. de pact. & conciliatur cum l. Stichum 95. §. naturalis 4. de solut.*

CUm exceptio in speciem iusta, revera iniqua est, opus est alia defensione adiuvandi actoris gratia. Ut ecce. Creditor, qui decem mutuo dederat, pactus est cum debitore, ut ab eo peteret: Postea cum quereretur creditor, nullam fuisse causam debiti remittendi, obtinuit, ut nova conventio interponeretur, qua placeret, rursus ei petere licere. Hic si creditor agat, & excipiat debitor, obstabit agenti exceptio: nam prius pactum non tollitur per posterius ipso iure, sicut stipulatio per stipulationem, si hoc actum sit, puta si novandi animo posterior interposita sit, *leg. si unus 27. §. 2. de pact.* Cæterum quia iniquum est, creditorem excludi, alia defensione adiuvatur ex posteriore pacto convento, quæ exceptioni oppositæ eam elidat, & nostris replicatio dicitur, propterea quod per eam replicatur & resolvitur ius exceptionis, *hoc text. l. 2. §. 1. & 2. eod.* Theophilus reddidit, ἀναλύεται ἡ τῆς παραγραφῆς ἰσχύς. *Vis exceptionis resolvitur.* Rhetores firmamentum appellant. Nam definitore Cicerone *in partit. Firmamentum est, quod ad labefactandam rationem* (ea nostris est *exceptio*) *refertur.* At enim, inquis, obligatio naturalis ipso iure per pactum tollitur, *l. Stichum 95. §. naturalis 4. de solut.* cui consequens videtur, quod pacti etiam hæc vis sit, ut ipso iure obligationem priorem reponat in pristinum statum, perinde ac si pactum prius interpositum non fuisset. Minime, inquam: nam cum non obstante priore pacto de non petendo obligatio & actio ipso jure adhuc competat, fieri nequit, ut exceptio debitori priore pacto quæsita posteriore pacto ita tollatur, ut ea agenti creditori in judicio opponi non possit. Atque hoc significat Iurisconsultus in *d. l. unus 27. §. 2. de pact.* cum ait, in pactis factum versari. Antea dixerat, in stipulationibus ius contineri, Air, *In pactis factum versatur*; id est, ut ego interpretor, pacta quidem nobis prosunt ad liberationem, sed facto nostro, si quis initio litis pactum sit contestatus, eiusque pacti exceptionem in judicium deduxerit. Hæc enim contestatio & defensio cum in facto rei posita sit, recte dicitur, in pactis factum ad liberationem versari eademque hic exceptionis & replicationis ratio. *In stipulationibus*, inquit, *ius continetur*: id est, per stipulationem novantem, per Aquilianam eamque secutam acceptilationem, hoc assequimur, ut ipse iure liberemur, non facto alieno nostro, id est, non defensionis contestatione, aut acceptilationis exceptione & obiectione. Huc pertinet, quod idem Iurisconsultus *leg. qui servum 34. §. 1. de obl. & act.* scribit, eum, qui rem sibi commodatam surripuerit, teneri quidem & commodati actione & condictione, sed alteram actionem per alteram perimi aut ipso iure aut per exceptionem. Significat enim cum quis ipso iure liberatus est, posse eum tuto negare se debere; & quamvis exceptionem in iudicio proponat, absolvi debere, si ex pristina actione solvisse se, quandoque, apud judicem doceat. Si vero per exceptionem actio tollatur, non debere reum negare se teneri: sed cum hoc confessus fuerit, eius quod præcesserit, exceptionem opponere posse, per quam consequatur idem, ne teneatur. Hoc vero inquit facere est rutius; quia sc. dubitari possit, an eo modo prior actio sublata sit iure, *add. Cujac. & Ant. Fab. ad d. l. 27. §. 2. de pact. Don. ad l. 5. C. eod. Bachou. de pact. cap. de eff. pact. lib.*

TEXTUS.

1. *Rursus interdum evenit, ut replicatio, quæ prima facie justa est, inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus est, adiuvandi rei gratia; quæ duplicatio vocatur*

2. *Et*

2. Et si rursus ea prima facie justa videatur, sed propter aliquam causam actori inique noceat, rursus alia allegatione opus est, qua actor adjuvetur; quæ dicitur triplicatio.

3. Quarum omnium exceptionum usum interdum ulterius, quam diximus, varietas negotiorum introducit, quas omnes apertius ex Digestorum latiore volumine facile est cognoscere.

NOTÆ.

1. QUÆ PRIMA FACIE IUSTA] Si replicatio & ipsa prima fronte justa, revera autem iniqua sit, contra eam datur duplicatio, *l.* 2. §. 3. *de excepr.*

2. QUÆ DICITUR TRIPLICATIO] Quæ actoris gratia comparata, adversus iniquam duplicationem rei, *d. l.* 2. §. 3.

3. INTERDUM LONGIUS EXTENDITUR] Et sic nomina multiplicantur, quoties vel actor, vel reus objicit, allegationumque modus ultro citroque est infinitus, *d. l.* 2. §. 3.

COMMENTARIUS.

1 *Hodie ultra duplicationem non procedi nisi ex gravi causa: nec in statu juridiciali exceptionum aut replicationum usum esse.*

SI replicatio & ipsa prima fronte justa, revera autem iniqua sit, contra eam datur reo duplicatio: & rursus contra duplicationem actori triplicatio: & sic deinceps nomina multiplicantur, quoties vel actor vel reus objicit, allegationumque ultro citroque modus est infinitus, *l.* 2. §. 3. *hoc tit.* Verum hanc licentiam posteritas merito refrænandam putavit, ne modus allegationum nimium multiplicatus non tam explicet causam, quam implicet. Itaque hodie in bene constitutis Curiis placet, non procedi ultra duplicationem; nisi ex gravi causa judex aliter decernat, puta ob novi, & ad statum causæ pertinentis facti allegationem. *Vid. Ordin. Cam. Imp. p.* 3. *tit.* 20. *Imbert.* 1. *Inst. for.* 36. *Ampliat. Instr. Cur. Holland. art.* 12. *D. Tuld. in comm. ad hunc tit. c* 1. & 2. ubi exemplo hanc rem illustrans ostendit, cur necesse non sit ultra duplicationem progredi. Concessa autem ex causa actori triplicatione, reo simul concessa intelligitur quadruplicatio, & ita deinceps. *Merul. lib.* 4. *dist.* 4 *sect.* 3. *tit.* 10. *cap.* 1. In statu causæ juridiciali exceptionibus aut replicationibus non utimur: sed judex *appoinctcert partyen te schriiven bymemorien en advertissement en vanrechten*, &c. In statu conjecturali *appoinctcert acten te maecken, en daer van te dienen, indien geen productie van noode is, oste in seyten contrarie, indien productie vereyscht wverdt. Ende wvordt in veyde geschreven wyeysch, antwvordt, repliicq, dupliicq. wy intervale van tiidt, sonder meer. Merul. d. dist.* 4. *sect.* 4. *tit.* 10. & *seq.*

TEXTUS.

4. *Exceptiones autem, quibus debitor defenditur, plerumque accommodari solent etiam fidejussoribus ejus: & recte: quia quod ab iis petitur, id ab ipso debitore peti videtur: quia mandati judicio redditurus est eis, quod ei pro eo solverint. Qua ratione & si de non petenda pecunia pactus quis cum eo fuerit, placuit, perinde succurrendum esse per exceptionem pacti conventi illis quoque, qui pro eo obligati sunt, ac si etiam cum ipsis pactus esset, ne ab eis pecunia peteretur. Sane quædam exceptiones non solent his accommodari. Ecce enim debitor, si bonis suis cesserit, & cum eo creditor experiatur, defenditur per exceptionem, si bonis cesserit. Sed hæc exceptio fidejussoribus non datur: ideo scilicet, quia qui alios pro debitore obligat, hoc maxime prospicit, ut cum facultatibus lapsus fuerit debitor, possit ab iis, quos pro eo obligavit, suum consequi.*

NOTÆ.

4. ETIAM FIDE IUSSORIBUS] Et hæredibus: nimirum quia causæ seu rei cohærent, quales rei judicatæ, doli mali, juris jurandi, quod metus causa pacti in rem. SCtorum Velleiani & Macedoniani, *l.* 7. §. 1. *l.* 19. *de except. l.* 17. § 5. *cum aliquot ll. seqq. de pact. l.* 32. *de fidejuss. l.* 9. *exc. rei jud. l.* 7. *cum seq. de jurejur. l.* 9. §. *pen. de SC. Mac. leg.* 16. § 11. *ad Vell.*

AB IPSO DEBITORE PETI VIDETUR] τῷ δυνάμει scilicet, ut Vlp. *l.* 29. *de recept. arb.*

QUIA MANDATI IUDICIO] §. *antep. sup. de fide-juss. l.* 14. *C. eod.* Iraque nisi & fidejussori profit exceptio, ne reo quidem proderit.

DE NON PETENDA PECUNIA] Nisi nominatim id actum, ne à solo debitore petatur, *l.* 22. *l.* 1. 5. §. 1. *de pact.*

QUÆDAM EXCEPTIONES NON SOLENT, &c.] Nempe quæ personæ cujusque cohærent, *l. 7. de except.* Exempla pete ex *l. 12. & l. seq. sol. matr. l. 24. l. 25. de re jud. l. 22. l. 25. §. 1. de pact.*

PER EXCEPTIONEM, NISI BONIS CESSERIT] Debitor, qui bonis cessit, si iterum conveniatur, tueri se potest exceptione cessionis bonorum: & si postea iterum aliquid, quod alicujus momenti sit, acquisierit, tenetur in id tantum, quod facere potest, *leg. 4. & pass. de cess. bonor.* Hæc autem exceptio cum personalis sit, uti & cæteræ, quæ adversus solidi petitionem conceduntur, ad alios non transit, *l. 7. de except.* vid. *sup. §. ult. de act.*

COMMENTARIVS.

1 *Quæ exceptiones ad alios transeant, aut non transeant.*
2 *Exceptio lasionis ex causa ætatis cujus generis.*

UTrum exceptio, quæ debitori competit, ad alios, puta hæredes, fidejussores, transeat, nec ne, ex genere exceptionis definiendum est. Nam quædam exceptiones in rem sunt, quædam in personam, sive, quod idem est, quædam causæ seu rei, quædam personæ cujusque cohærent. Rei cohærentes exceptiones, sunt, veluti rei judicatæ, doli mali, jurisjurandi, quod metus causa, pacti conventi in rem, Senatusconsultorum Velleiani & Macedoniani, &c. *l. 7. §. 1. hoc tit.* Personæ cohærent, exceptio pacti, quo nominatim convenit, ne à solo debitore peteretur, *leg. nisi 22. de pact.* ne quis ultra quam facere potest, conveniatur, *d. l. 7. in pr.* item præscriptio moratoria, utpote beneficium Principis personale, *l. 1. §. 2. de const. Princ. l. privilegia 195. de reg. jur.* Primi generis exceptiones etiam successoribus & fidejussoribus, reliquisque accessionibus dantur, *d. l. 7. §. 1. l. omnes 19. hoc tit. de except. l. si tibi 17. § pactum 5. cum aliquot ll. seqq. de pact. l. ex persona 32. fidejuss. l. 9. §. ult. l. si is 25. §. ult. de exc. rei jud. l. 7. cum seq. de jure jur. l. 9. §. pen. de sen. Mac. l. 16. §. 1. ad sen. Velli. l. 8. C. de non num. pec. l. emptori 28. C. de evict.* Secundi generis personam debitoris non egrediuntur, *l. 12. & l. seq. sol. matr. l. etsi 24. cum seq. de re jud. l. nisi 22. l. idem 25. §. 1. de pact. cum similibus.*

Quis mandati judicio] Hæc ratio est, ob quam placet, exceptionem, quam reus habet, etiam fidejussori prodesse, nimirum quia alioqui nec ipsi reo profutura esset; quippe à quo fidejussor, quod solvit, judicio mandati repetere potest, §. *si quid sup. de fidejuss. l. mandati 14. C. eod.* Hinc quod à fidejussore petitur, τῇ δυνάμει à reo exigi, scribit Ulpian. *l. adversus 29. de recept. arb.* Quod si nulla sit mandati actio; puta si donandi animo fidejusserit, exceptio reo competens fidejussori non proderit, *l. quod dictum 31 de pact. l. 9. §. pen. de sen. Mac.*

Si de non petenda pecunia] Nisi nominatim id actum, ne à solo debitore peteretur, non etiam à fidejussoribus: nam tale pactum, quia personale est, ad fidejussorem non pertinet, quemadmodum nec ad hæredem, *l. nisi 22. l. idem 25. §. 1. de pact.* Putarem tamen, hodie etiam tale pactum fidejussori prodesse debere propter beneficium ordinis novissimo jure fidejussoribus tributum, quod alioqui facile per collusionem reorum eis auferri posset. Hoc & D. Cujacius in *d. l. 22.*

Debitor si bonis suis cesserit] Debitor, qui creditori suo bonis cessit, si iterum conveniatur, tueri se potest exceptione cessionis bonorum; neque tenetur, nisi quid alicujus momenti postmodum acquisierit: quo tamen casu adhuc in solidum conventus exceptionem competentiæ habet, ne ultra quam facere possit, condemnetur, *l. 4. & pass. de cess. bon.* Hæc autem exceptio, uti & cæteræ omnes, quæ adversus solidi petitionem comparatæ sunt, personalis est, non causæ, sed personæ cohærens: & ideo ad alios non transit, *l. 7. pr. de except.* De quo plura *sub §. ult. de act.*

Qui alios pro debitore obligat] Cum fidejussor suam personam, tanquam magis idoneam, substituat pro persona debitoris principalis, merito arcetur ab iis defensionibus, quæ propriæ sunt personæ rei, & specialiter tribuuntur. Exceptio læ- 2
sionis ex causa ætatis, quæ minori in integrum restitutio datur, mixti generis esse videtur, & partim pro beneficio causæ habenda, quia etiam hæredibus minoris datur, etsi ipsi sint majores, *l. 6. de restit. integ. l. minor 18. §. ult. de minor.* partim pro beneficio personæ, quia denegatur fidejussoribus ejus, *l. in causa 13. pr. eod. l. 7. in fin. de except. l. 1. l. 2. C. de fidei. min.* nisi forte salva sit creditori judicii in alium translatio, *l. minor 51. de procur. add. Myns. 4. obs. 18. Maurit. tract. de rest. in int. c. 13. Gomez. 2. rel. c. 14. num. 6. & 9.* Plane, si quis pro minore dolo adversarii circumvento intervenerit, ex hac causa quæ minori competit exceptio, ea pro beneficio causæ omni ex parte habetur, ut etiam prosit fidejussori. Nec mirum, cum etiam majoribus ex eadem causa eadem exceptio detur, *d. l. 7. §. 1. de except. l. ult. C. de fidei. min. Maurit. cap. 14. Odd. tract. de rest. in int. 1. quæst. 48. Duar. ad d. tit. C.*

TITULUS.

TITULUS XV.

De Interdictis.

Ratio ordinis, & summa tituli.

POstquam de actionibus earumque ordine, progressu, & cum exceptionibus congressu dictum est, non inconvenienter subjicitur tractatio de interdictis; quippe quæ & ipsa actionum instar obtinent, & si vim eorum ac potestatem spectes, id est, quod ijs consequi volumus, re ipsa actiones sunt: nude & actionis verbo contineri dicuntur, *l. actionis* 37. *de obl. & actionibus.* Denique & olim ex causa interdicti adversus non parentem actio dabatur, & postea ambagibus interdictorum sublatis placuit, ut recta & protinus actio possessoria proponeretur, *l. pen. & ult. C. hoc tit.* Unde & Compositores titulum ff inscripserunt, *De interdictis sive extraordinariis actionibus*, &c. Docemur primum hoc titulo, quid sit interdictum, & quæ ratio nominis; deinde variæ traduntur divisiones, quæ genera, eorumque species ostendunt.

TEXTUS.

Sequitur, ut dispiciamus de interdictis, seu actionibus, quæ pro his exercentur. Erant autem interdicta formæ atque conceptiones verborum, quibus prætor jubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat, quod tunc maximè fiebat, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contendebatur.

NOTÆ.

INTERDICTIS SEU ACTIONIBUS QUÆ PRO HIS, &c.] Tempore Justiniani loco interdictorum actiones recta introducebantur, §. *ult. inf. h. t.*

FORMÆ ATQUE CONCEPTIONES VERBORUM] Quod ex singulis ferè titulis libri 43. ff. cuivis licet animadvertere.

MAXIME CUM DE POSSESSIONE] Ait *maximè*, quia quædam interdicta proprietatis aut quasi proprietatis causam continent: vid. *l. 2. §. 2 h. t. l. 3. §. 11. cum seqq. de itin. act. priv.* Ideo autem de causa possessionis potissimum interdicta proposita, ut hujusmodi controversiæ, in quibus ut plurimum ultra jurgium procedituur, & manibus non temperatur; quam celerrimè componerentur, *l. 13. §. 3. de usufr.*

QUASI POSSESSIONE] Rerum scil. incorporalium, pura ususfructus & servitutum, quæ quasi possideri dicuntur, *l. 18. §. 1. de har. pet. l. 23 §. 3. ex quib. ea. mai.*

COMMENTARIUS.

1 *Quid sit interdictum juxta veterem formulam & quid hodie: observatur error Theophili.*
2 *Quæ interdicta causam proprietatis aut quasi contineant.*
3 *Cur potissimum de possessione proposita.*

Seu actionibus, quæ pro his exercentur] Nam tempore Justiniani necesse non erat interdictum reddi & impetrari, sed loco interdictorum actiones recta introducebantur, ut docet §. *ult. hujus tituli.*

Formæ atque conceptiones verborum] Interdicta certis verborum formulis constabant: id quod ex singulis ferè titulis libri 43. ff. cuivis licet animadvertere. Itaque interdictum, si veterem formulam spectemus, sic rectè definietur. Decretum Prætoris certis verbis conceptum, quo in causis possessionum vel quasi possessionum jubebat aliquid fieri, aut vetabat, prout id rei, de qua agebatur, conveniebat. Nam alias peritur, ut possessio restituatur, aut res exhibeatur: hic prætor restitui aut exhiberi jubebat. Alias qui tenet aut ea fruitur, périt, ne sibi tenenti aut fruenti vis fiat: hanc prætor fieri vetabat. 1

Aut jubebat aliquid fieri] Sine constitutione judicii. Nam prætor ad postulationem interdictum petentis adversario ad se vocato sine forma judicii interdictum reddebat, certa verborum formula jubens aut vetans aliquid fieri. Quod si interdicto paritum non esset, tum aut manu ministrorum decretum suum exequebatur, aut civilius ex causa interdicti actionem & judicium dabat, *l. 1. §. 2. si vent. nom. mul. l. 3. pr. ne vis fiat ei, qui in poss.* Totoque judicio fallitur Theophilus, interdictum definiens enuntiatum prætoris non decidens hypothesin, sed quomodo de ea judicandum sit, judicem informans. Postea placuit actionem sine isto circuitu recta proponi; ut hodie interdicta nihil aliud sint, quam actiones, quibus de possessione discrepatur.

Tunc maximè cum de possessione] Ait, *maximè*: quia quædam interdicta proprietatis aut quasi proprietatis causam continent; veluti de itinere actuque privato, de aqua quotidiana & æstiva, de locis sacris & religiosis, *l. 2. §. 2. hic t. l. 3. §. ait. 11. tum §§ seqq. de itin. actuque priv. l. 1. §. ult. de aq. cott. & æst.* quanquam hæc non ideo dicuntur causam proprietatis continere, quod non sint de possessione aut usu rei tuendo: sed quia cum sine

de his rebus principaliter per consequentiam adjunctam habent causam proprietatis, aut velut proprietatis, dum placet eum vincere in hoc usu, qui jus de cujus usu agitur, ad se pertinere ostenderit, *d. l. 3. hoc autem 13. Don. ad hunc tit. C. n. 6. Tuld. n. 2.* Et hoc est, quod dicitur in *d. l. 1. §. ult.* in hujusmodi interdictis totam quæstionem finiri, id est, & possessionis & proprietatis; cum illa, quæ sunt de sola possessione vel quasi possessione, tantum sint præparatoria, & ubi desierunt, incipiat secunda actio, *l. ult. C. quor. bon.* quæ & principalis dicitur in *l. nulli. C. de judic.* Ideo autem de causa possessionis potissimum interdicta proposita fuisse videntur, ut hujusmodi controversiæ quã celerrimè imperio prætoris transigerentur, ne in pacata & libera civitate, dum unusquisque possessionem rei sibi asserere conatur, vis interim fiat: quod cum in causis proprietatis, ubi de possessore jam constat, non mutuatur, illarum cognitio sine periculo ad privatos judices delegari potest: quam etiam ob causam nunc ferè suprema tribunalia in prima instantia de causis possessionum cognoscunt, *Cail. 1. obs. 5. uti apud nos curia Provincialis art. 39. & seqq. Instr. Cur. Holl.* aut supremus Senatus *art. 19. supr. senat.* Sed & pleraque interdicta de iis rebus competunt, quarum nulla proprietas est, sed usus tantum, quædam velut possessio privatorum; nempe de locis sacris, religiosis, publicis, hominibus liberis, *l. 1. pr. hoc tit.* & exponuntur singulis tit. seorsum.

TEXTUS.

1. *Summa autem divisio interdictorum hæc est, quod aut prohibitoria sunt, aut restitutoria, aut exhibitoria. Prohibitoria sunt quibus prætor vetat aliquid fieri; veluti vim sine vitio possidenti, vel mortuum inferenti, quo ei ius erat inferendi; vel in sacro loco ædificari, vel in flumine publico ripave ejus aliquid fieri, quo peius navigetur. Restitutoria sunt, quibus restitui aliquid iubet: veluti bonorum possessori possessionem eorum, quæ quis pro hærede, aut pro possessore possidet ex ea hæreditate: aut eum iubet ei, qui vi de possessione dejectus sit, restitui possessionem. Exhibitoria sunt, per quæ jubet exhiberi; veluti eum, cuius de libertate agitur, aut libertum, cui patronus operas indicere velit: aut parenti liberos, qui in potestate eius sunt. Sunt tamen qui putent, interdicta ea propriè vocari, quæ prohibitoria sunt, quia interdicere sit denuntiare & prohibere: restitutoria autem & exhibitoria propriè decreta vocari. Sed tamen obtinuit, omnia interdicta appellari, quia inter duos dicuntur.*

NOTÆ.

1. SUMMA DIVISIO] Ex Vlp. *l. 1. §. 1. hoc tit.*

SINE VITIO POSSIDENTI] Id est, nec vi, nec clam, nec precario. Intelligit autem interdictum *uti possidetis*, de quo *inf. §. 4.*

VEL MORTUUM INFERENTI, &c. Vid. *l. 1. de mort. inf. l. 1. & pass. ne quid in loc. sacr. l. 1. de flum.*

COMMENTARIUS.

DIvisio interdictorum, quæ hic proponitur, à forma ducitur, complectiturque genera omnia interdictorum, tam quæ de rebus divinis, aliisque commercio hominum exemptis, proposita sunt, quam quæ de rebus privatis. Vlpian. *l. 1. §. 1. hoc tit.* addit, quædam interdicta & mixta esse, quæ & prohibitoria sint & restitutoria. In quo genere est interdictum, ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit, *l. 3. §. 2. eo tit.* item interdictum de liberis exhibendis & ducendis, *l. 3. §. 1. illo tit. vid. Cuiac. 4. obs. 11.*

Vetat aliquid fieri] Vnde in formulis edictorum prohibitoriorum prætorem passim usurpare videmus verbum *veto*.

Vim sine vitio possidenti] Intelligit interdictum *Vti possidetis*: quod plenius explicabitur, *§. retinendæ inf. eod. Sine vitio possidenti*, id est, nec vi, nec clam, nec precario possidenti ab adversatio: nam alias etiam vitiosum possessorem interdictum tuetur, *l. 1. §. ult. uti possid.*

Mortuum inferenti] Significat interdum de mortuo inferendo quod in aliorum ordinem sub *lib. 43. ff.* non refertur: sed *tit ult. lib. 11.* his verbis, *Quo quave illi mortuum inferre invito te jus est, quominus illi eo eave mortuum inferre & ibi sepelire liceat, vim fieri veto.*

In loco sacro ædificari] De quo in *l. 1. & passim, ne quid in loc. sacro.*

In flumine publico] De quo sub *tit. de fluminib. & tit. ne quid in flum. publ.*

Restitutoria, quibus restitui] Qua de causa ita semper concepta sunt, ut verbum *restituas* addatur, *l. 1. quor. bon. l. 1. quod vi aut clam. l. 2. de precar.*

Bonorum possessori] Significat interdictum *quorum bonorum*. de quo copiosius explicabitur *§. proximo.*

Qui vi de possessione] Vnde apparet, significari interdictum *unde vi §. 6. inf.* cui explicando alius item locus infra destinatus est.

Exhibi

Exhibitoria, per quæ iubet exhiberi] Quapropter verbum *exhibeat* in his addi solet, *l. 1. de tab. exhib. l. 1. de hom. lib. exhib. l. 1. de lib. exhib.* Inter actionem ad exhibendum & interdicta exhibitoria hoc principaliter interest, quod hæc tantum ad causam possessionis pertinent, illa iis ferè datur, qui de proprietate litigaturi sunt, *l. 1. ad exhib.* Quod vero nonnulli aiunt, actionem ad exhibendum competere de eo, quod privatim cuiusque interest, interdicta autem hæc magis publicam causam spectare, id non esse perpetuum, ostendit interdictum de tabulis exhibendis.

De cuius libertate] Significatur interdictum de homine libero exhibendo; quod tuendæ libertatis causa propositum est, ne videlicet homines liberi à quoque retineantur, *l. 1. de hom. lib. exhib.*

Cui patronus operas] Quam ad rem comparatum idem edictum *de hom. lib. exhib.*

Aut parenti liberos] Cuius rei causa propositum interdictum sub *tit. de lib. exhib.*

Propriè interdicta vocari, quæ prohibitoria] Atque hoc quoque mihi admodum verisimile videtur: nam interdicere omnibus Latinè loquentibus idem est, quod vetare, prohibere: ut existimandum sit, ex productione & quasi abusione eius verbi esse, quod decreta quoque restitutoria & exhibitoria interdicta appellata sint.

Quia inter duos dicuntur] Hoc plane ineptum videtur. Proinde *Alciat. in l. pecunia* 178. *de verb. sign.* pro his verbis, *inter duos dicuntur*, reponit *interim dicuntur.* Quæ alluſio naturæ rei non malè convenit: nam interdicta totam litem non perimunt, sed tantum possessorem interim dicunt, quoad quæstio principalis de proprietate, de qua adhuc cognoscendum est, terminetur, *l. 3. C. hoc tit. l. 2. in fin. C. ubi in rem act. l. 13. C. de rei vend.* Isidorus quoque & Anianus ad Paul. *lib. 5. sent.* interdictum definiunt sententiam interim dictam *add. Covar. pract. quæst. 17.*

TEXTUS.

2. *Sequens divisio interdictorum hæc est, quod quædam adipiscendæ possessionis causa comparata sunt, quædam, retinendæ, quædam recuperandæ.*

NOTÆ.

2. SEQUENS DIVISIO] Ex Paulo *l. 2. §. ult. h. t.* Superior à forma, hæc à fine sumpta est; & ea duntaxat interdicta complectitur, quæ ad rem familiarem spectant, *d. l. 2. §. ult.*

QUÆDAM ADIPISCENDÆ] Omnis de possessione rei privatæ contentio eo spectat, ut aut possessionem adipiscamur, aut adeptam retineamus, aut amissam recuperemus. Auson. *Id 11. interdictorum trinum genus: unde repulsus. Vi fuere, aut utrobi fuerit, quorumve bonorum.* Interdum unde vi comparatum est recuperandæ possessionis causa: *utrobi* retinendæ, *quorum bonorum* adipiscendæ.

COMMENTARIVS.

SEcunda hæc divisio non complectitur omnia interdicta, sed ea tantum, quæ ad rem familiarem pertinent, *l. 2. §. ult. h. t.* ac proinde tantum subdivisio quædam est, non secunda totius divisio. Est autem à fine sumpta: nam omnis de possessione rei privatæ controversia eo spectat, ut aut possessionem nunc primum adipiscamur, aut adeptam retineamus, aut amissam recuperemus.

TEXTUS.

3. *Adipiscendæ possessionis causa interdictum accommodatur bonorum possessori, quod appellatur,* Quorum bonorum: *eiusque vis & potestas hæc est, ut quod ex iis bonis quisque, quorum possessio alicui data est, pro hærede aut pro possessore possideat, id ei, cui bonorum possessio data est, restituere debeat. Pro hærede autem possidere videtur, qui putat se hæredem esse. Pro possessore is possidet, qui nullo iure rem hæreditariam, vel etiam totam hæreditatem, sciens ad se non pertinere possidet. Ideo autem adipiscendæ possessionis vocatur interdictum, quia ei tantum utile est, qui nunc primum conatur adipisci possessionem. Itaque si quis adeptus possessionem amiserit eam, hoc interdictum ei inutile est. Interdictum quoque Salvianum adipiscendæ possessionis causa comparatum est: eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset.*

NOTÆ.

3. ADIPISCENDÆ POSSESIONIS] In hoc genere sunt & interdicta, *Quod legatorum; ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est; de tabulis exhibendis, & de glande legenda*, quæ suis *tit.* explicantur in π.

APPELLATUR QUORUM BONORUM] A primis verbis interdicti, ut pluraque alia.

PRO HÆREDE AUT PRO POSSESSORE] Qui vel dolo

dolo malo fecit, quominus ita possideat, *l.1.eod. l.2.C.eod.*

PRO HÆREDE POSSIDERE, &c.] Vid. *l.11.cum seqq. de hær. pet.*

PRIMUM CONATUR ADIPISCI POSSESSIONEM] Non enim petitur hoc interdicto, ut res restituantur, quæ aliquando ab hærede possessæ, sed quæ nunquam. Itaque sic restitutorium est, ut sit adipiscendæ possessionis, *d.l.1.in fin.h.t.*

APPELLATUR SALVIANUM] *lib.43.ff. tit.ult. & 8.Cod. tit.9.*

UTITUR DOMINUS FUNDI] Et utiliter quilibet creditor, non modo adversus debitorem, qui oppignoraverit, *leg.1.C.eod.* sed etiam contra quemlibet tertium possessorem. VVes. Affine huic interdicto remedium est actio Serviani, §.7. *sup. de act.* Sed utilius experimur interdicto, propterea quod interdicto agenti necesse non est probare rem in bonis debitoris fuisse, cum de pignore convenit, sed tantum obligatam fuisse. Horom.

COMMENTARIVS.

1 *Qua interdicta adipiscendæ possessionis causa comparata.*

2 *Quorum bonorum cui adversus quem competat: & cui bono comparatum.*

3 *Quis hic dicatur pro hærede, prove possessore possidere, tum cur bonorum possessori petitio hæreditatis non sufficere visa: & in quo illa cum hoc interdicto conveniat.*

4 *Quibus propositum remedium l.ult.C.de edict. D. Hadr. toll.*

5 *Cui adversus quos interdictum Salvianum detur.*

6 *Interdicto huic affine remedium actio Serviana: & cur interdicto experiri utilius.*

1 ADipiscendæ possessionis interdicta dicuntur, quæ comparata sunt ad possessionem, quam antea non habuimus, nunc primum acquirendam: cujus generis duo hic proponuntur & explicantur; interdictum Quorum bonorum, & Salvianum. In eodem genere sunt & interdicta Quod legatorum; ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est, de tabulis exhibendis, & de glande legenda: quæ extant & explicantur in *ff.*

2 *Accommodatur bonorum possessori*] Competit hoc interdictum ei, cui ex edicto prætoris bonorum possessio data est, *l.1.quor.bon.* uno verbo, hæredi prætorio. Obtinuit tamen, ut etiam iis utique utile detur, qui jure civili hæredes facti sunt, per *l.1.C.quor.bon. Gloss. comm.* approbata ad *rubr. C.eod. Schneid. hic n.13. Ant. Fab. C. suo eod. tit. def. un.* Quanquam hoc displicet Baroni hic, Donad *d.tit.C.n.3. Cuiac. in par. C.eod.* Sed quid opus est, inquis, hoc interdicto ad novam possessionem adipiscendam, si jam bonorum possessio alicui à prætore data est? Eo opus est, quod bonorum illa possessio, quam prætor tribuit, non corporis, sed iuris est; hoc est, prætor dando bonorum possessionem, tribuit tantum ius persequendi & retinendi patrimonij defuncti: corporum autem possessionem aut detentionem non tribuit, *l.4.de bon.poss.* Hæc igitur adhuc restat, atque hoc interdicto petitur, *l. ult. C. quor. bon.*

Appellatur Quorum bonorum] A primis verbis interdicti, ut pleraque alia.

Ut quod ex bonis] Competit hoc interdictum, de iis bonis; quæ in hæreditate defuncti, cum moreretur, fuerunt; atque etiam de iis, quæ ex his bonis usucapta sunt: id enim significant verba interdicti, *possidere fas, si nihil usucaptum esset, l.1. quor. bon.*

Pro hærede aut possessore] Datur hoc interdictum adversus duo genera possessorum: primum adversus eum, qui pro hærede prove possessore possidet; quod etiam hic expressum est: deinde adversus eum, qui dolo malo fecit, quominus pro hærede prove possessore possideret: quod nominatim adjectum est in *l.2. C.quor. bon.* & comprehensum illis verbis interdictis, *quodque dolo malo feceris, uti desineres possidere, d.l.1. eod.* Estque hoc omnibus regulis juris consentaneum, *l.parem. l. qui dolo. cum simil. de reg.iur.* Hinc autem intelligimus, eum qui titulo singulari possidet, puta pro emptore, pro donato, hoc interdicto non teneri, sicut nec petitione hæreditatis, *l.7. C. de pet. hær. l.4.C.in quib.ca.cess.long.temp.præscr.* Esset enim iniquum, eum quem dominum esse non constat, sed qui tantum se hæredem esse dicit, rem auferre ei, qui pro domino bona fide & justo titulo possidet. Aio, justo titulo: nam titulus injustus aut jure invalidus possessorem non tuetur, quominus aut interdicto cum eo agi, aut hæreditas ab eo peti possit, *arg. l. nec ullam.13. §.1. de hær. petit. Covar. pract. quæst. cap.12. Cacheran decis.56.*

Restituere debeat] Restituendi verbum proprie refertur ad ea, quæ à nobis profecta restituuntur. Sed interdum & de his accipitur, quæ nunc primum nobis præstantur: quod fit in hoc interdicto. Non enim petit hæres eas res sibi restitui, quas aliquando possedit, sed quas nunquam. Itaque sic restitutorium est, ut tamen sit adipiscendæ possessionis, *l.1.in fin. quor.bon.*

Pro hærede] Is dicitur hoc loco pro hærede possidere, qui se hæredem dicit, cum non sit, sive sciat se hæredem non esse, sive se esse putet. Pro possessore autem, qui nullam causam possidenti aliam habet, quam quod possidet; unde & nomen 3

narum,

natum, *l.* 11. *cum seqq. de hær. pet.* Putaverit aliquis, hoc interdictum inutile esse & otiosum, propterea quod hæredibus & bonorum possessoribus aliud remedium plenius & efficacius competit, petitio scilicet hæreditatis; quippe qua non tantum corporum possessores, ut interdicto, *l.* 2 *quor. bon.* sed etiam possessores juris & debitores hæreditarii tenentur, si se hæredes esse contendant, *l.* 9. *l.* 13. *in fin. l. si debitor.* 42. *& ibi Bart. de hær. pet.* Sed neque majora onera esse videntur in judicio petitorio, quam in interdicto: nam & qui interdicto experitur, probare debet se hæredem esse, *l.* 1. *C. quor bon.* Resp. eadem inter hæc remedia differentia est, quæ inter cætera judicia possessoria & petitoria: nimirum interdictum hoc, utpote remedium possessorium, non habet longas litis moras, sed brevis in eo est & expedita via ad possessionem adipiscendam. In petitione autem hæreditatis plena de omnibus inquisitio & efficacior probatio requiritur, *d. l.* 1. *iunct. l. iudices C de iud. add. Afflict. decis.* 14. *Menoch. de adip. poss. rem.* 1. *num.* 97. *& seq. Ant. Fab. C. suo tit. quor. bon. defin. unic.* Plane in eo hæc judicia conveniunt, quod utrumque ad universitatem pertinet, non ad res singulas, *l.* 1. *in pr. de rei vend. l.* 1. §. 1. *quor bon.* idque duplici respectu dicitur. 1. rationem intentionis actoris, quod universa bona ad se pertinere dicit. 2. ratione tituli, quo reus possidet: neutro enim iudicio alius tenetur, quam qui pro hærede vel pro possessore possidet. Cui non obstat; quod dicitur petitione hæreditatis teneri etiam, qui rem unam hæreditariam, licet minimam, possidet, *l.* 9. *& seq. de hær. pet.* nam qui vel unam rem hæreditariam pro hærede possidet, is totam hæreditatem & universi iuris
4 successionem sibi asserit. Consule *Cacheran. decis.* 74. Est & aliud remedium possessorium hæredibus propositum, sed scriptis tantum constitutione Justiniani, *l. ult. C. de edict. D. Hadr. toll.* quo ille, qui testamentum profert, non laborans conspicuo aliquo vitio, quale est cancellatio, item defectus testium, signorum, subscriptionis, auctoritate magistratus mittitur in possessionem rerum hæreditariarum, dilata tantisper inquisitione super vitiis occultioribus, puta falsitatis, injustæ exhæredationis aut præteritionis. Succedenti autem ab intestato hoc remedium non datur: sed nec hæredi instituto testamento nuncupativo, nisi illud in scripturam, ut fieri assolet apud nos, redactum sit, aut perente hærede nuncupato publicatum: de quo *Vig. in prol. d. l. lex. ult. Sichard. ibid. n.* 4. *&* 5. *Menoch. de adip. possess. rem.* 4. *n.* 648. *&* 726. *Ant. Fab. Cod. suo ad eundem titul. defin.* 3. *&* 4. *Christin. vol.* 4. *decis.* 30.

5 *Interdictum, quod Salvianum*] Salvianum quoque interdictum adipiscendæ possessionis causa comparatum est. Ait Iustinianus, hoc interdictum dari domino fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori obligavit. Existimare autem licet, interdictum hoc nominatim conceptum fuisse non tantum de rebus coloni pro mercede locationis obligatis, sed etiam in ipsum colonum solum, ad hunc modum; *Quod tu illi pro mercede fundi oppigneraſti, qua de re agitur, id illi reſtituas.* Unde adversus extraneum possessorem, licet titulum & causam à colono habentem, non nisi utile interdictum ex productione redditur, *l.* 1. *in pr. de interd. Salv.* Porro ex communi interpp. sententia latius hoc interdictum extenditur, & utiliter accommodatur cuilibet creditori, non modo adversus debitorem, qui oppigneravit, per *l.* 1 *C. de præc. & interd. Salv.* sed etiam contra quemlibet tertium ejus rei possessorem: quanquam adversus hunc probationem desiderant, nimirum non solum rem obligatam esse, sed etiam in bonis debitoris, cum obligaretur, fuisse. *Ang. Iaſ. & alii in §. Serviana sup. de act. Vvesemb. par. de solu interd. num.* 2. *Schneid. hic n.* 7. *Fach.* 8. *controv.* 92. & plerique etiam censent, prius excutiendum esse principalem debitorem, quam adversus extraneum possessorem interdictum intenteretur. *arg. Nov.* 4. *cap.* 2. *Fachin. ubi sup. cap.* 93. *D. Tulden. add. tit. C. n.* 3. Divortium à communi 6
sententia facit D. Ant. Merenda 5. *cont.* 37. *& seq.* Affine huic interdicto remedium est actio Serviana; quæ & ipsa primum locatori de rebus coloni pro pensione fundi obligatis proposita fuit, & postmodum ad alias causas & species pignoris per interpretationem producta, *d. §. Serviana.* Sed inter hæc remedia eadem quoque differentia est, cujus ante memini. Utilius & experiri interdicto, quam actione Serviana. Nam interdicto, in quo de possessione momentaria tantum agitur, ad adipiscendam possessionem sufficit probare, rem, de qua agitur, pignori obligatam fuisse: at in actione Serviana, quæ iudicii petitorii est, hoc amplius probare creditor, contra tertium possessorem agens, debet, rem, quam persequitur, in bonis debitoris fuisse, cum de pignore convenit, *l. & quæſt.* 11. §. 1. *de pign. l. ante omnia.* 23. *de probat.* quod fusius à me explicatum sub *d. §. Serviana. Vvesemb. d. loc. Menoch. de adip. poss rem.* 3. *n.* 8. *& seqq.*

TEXTUS.

4. *Retinendæ possessionis causa comparata sunt interdicta,* Uti possideris *&* Utrubi: *cum ab utraque parte de proprietate alicujus rei controversia sit, & ante quaratur,*

uter ex litigatoribus possideat, & uter petere debeat. Namque nisi ante exploratum fuerit utrius eorum possessio sit, non potest petitoria actio institui: quia & civilis & naturalis ratio facit, ut alius possideat, & alius à possidente petat. Et quia longe commodius est & potius, possidere, quam petere; ideo plerumque, & ferè semper ingens existit contentio de ipsa possessione. Commodum autem possidenti in eo est, quod etiamsi eius res non sit, qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet in suo loco possessio: propter quam causam, eum obscura sunt utriusque iura, contra petitorem iudicari solet. Sed interdicto quidem Uti possidetis *de fundi vel ædium possessione contenditur:* Utrubi *vero interdicto de rerum mobilium possessione. Quorum vis ac potestas plurimam inter se differentiam apud veteres habebat. Nam* Uti possidetis *interdicto is vincebat, qui interdicti tempore possidebat; si modo nec vi, nec clam, nec precario nactus fuerat ab adversario possessionem: etiamsi alium vi expulerat, aut clam arripuerat alienam possessionem, aut precario rogaverat aliquem, ut sibi possidere liceret.* Utrubi *vero interdicto is vincebat, qui maiore parte anni nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possidebat. Hodie tamen aliter observatur. Nam utriusque interdicti potestas (quantum ad possessionem pertinet) exæquata est, ut ille vincat & in re soli, & in re mobili, qui possessionem nec vi, nec clam, nec precario ab adversario, litis contestatæ tempore, detinet.*

NOTÆ.

4. UTER EX LITIGATORIBUS POSSIDEAT] Ex Ulpiano *l.* 1. §. 3. *uti possid.*

NISI ANTE EXPLORATUM] Inter litigantes seu contendentes iudicio petitorio non aliter lis expediri potest, quam si alter petitor, alter possessor sit: esse enim debet, qui onera petitoris sustineat, & qui commodo possessoris fungatur, *l.* 62. *de iudic. l.* 13. *C. de rei vind.*

PLURIMAM INTER SE DIFFERENTIAM] Nam *uti possidetis* ad præsens tempus referebatur *l.* 1. §. 2. *h. t. l.* 1. *l.* 3 §. *Labeo l.* 6. *uti poss.* Apud Festum, *uti nunc possidetis eum fundum*, &c. *utrubi* in præteritum *l. un. utrubi.* Unde interdicto *uti possidetis* is vincebat, qui interdicti tempore possidebat: *utrubi* is, qui maiore parte anni possederat *vid. l.* 156. *de verb. sign.* Paul. 5. *sent.* 6.

NEC VI, NEC CLAM, NEC PRECARIO] *l.* 1. & *passim uti possid. d. l.* 1. *C. eod.*

AB ADVERSARIO] Si vero alter non ab altero, sed ab extraneo possideat, licet vi, clam, aut precario, nihilominus prætor possessorem tuetur, *l.* 1. §. *ult.* & *l. seq. eod.* & hoc est, quod dicitur, etiam vitiosam possessionem adversus extraneos prodesse solere, *l. ult. de acq. poss.*

MAIORE PARTE ANNI] *l. un. utrubi*, retrorsum numerati. Paul. 5. *sent.* 6. εἰς τὸν πάντα μέλλοντα χρόνον. Th. Maiore autem parte anni possedisse, quis intelligitur, etiamsi duobus mensibus possederit: si modo adversarius eius aut paucioribus diebus, aut nullis possederit, *l.* 156. *de verb. sign.*

UTRIUSQUE INTERDICTI POTESTAS EXÆQUATA] *d. l. un.* §. 1. *utrubi*, quem locum apparet à Compositoribus interpolatum esse.

COMMENTARIUS.

1 *Actionem in rem institui non posse, nisi certus sit possessor: & quare.*

2 *Qui fieri possit, ut duo de possessione retinenda litigent, cum duo in solidum eandem rem possidere nequeant.*

3 *An qui venditare rem instituit, interdicto adhuc agere possit; & de iudicii possessorij cum petitorio cumulatione.*

4 *Vetus differentia inter interdicta uti possidetis & utrubi: eius differentia sublatio, tum quid hic ius Canonum, & mores hodierni.*

RETINENDÆ possessionis gratia ea interdicta comparata dicuntur, per quæ eam possessionem, quam iam habemus, retinere volumus. Cuius generis interdicta sunt *ut possidetis* & *utrubi.* Prius est de rebus soli, posterius de rebus mobilibus, *l.* 1. *uti poss. l. un. de utrubi.* Utriusque causa olim nonnihil dissimilis: nunc & causa vis eadem. ut si à rebus discesseris, quarum nomine hæc interdicta competunt, unum atque idem videri possit ut declaratur in calce huius §.

De proprietate alicuius rei] Hæc interdicta locum habent, cum de proprietate inter aliquos lis est, & quæritur, uter ex litigatoribus possideat, uter petere debeat, *l.* 1. §. 3. *uti poss.* ubi Ulp. ait, si inter litigatores contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere affirmat, tum ad hæc interdicta remittendos esse.

Nisi exploratum fuerit utrius possessio sit] Actio 1
in rem institui non potest, nisi certus sit possessor

sor, *l. ordinarij* 13. *C. de rei vendic.* Nam, ut alibi demonstravimus, ad fundandam actionem in rem duo extrema ponenda sunt, à parte actoris dominium, à parte rei conventi possessio. Quamdiu igitur incertum est, quis possideat, & commodo possessionis frui debeat, judicio petitorio de proprietate locus esse non potest, *l. inter.* 62. *de iud.* Vbi Vlp. scribit, inter litigantes de proprietate non aliter litem expediri posse, quam si alter petitor, alter possessor sit, esse enim debere, qui onera petitoris sustineat, & qui commodo possessoris fungatur. Sed qui fieri potest ut duo de
2 retinenda possessione litigent, cum duo in solidum eandem rem possidere non possint? *leg* 3. §. *ex contrario.* 5. *de acq. poss.* Nimirum accidere potest, ut duo in speciem videantur possidere, cum tamen revera unus tantum possideat. Varij enim sunt actus possessorij, & ex quibusdam eorum usurpatis plures sibi possessionem asserere possunt; ut proinde de qualitate hujusmo li actuum sit cognoscendum, explorandumque, cujus causa potior sit. Alij respondent, absurdum non esse, ut etiam duo dicantur eandem rem simul possidere, diverso tamen genere possessionis, puta alter naturaliter, alter civiliter; aut alter justè, alter injustè, *l.* 6. §. 1. *uti possid.* Quæ & sententia Sabini fuit, *d l.* 3. §. 5. *de acq. poss.* cujus vestigia cernimus in *l.* 3. *pr. uti poss l. & habet.* 15. §. *eum qui.* 4. *de precar. Cuiac.* 5. *obs.* 22.

Commodum possidendi in eo est] Possessoris multo melior, quam petitoris conditio est: nam possessor non cogitur probare rem ad se pertinere, sed petitori incumbit necessitas probandi, rem suam esse, atque in ea probatione cessante petitore res apud possessorem remanet, licet ipse nihil probaverit, *l.* 2. *C. de prob. l. ult. C. de rei vend. l.* 4. *C. de edend. facit. l.* 128. *de reg. iur.* Quam ob causam ei, qui destinavit rem petere, hoc consilium dat Iurisconsultus, in *l. is qui* 24. *de rei vend.* ut videat, num aliquo interdicto nanciscì possit possessionem, atque ita onus probationis in adversarium derivare. Quid ergo, si quis non observa-
3 to hoc consilio Iurisconsulti rem vendicare instituerit, an ob id interdicto agere non poterit? Prima fronte videtur dicendum, non posse, quasi consilium Iurisconsulti contempserit, & renuntiaverit possessioni. Contraria tamen sententia placuit: quoniam potius ex ignorantia & iusto errore id factum præsumendum est, quam animo renuntiandi possessioni aut interdicto, *l.* 12. §. 1. *de acq. poss.* Similiter qui rem vendicare cœpit, non censetur renuntiasse interdicto *unde vi. leg. cum fundum.* 18. §. 1. *de vi & de vi arm.* ubi expressè traditur, pendente judicio petitorio posse nihilominus interdicto agi: non sane ut utrumque simul cumuletur, & una sententia terminetur, ut falso multi existimaverunt, decepti, *d. l.* 12. §. 1. *& d. l.* 18. §. 1. sed ut interim dum se possessione cognoscitur, suspendatur & differatur judicium petitorium, *l. ordinarij C. de rei vend. l.* 1. *C.* 1 *de appell. l.* 3, *C. hoc tit.* quæ verissima præd. ll. sententia, est Ioanni & Azoni jam olim probata, à quibus malè maior pars successionem fecit. Et quamvis Bartolus in *d. l.* 12. §. 1. aliique citati *à Menoch. retin. poss. rem.* 3. *n.* 511. *cum seqq. & Nic. Tuld. in annot. ad prax. civil. Damhouderi c.* 45. *lit. B. cum Martino Glossatore*, excipiant interdictum *uti possidetis*, quod & ipsi propter contrarietatem cum judicio petitorio cumulari posse negant; plures tamen Petrum secuti contendunt, omne possessorium cum petitorio concurrere posse, *vid. Menoch. d. rem. n* 539 *& seqq. Nic. Tulden. d. loc. Fachin.* 8. *contr.* 6. *Diod. Tuld. comm. hic. c.* 3. *&* 4. *Christin. vol.* 4. *decis.* 130. *n.* 3. *& seqq. convenit cap. cum dilectus* π. *de caus. poss. & propr.* & hanc sententiam usu receptam tradit Christin. *d. loc.* quanquam non in omnibus tribunalibus, *vid. Papon. lib.* 8. *tit.* 12. *arrest.* 4. *Charond.* 4. *resp.* 28. Nos hanc quæstionem plenissimè excussimus *lib.* 2. *select. quæstion. c.* 39.

Quorum vis ac potestas plurimam differentiam] 4
Nam alia conditione proponebatur interdictum *uti possidetis* ei, qui rem soli possideret; alia *utrubi* ei, qui possideret rem mobilem. *Vti possidetis* ad præsens tempus referebatur, *l.* 1. §. 2. *hoc tit.* id est, interdicti redditi, hoc modo; *Vti eas ædes, quibus de agitur, possidetis &c. l.* 1. *in pr. uti possid.* & videtur huic interdicto adjecta fuisse particula *nunc. Vti nunc possidetis eas ædes, &c. l.* 3. §. *Labeo l.* 6. *eod.* ad quem modum etiam formulam edicti conceptam apud Ælium Gallũ Festus prodidit in verb. *possessio. Vti nunc possidetis eum fundum, quo de agitur, &c. Vt ubi* is vero in præteritum referebatur; *Vt ubi hic homo, quo de agitur, maiore parte hujusce anni fuit, &c.* His jam consequens erat, ut interdicto *Vti possidetis* is vinceret, qui interdicti tempore possidebat; *Vt ubi* is, qui majore parte anni possederat; quod explicatur in *l. majore.* 156. *de verb. sign. add. Paul.* 5. *sent.* 6.

Nec vi, nec clam, nec precario ab adversario] *l.* 1. *& passim uti possid. l.* 1. *C. eod.* His autem verbis excluditur vitiosa possessio, non quævis, sed quæ vitiosè, id est, vel vi, vel clam, vel precario ab adversario obtinetur: nam si alter non ab altero, sed ab extraneo possideat, licet vi, aut clam, aut precario, nihilominus prætor possessorem tuetur, *l.* 1. §. *ult. & l seq. eod.* Et hoc est, quod dicitur in *l. ult. de acq. pos.* etiam vitiosam possessionem adversus extraneos prodesse solere.

Vtriusque interdicti potestas exæquata est] Iustiniani tempore utriusque interdicti eadem vis ac potestas erat, ut is utroque vinceret, id est, ei

possessio interim adjudicaretur, qui tempore litis contestatæ sine vitio ab adversario possidebat, ut hic declarant Compositores, à quibus probabile est interpolatum esse responsum Vlpiani in *l. un. §. 1. de utrubi.* Iure autem Canonico aliud observatur: nam hoc jure ad victoriam in his interdictis obtinendam non sufficit possidere tempore litis contestatæ: sed is obtinet, eique adjudicatur possessio, qui antiquiorem possessionem probaverit, tanquam qui justiorem possessionis causam habeat, *cap. licet x. de probat.* Eoque jure nunc ferè utimur, ut post alios testantur *Damhoud. prax. civ. 34. Menoch. de retin. poss. rem. 3. n. 714. & seqq. Vvesemb. par. uti poss. n. 5.* & eleganter in *not. ad Schneid. in §. pen. hoc tit. D. Tulden. comm. hic cap. 3.* Quod si æquè obscura sint utriusque litigatoris jura, ut in lici non appareat, uter possideat, possessio sequestrari solet. *Schneid. ad d. §. pen. n. 6. & ibi Vvesemb. in not. Ant. Fab. Cod. sui lib. 8. tit. 3. defin. 1.* Solent autem hodie partes hoc interdicto, quod pragmatici *maintenuë* seu manutenentiam vocant, contendentes, petere, ut interim dum de principali lite possessionis cognoscitur, sibi *recredentia* adjudicetur, id est, momentanea aut fiduciaria possessio. *Covar. pr. q. 17. Anfrer. in styl. Parlam. tit. de caus. novit. Masuer. in pract. tit. de poss. Ant. Fab. Cod. sui lib. 8. tit. 4. defin. 1. Formulam conclusionis habes apud Merulam lib 4. dist. 4. sect. 3. tit. 1. cap. 2. num. 7.* In multis locis duplici possessorio retinendæ utuntur: quorum alterum plenarium vocant, quoniam plena in eo super possessione cognitio adhibetur; alterum summarium, & summarissimum, quia in hoc tantum summatim judex cognoscit, uter possideat, quo tempore lis movetur, *vid. Gail. 1. ob. serv. 5. & 2. seqq. Menoch. retin. poss. rem. ultim. Fachin. 8. contr. vers. 15. Christin. vol. 4. decis. 142. num. 7. & seqq.*

TEXTUS.

5. Possidere autem videtur quisque, non solum si ipse possideat, sed & si ejus nomine aliquis in possessione sit, licet is ejus juri subjectus non sit: qualis est colonus & inquilinus. Per eos quoque, apud quos deposuerit quis, aut quibus commodaverit, ipse possidere videtur. Et hoc est, quod dicitur, retinere possessionem posse aliquem per quemlibet, qui ejus nomine sit in possessione. Quinetiam animo quoque solo retineri possessionem placet: id est, ut quamvis neque ipse sit in possessione, neque ejus nomine alius; tamen si non relinquendæ possessionis animo, sed postea reversurus inde decesserit, retinere possessionem videatur. Adipisci vero possessionem per quos aliquis potest, secundo libro exposuimus. Nec ulla dubitatio est, quin animo solo adipisci possessionem nemo possit.

NOTÆ.

5. SED ET SI EIUS NOMINE] Qui alieno nomine in possessione sunt, interdicto ad retinendam possessionem experiri non possunt: & merito; quia non possident. *l. 3. §. 1. uti possid.* Possidere enim est animo & affectu dominantis, ψυχῇ διαθέσει ἔχειν, rem tenere Th. §. *propen. sup. per quas pers. qui acq.*

DEPOSUERIT AUT COMMODAVERIT] Item per procuratorem, hospitem, amicum, *l. 3. §. 12. l. 9. & seq. l. 30. §. 6 & seqq. d. tit.* per fructuarium, *l. 6. 2. §. de prec.* sed hic propter jus, quod in re habet, in interdictis *uti possidetis*, & *unde vi* pro possessore habetur, *l. ult. uti poss. l. 3. §. 13. & seq. de vi & de vi arm.*

ANIMO SOLO RETINERI POSSESSIONEM] *l. 4. C. de acq. poss. l. 3. §. 7. & seqq. l. 6. in fin. l. 44. §. ult. D. eod.* quod utilitatis causa receptum, ne aut more testudinis perpetuo domi nos continere, aut possessionem amittere cogamur: ita tamen temperandum, si facultas nobis relicta sit possessionem, cum velimus, iterum corpore apprehendendi. Ea enim facultate sublata etiam possidere desinimus, *l. 3. §. 13. eod.*

ANIMO SOLO, &c. NEMO POSSIT] *l. 3. §. 1 & 3. l. 1. l. 23. de acq. poss.* quippe acquisitio possessionis consistit in apprehensione rei conjuncta cum affectu eam pro sua tenendi, *l. 1. §. 3. eod.* Animo tamen solo amitti potest, *l. 3. §. 6. l. 17. §. 1 eod.* ideoque *nè ferè* adjectum est in *l. 153. de reg. jur. ibid.*

COMMENTARIVS.

1 *Quid propriè sit possidere: & cur etiam fructuario interdicta retinendæ possessionis accommodentur.*

2 *Vetus controversia circa retentionem & amissionem possessionis: quæ à Iustiniano sublata.*

3 *Etiam solo animo possessionem retineri: & quamdiu.*

4 *Indicatur & refutatur insignis DD. error.*

5 *Dejectum non posse interdicto retinendæ agere: qui agit, quid probare debeat.*

6 *Ad possessionem acquirendam opus esse & animo acquirendi, & simul actu aliquo corporali*

7. *Amitti*

7 *Amitti possessionem etiam nobis invitis, idque plurifariam.*

8 *Volentibus nobis amitti etiam solo animo.*

QVoniam superiora interdicta solum tuentur possessorem, nec magis ei comperunt, qui possessionem semel quæsitam amisit, quam ei, qui nunquam possedit, ideo Iustinianus hoc loco obiter ostendere voluit, quis intelligatur possidere, quomodo possessio acquiratur, acquisita quomodo retineatur.

1 *Non solum si ipse possideat, sed & si ejus nomine*] Possidere auctore Theoph. §. *propen. sup. per quas pers. cuiq. acq.* est, animo & affectu dominantis, ψυχῇ δεσπόζοντος, rem tenere. Itaque qui alieno nomine in possessione sunt, huc non pertinent, veluti conductor, commodatarius, depositarius, procurator, amicus, hospes, *l.* 3. §. 12 *l.* 9. *& seq l. qui universas* 30. §. *quod per colonum, & seqq. de acq. poss. l.* 6. §. 2. *de precar.* Atque ex eo intelligimus, si hi controversiam possessionis patiantur, interdicto ad retinendam possessionem experiri non posse, *l.* 3. §. *creditores* 8. *uti possid.* vid. tamen *Menoch. retin poss. rem. ult. Ioan. à Sande lib.* 5. *tit.* 4. *defin.* 2. Fructuarius quoque non magis possidet, quam superiores, §. *idem placet, sup. per quas pers. cuiq. acq. d. l.* 6. §. *de precar.* Placuit tamen, inter fructuarios interdictum *uti possidetis* reddendum, itemque inter fructuarium, eumque, qui sibi usum defendat, *leg. ult. uti possid.* Sed non est novum, ut fructuario propter jus, quod in re habet, plus tribuatur, quam aliis, qui possessores non sunt, etsi rem similiter tenent. Nam & fructuario vi dejecto datur interdictum unde vi, *l.* 3 §. *unde vi* 13. *& seq. de vi & de vi arm.* quod argumentum est, eum, licet non possideat, tamen pro possessore in his interdictis haberi, quamdiu ususfructus perseverat. *Cuiac. 9 obs.* 33 *Don. ad. l. un C. uti poss. n.* 5. *Ioan. à Sande d. defin.* 2. In summa vero, possessionis parum interest, utrum quis juste, an injuste possideat, *l.* 3. §. *ex contrario* 6. *de acq. poss.* nam & possessori injusto interdicta retinendæ possessionis dantur, modo ne injuste possideat ab adversario, *l.* 1. §. *ult. & l. seq uti possid.*

In possessione sit] Recte *in possessione.* Nam aliud longe est possidere, aliud in possessione esse, *l.* 10. §. 1. *de acq. poss.* sicut aliud est servire, aliud in servitute esse, §. *ult. sup. de ingen.* Is possidet, cujus nomine possidetur: qui autem in possessionem sunt, alienæ possessioni præstant ministerium, *l. quod meo* 18. *pr. de acq. poss.*

Retinere possessionem posse aliquem per quemlibet] Per eos, qui nostro nomine in possessione sunt, puta per servum, colonum, inquilinum, procuratorem, &c. possessio nobis retineri potest. Sed nec illis vita decedentibus possessio amittitur: inque eo veteres omnes consentiunt. Hoc amplius Proculus putabat, etiamsi sponte è possessione discessissent, videlicet animo eam derelinquendi, nihilo minus possessionem à nobis retineri, *l. cum quis* 31. *de dol. mal.* Sabinus contra, spontanea illa discessione interpellari. Sabini sententiam secutus est Africanus, *l. si de eo* 40 §. 1. *de acq. poss.* sententiam Proculi Paulus *l.* 3. §. *si quis* 8. *eod.* Cæterum si alij possessionem tradiderint, possessionem amitti etiam Paulus concedit, *d. l.* 3. §. *sed etsi* 9. quod & apud Iulianum relatum est, *l. non solum* 33. §. *qui pignori, de usuc.* Papinianus hoc amplius, discessu eorum possessionem amitti, si alius eam ingressus fuerit, *l. peregre* 44. §. *ult. de acq. possess.* Hanc autem veterum controversiam sustulit Iustinianus *l. ult. C. eod.* ubi generaliter constituit, ut sive dereliquerint possessionem & alius eam occupaverit, sive possessionem alij prodiderint, nihil penitus ex ea re præjudicij dominis generetur. Et quanquam recentiores nonnulli, ut *Cujac. par. Cod. eod. Don.* 5. *comm.* 12. *Ant. Fab dec* 4. *err.* 2. *& seqq.* existimant, constitutionem illam non pertinere ad casum, quo in possessione relictus alij eam tradit, quorum sententiam aliquando in judicando secuta est Curia provincialis Frisiæ, reste *D. Ioan. à Sande lib* 5. *tit.* 4. *defin.* 1. verius tamen esse, quod his constitutionis verbis, *vel alij prodiderit*, tradens æque ac deserens comprehendatur, evincit ratio, quæ mox subjicitur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat. Quomodo & vulgo interpretes, quos laudat & sequitur Menoch. *rec. poss. rem.* 14. *n.* 17. *& seqq.* Eleganter D. Ioan. Dezkher, *lib.* 1. *diss* 3. *num.* 25. Illud constat, possessionem amitti, si in possessione relicti vi dejecti fuerint, *l.* 1. §. *quod servus* 22. *unde vi.*

Animo solo retineri possessionem] Etiam solo animo retineri possessio potest, *l.* 4. *C. de acq. poss.* Itaque licet corpore qui è fundo exierit, quamdiu animus amittendæ possessionis abest, possessio rebus integris retinetur, *l.* 3. *sed & si* 7. *& seqq. l.* 6. *in fin. eod.* quamvis neque servum, neque colonum, &c. in fundo reliquerit, *l. peregre.* 44. §. *ult. eod.* idque ex jure possessio mutuata est, ut pleraque alia, *l. possessio* 49. *eod.* & utilitatis causa receptum, ne testudinis more perpetuo domi nos continere, aut possessionem amittere cogamur. Enim vero quod dicitur, animo solo possessionem retineri id ita temperandum est, si facultas nobis relicta sit, eam, cum velimus, iterum corpore apprehendendi: ea autem facultate sublata etiam inviti, possidere desinimus, *d. l.* 3. §. *Nerva* 13. Hic autem locus occasionem Doctoribus præbuit, ut eum, qui discessit, civilem tantum possessionem retinere, non autem naturalem, existimaverint, sed hanc demum iterum ingresso acquiri. Falso, ut

mihi videtur. Nam hoc proposito, necessario sequitur, eum qui è fundo egreditur, priorem possessionem non retinere, sed ea amissa novam acquirere, & mox regressum hac iterum amissa recuperare priorem. Quod sane à ratione nimis alienum est. Neque possessio, quæ corpore tenetur, & ea, quæ animo, sunt duæ diversæ species possessionum, sed una & eadem possessio: unde & in proposito nunquam nova acquiri dicitur, sed prior retineri. Tantum modus tenendi & possidendi diversus est, alius jure, alius corpore consistens, *l. nemo* 10. *C. de acq. poss.* Illud à vero abest quam longissime, quod quidam asserunt, civilem, quam vocant, possessionem retineri, ejusque beneficio interdictum *uti possidetis* competere, etiamsi ab alio possessio vi occupata sit. *Covar. pract. q* 17. *n* 5. & alii citati apud *Christ. vol.* 4. *decis.* 142. *n.* 4. Nam possessio plane amissa intelligitur, quæ nobis delectis aut repulsis vi ab alio occupata est, *l.* 6. §. 1. *l.* 25. §. *ult. de acq. poss.* Neque hic animus ad retinendam possessionem sufficit: quoniam, ut maxime velimus, eam repetere non possumus, *d. l.* 3. §. *Nerva* 13. *eod.* Et ergo si dejectus nullam prorsus possessionem habet aut retinet, nec retinendæ possessionis remedio iuvari potest. sed necessarium ei erit interdictum *unde vi*, quod possessionis recuperandæ causa comparatum est. Cæterum si vetere possessore non dejecto, & in possessione adhuc manente, possessio ei minuatur vel turbetur, seu vis ei fiat, quominus, uti possidet jure, ita plene possideat, tunc locus est interdicto *uti possidetis*. Vid. *Ioan. Fab. ad prat.* §. *Menoch. rem, ult. retin. poss. n.* 17. *Christin. d. decis n.* 6. ubi refert, non semel supremam Curiam. Mechlinienſem censuisse possessorem actualem esse oportere, qui interdicto *uti possidetis* experiri cogitat. In summa, qui agit interdicto retinendæ possessionis, duo probare debet, possessionem ex parte sua, & turbationem ex parte adversarij. Turbationem, inquam, non spoliationem: quia si se diceret spoliatum, sibi esset contrarius, ob idque repellendus, & interdicto recuperandæ, non retinendæ possessionis, agere deberet. *Ant. Fab lib.* 8 *Cod. sui, tit.* 4. *defin.* 8.

Secundo libro exposuimus] *Tit. per quas pers. cuiq. acq.* ubi docuit, non solum per nosmetipsos, sed etiam per eos, quos in potestate habemus, non minus possessionem nobis acquiri, quam proprietatem; adeoque possessionem per extraneam quoque personam, veluti per procuratorem nobis acquiri posse, quod singulare est, & utilitatis causa receptum, *l.* 1. *l.* 8. *de acq. poss.*

6 *Animo solo adi spisci possessionem nemo potest*] Ac quisitio possessionis consistit in apprehensione rei, conjuncta cum affectu eam pro sua tenendi, *d. l.* 1. §. 3. *de acq. poss.* Itaque nec animus solus ad eam acquirendam sufficit, nec solo corpore acquiri sine affectione tenendi potest: sed utrumque hic concurrat necesse est, & animus acquirendi & simul actus aliquis corporalis, *l.* 3. §. 1. & 3. *l.* 8. *l. cum heredes* 23. *eod.* Etsi autem necesse non est, ut opera manuum aut pedum semper intervenial; quæ quidem ratio acquirendæ possessionis maxime naturalis est, & necessaria in iis rebus, quæ ab aliis nobis traduntur; *d. l.* 1. §. 1. *d. l.* 3. §. 3. *d. l.* 23. *eod.* semper tamen requiritur actus aliquis præter animum possidendi, qui vice corporalis apprehensionis fungatur, *d. l.* 1. §. *pen. l. quod meo* 18. §. 2. *l. quarundam* 51. *eod. l.* 9. §. *item si* 6. *de acq. rer. dom. l.* 1. *C. de donat.* Falluntur enim qui hujusmodi casus à regula exceptos putant, quasi hic nudo animo citra ullum actum corporalem possessio acquiratur, quamvis ita fere loquantur Iurisconsulti in *d. l.* 1. §. *pen.* & *d. l.* 51. Sed illi cum ita loquuntur, non excludunt omnem actum corporis, sed duntaxat crassiorem illam apprehensionem, quæ manuum aut pedum opera interveniente fit. Cur igitur placet possessionem solo animo retineri posse? Quoniam possessio semel quæsita etiam jus possidenti parit, quo retento possessio quoque retinetur. At acquisitio possessionis tota pene facti est. Sed & alias quod semel acquisitum est, facilius retinetur, quam initio quid acquiritur. Animo possessionem acquirere non possumus, nisi nostro: quippe ut nos velimus, in aliis esse non potest. At corpore etiam alieno, *d. l.* 3. §. *caterum* 12. *d. l. quod meo* 18. *de acq. possess. l. ea qua* 53. *de acq. rer. dom.* quoniam in 7 iis, quæ corporis ministerio geruntur, nihil interest, nostro corpore, an alieno utamur. Amittendæ possessionis alia ratio est: nam non solum volentibus, sed etiam invitis nobis possessio amittitur; & invitis plurifariam; veluti si res commercio exempta sit, aut in aliam speciem transformata, *l. qui universas* 30. §. 1. & 4. *eod. tit.* si amplius, cum velimus, naturalem ejus possessionem nanciscinon possumus. *l.* 3. §. *quod Nerva* 13. *eod.* si locum possessum flumen aut mare occupaverit, *d. l.* 3. §. *Labeo* 17. si prædones prædium invaserint, qui nos dejiciant, aut redeuntes repellant, aut quorum metu territi accedere nolumus; *tot. tit. unde vi l.* 1. §. *si quis* 8. *l.* 6. *in fin. l. si id quod* 25. §. *ult. de acq. poss.* si furto aut rapina res mobilis ablata sit, *l.* 15. si in flumen decideris, ut mergeretur, *l.* 13. *eod.* Volentibus autem nobis uno tantum modo possessio amittitur, nempe si hoc animo simus, ut nolimus possidere: idque etiam procedit, quamvis corpore, verbi causa, in fundo maneamus, ut constanter à veteribus traditum est *l.* 3. §. *in amittenda* 6. *l. si quis* 17. §. 1. & *l. seq. l peregre* 44. §. 2. *eod.* Neque obstat huic sententiæ, quod Paulus scribit, possessionem non amitti nisi

co

eo modo, quo acquiritur, seu non amittit nisi animo & corpore, *l. 8. eod. l. fere 153. de reg. iur.* Nam & qui in fundo adhuc manens constituit nolle possidere, is non animo tantum, sed ob defectum animi corpore quoque possidere desinit: neque enim dici potest, corpus possidere remoto animo, in quo solo est affectio tenendi. Itaque in amittenda possessione, quod quidem volentibus nobis fiat, semper utrumque in contrarium agitur. *Duar. ad d. leg. 3 §. in amittenda. Donel. lib. 5. comm. cap. 13.*

TEXTUS.

6. Recuperandæ possessionis causa solet interdici, si quis ex possessione fundi vel ædium vi deiectus fuerat. Nam ei proponitur interdictum unde vi *: per quod is, qui deiecit, cogitur ei restituere possessionem, licet is ab eo, qui vi deiecit, vi, clam, vel precario possideat. Sed ex constitutionibus sacris (ut supra diximus) si quis rem per vim occupaverit, siquidem in bonis eius est, dominio eius privatur: si aliena, post eius restitutionem etiam æstimationem rei dare vim passo compellitur. Qui autem aliquem de possessione per vim deiecerit, tenetur lege Iulia de vi privata, aut de vi publica. Sed de vi privata, si sine armis vim fecerit: sin autem armis eum de possessione vi expulerit, de vi publica tenetur. Armorum autem appellatione non solum scuta & gladios & galeas, sed & fustes & lapides significari intelligimus.*

NOTÆ.

6. FUNDI VEL ÆDIUM] Hoc interdictum ad res mobiles non pertinet; Cum eo casu sufficiat actio furti aut vi bon. raptorum, *l. 1. §. 3. & seqq. de vi & de vi arm.* quanquam lege Attica pertinebat, ut scribit Suidas in ἐξώλης. 2. & iure Romano ad eas quoque res mobiles pertinet, quas quis eo in loco, unde deiectus est, habuit, *l. 1. pr. § 32. & seqq. l. pen. d. t.*

EX SACRIS CONSTITUTIONIBUS] *l. 5. l. 7. C. unde vi v. sup. §. 1. vi bon. rapt.*

TENETUR LEGE IULIA, &c. *l. 1. §. 2. de vi & de vi arm. l. 3. §. 2. de vi publ. l. 5. de vi priv.* De pœna harum legum est in *§ 8. inf. de publ. dol.*

SIN AUTEM ARMIS] Vis armata ideo publica habetur, quod solius reip. est armis uti.

ARMORUM APPELLATIONE] *v. l. 41. de verb. sign. l. 9. de vi publ. l. 3. §. 2. de vi & de vi arm.* Ciceronem in ea *pro Caecinna.*

COMMENTARIVS.

1 *Interdictum* unde vi *quibus, quarum rerum nomine detur.*

2 *Deiici quis intelligatur.*

3 *Etiam fructuario & usurario hoc interdictum dari.*

4 *Quibus quo casu ex constitutione Constantini detur.*

5 *In hoc interdicto vincere etiam eum, qui clam, vi, vel precario ab adversario possidet. Licere autem deiicienti eum in continenti rursum deiicere. Vestigium iuris veteris apud Paulum.*

6 *Quatenus Canones hoc interdictum extenderunt: & remedio* can. redintegrandæ: *tum quomodo hic apud Batavos procedatur.*

7 *Pœna invasionis ex sacris constitutionibus, & legibus Iuliis.*

AD recuparandam possessionem *unde vi* interdictum proditum est ei, qui vi de possessione deiectus est, quod fuse declaratur ab Vlp. *l. 1. & l. 3. unde vi, & de vi arm.* Pertinet autem hoc interdictum ad eos tantum, qui de fundo & ædibus deiiciuntur: ad rerum vero mobilium possessionem recuperandam non pertinet: quoniam hic sufficit actio furti aut vi bonorum raptorum, *d. l. 1. § 3. & seqq.* Idemque est, si quis de nave aut vehiculo deiiciatur, *d. l. 1. §. si quis 7. Paul. 5. sent. 6* videlicet si navis aut vehiculum simul adducatur: alias deiecto injuriarum duntaxat actio datur. Plane de rebus mobilibus, quas quis eo in loco, unde vi deiectus est, tunc cum deiiceretur, habuit, placet etiam hoc interdictum reddi; quia verum est vi de eo loco deiectum esse, *l. 1. pr. §. si fundus 32. & seqq. l. pen. eod.* Et quoniam difficulter à deiecto probari potest, quæ & cujus æstimationis res direptæ & deperditæ fuerint, cautum est, ut ei de qualitate & æstimatione earum rerum juranti fides habeatur, hoc adjecto, ne liceat ei jurare ultra taxationem factam à judice, qui recte facturus sit, si prius quam jusiurandum deferat, pro personarum & negotij qualitate modum statuat, quem jurando non liceat excedere, *l. si quando 9. C. eod.* Hoc interdicto ex constitutione Iustiniani etiam is tenetur, qui rei alienæ vacuam possessionem sciens occupavit, *l. ult. C. eod.* cum jure veteri non aliter hoc casu interdicto locus esset, quam si reversus dominus ab ingressu prædij prohiberetur, *l. 6. in fin. de acq. poss. f. d. l. 1. §.*

sine

sive autem 24. unde vi. Don. ad d. l. ultim. num. 8. D. Tulden. ad eumd. tit. C. num. 4. Menoch. recup. poss. rem. 3.

Dejectus fuerit] Dejici intelligitur is solus, qui 2
possidet : unde & huic soli interdictum *unde vi.* competit, *d. l. 1. §. non alii 45. unde vi.* Et ideo si colonus, inquilinus, procurator, hospes, aut alius, qui nostro nomine in possessione est, dejectus sit, interdicto nos soli experiemur. Nam ut isti non possident, sed nos per eos possidemus; sic iis dejectis, non ipsi dejecti intelliguntur; sed nos, qui per eos possidebamus, *d. l. 1. §. quod servum 22. l. ult. eod.* Plane fructuario & usuario etiam hoc in- 3
terdictum datur, licet & ipsi non magis, quam superiores, possideant, *l. 3. §. unde 13. & seqq. eod.* Sed his plus tribui solet, quia emolumentum rei suo jure percipiunt, quam aliis, qui possessores non sunt, ut demonstratum §. *preced.* Constantinus autem dum vult reprimere eorum audaciam, qui 4
absentia dominorum confidentiores facti, dejiciunt eos, qui absentis nomine in possessione sunt, spe impunitatis sibi proposita, eo quod neque dominus absens subvenire poterat, neque dejecti interdicto agere, ultro omnibus, qui absentis nomine in possessione fuerunt, & inde dejecti sunt, hoc interdicto sive actione ad possessionem recuperandam, nomine domini absentis, experiri permisit; & quidem nullo expectato domini mandato: cui nihilominus actiones suas integras conservavit, *l. 1. C. si per vim vel alium mod. poss. add. Menoch. recup. poss. rem. 6.*

Cogitur restituere possessionem] Et præter possessionem occupatam fructus quoque, omnemque utilitatem, quæ ad eum, qui dejectus est, venire potuisset, si dejectus non foret, *d. l. 1. §. ex die 40. & seq. l. sime 15. unde vi, l. 4. C. eod.*

Licet is ab eo, qui vi dejecerit] In interdicto *uti possidetis* succumbit, qui ab adversario vel vi, vel clam, vel precatio possidet, §. *retinenda, sup. eod.* In interdicto autem *unde vi* etiam ille vin- 5
cit. Nimirum in hoc interdicto visum est dejectum statim & sine exceptione restituendum esse, ne occasio detur tumultus. Enimvero qui dejectus, non ex intervallo, sed in continenti & fervente adhuc congressu, dejicientem rursus dejecit, is non tenetur hoc interdicto; quia, quod licet, vim vi repulit, *l. 3. §. eum. 9. eod.* ac proinde possessio in pristinam causam potius reversa, quam ille vi possidere intelligendus est, *l. qui possessionem 17. eod.* Cujac, Horom. *hic*, Duar. 1. *disp.* 20. id quod hic Justinianus ait, referunt ad vim armatam seu publicam: nam quod ad vim privatam seu quotidianam attinet, existimant posse me hac vi adhibita eum, qui à me vi, clam, vel precario possidet, impune etiam ex intervallo deficere: idque Paulum *lib. 5. sent. 6.* significare his verbis; *Qui vi, aut clam, aut precario possidet ab adversario, impune dejicitur.* Sed hoc parum convenit menti Justiniani: & hodie sic obtinet auctoritate hujus textus, ut indistincte vincat hoc interdicto, qui vi quacunque à quocunque dejectus est, teste *D. Menoch. recup. poss. rem. 1. num. 7.* Jure civili hoc interdicto tantum tenetur, qui dejecit, non alius, qui rem postea possidere cœpit, *l. 7. unde vi.* Canones 6
autem id extenderunt etiam adversus tertium spolij possessorem, dummodo sciat vim factam esse: quoniam hoc ipso se socium delicti facit, *cap. sape, de rest. spol.* Qui autem bona fide & justo titulo possessionem nactus est, non tenetur. *Menoch. recup poss. rem. 15. quæst. 13.* Idem Canones & pinguius remedium possessionis recuperandæ introduxerunt *can. redintegrandæ 3. quæst. 1.* nempe etiam rei mobilis per vim amissæ. Quod hodie frequens est, & in foro quoque seculari obtinet. De quo vid. *Menoch. d. rem. Gail. 2. obs. 75. Mynsing. 3. obs. 85. Cacheran dec. 93. Ant. Fab. Cod. sui lib. 8. tit. 3. defin. 1. & passim. Christin. vol. 4. dec. 135. n. 17. & seq. item dec. 140. n. 4. & seqq. & dec. seq. num. 4. & deinceps.* Quomodo apud nos procedatur in causa interdicti *unde vi* sive *complaintæ*, ut vocant, docet Merula *lib. 4. dist. 4. sect 1. tit. 3. cap. 5. & sect. 3. tit. 1. c. 2. ex Instruct. Cur. Holland. art. 39. & 3. seqq.*

Ex sacris constitutionibus] Qui violenter pos- 7
sessionem rei apud alium constitutam invasit, is non tantùm tenetur interdicto *unde vi*, sed alias etiam pœnas sustinet. Tum ex sacris constitutionibus, tum ex legibus Iuliis de vi publica & de vi privata. Constitutionibus hæc pœna invasori imponitur, ut si rei dominus est, dominium eius amittat: si aliena est, cum re alterum tantum vim passo restituat, *l. 5. l. 7. C. unde vi.* Eademque pœna postea placuit etiam multandos conductores cæterosque alienæ possessionis detentores, qui sine iusta causa recusant rem restituere iis, à quibus acceperunt, in eaque recusatione perseverant donec à iudice condemnentur, *l. non absre. 10. C. eod.* de quo plura dixi *sup. ad pr. de locat.*

Vt supra diximus] §. 1. *vi bon. rapt.* ubi didicimus, eandem quoque pœnam in rebus mobilibus vi ereptis locum habere. Genera quoque violentiæ distinximus, & qua quæque pœna coërceatur, tum à prætore, tum legibus & Principum constitutionibus, obiter notavimus *sub. rubr. eod.*

Lege Iulia de vi] Ne quid per vim admittatur, etiam legibus Iuliis de vi publica & de vi privata prospectum est, *l. 1. §. 2. unde vi.* Lege Julia de vi publica tenetur, qui aliquem armis de possessione expulit, *l. 3. §. 2. de vi publ.* De vi privata, qui sine armis, *l. 5. de vi priv.* Vis armata ideo publica habetur, quod solius reipubl. est, armis uti. De pœna harum legum est in §. *item lex 8. inf. de publ. iud.*

Armorum

Armorum appellatione] vid. *l. armorum* 41. *de verb. sign. l. armatos* 9. *de vi publ. l.* 3. §. 2. *unde vi. Ciceronem in ea pro Cæcinna.*

TEXTUS.

4. *Tertia divisio interdictorum est, quod aut simplicia sunt, aut duplicia. Simplicia sunt, veluti in quibus alter actor, alter reus est: qualia sunt omnia restitutoria, aut exhibitoria. Nam actor is est, qui desiderat aut exhiberi aut restitui: reus autem is est, à quo desideratur, ut restituat, aut exhibeat. Prohibitoriorum autem interdictorum alia simplicia sunt, alia duplicia. Simplicia sunt, veluti cum prætor prohibet in loco sacro, vel in flumine publico, ripave ejus, aliquid fieri. Nam actor est, qui desiderat, ne quid fiat: reus est, qui aliquid facere conatur. Duplicia sunt, veluti* uti possidetis *interdictum,* & utrubi. *Ideo autem duplicia vocantur, quia par utriusque litigatoris in his conditio est: nec quisquam præcipue reus, vel actor intelligitur: sed unusquisque tam rei, quam actoris partes sustinet.*

NOTÆ.

7. TERTIA DIVISIO] Ex Paulo *leg.* 2. *hoc tit.*

QUALIA RESTITUTORIA AUT EXHIBITORIA] Denique omnia, in quibus prætor singulari numero utens unum tantum alloquitur. Veluti *Unde tu illum vi dejecisti*, &c. *Ne quid in loco sacro facias*, &c.

CUM PRÆTOR PROHIBET IN LOCO SACRO, &c.] Simplicia quoque sunt prohibitoria de arboribus cædendis, & de itinere actuque, *dd. ll.*

IDEO DUPLICIA VOCANTUR] Duplicia dicta sunt, quod in iis uterque sustineat personam duplicem, actoris sci. & rei. Qualia sunt, in quibus verba prætoris ad utrumque dirigunt, veluti, *Uti possidetis, quo minus ita possideatis*, &c. *uti alter ab altero fruimini, quo minus ita fruamini, l. 1. pr. de superfic.*

TAM REI, QUAM ACTORIS] Eum tamen actoris partes obtinere plerique censent, qui prior ad judicium provocavit, arg. *l.* 13. *de judic.*

COMMENTARIUS.

1 *An dentur interdicta duplicia tam recuperandæ, quam adipiscendæ possessionis.*

TErtia hæc divisio sumpta est à personis litigantium. Quædam enim interdicta sunt, in quibus uterque litigator unam tantum personam sustinet, nempe vel actoris vel rei: qualia sunt, in quibus prætor singulari numero utens unum tantum alloquitur, veluti, *Unde vi tu illum dejecisti, eo illum restituas. Ne quid in loco sacro facias, invo eum locum immittas. Quem liberum dolo malo retines, exhibeas.* Quædam in quibus uterque sustinet personam duplicem, & actoris scilicet & rei: qualia sunt, in quibus verba interdicti ad utrumque dirigit; veluti, *Uti possidetis, quominus ita possideatis*, &c. *Uti alter ab altero fruimini, quo minus ita fruamini, l. 1. in pr. de superfic.* Hinc illa simplicia, hæc duplicia dicta sunt. Extat hæc divisio apud Paulum, *l.* 2. §. *hoc tit.*

Duplicia sunt, veluti Uti possidetis & Utrubi] 1 Ejusdem generis interdictum est, quod de superficiebus proponitur, *l. 1. pr. & §. 2. de superfic.* Alibi hæc interdicta eodem sensu dicuntur mixta, *leg. actionis* 37. §. 1. *de obl. & act.* Paulus *l. 2. hoc tit. in fin.* scribit, etiam esse quædam interdicta duplicia tam recuperandæ quam adipiscendæ possessionis. Sed Cujacius *obs.* 11. negat, ullum hujusmodi interdictum dari. Quippe fieri non posse, ut quis simul agat & ad possessionem jam primum adipiscendam & ad amissam recuperandam: hæc enim repugnantia esse; ac proinde verba illa *tam recuperandæ quam adipiscendæ possessionis*, vel transferendo esse in *l. seq.* vel potius omnino expungenda. Atenim illud fieri potest, ut idem interdictum accommodetur & ei, qui jam primùm possessionem adipisci studet, & illi item, qui de amissa recuperanda sollicitus est. Cujusmodi est interdictum, Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est. Nam hoc interdicto tenetur, & qui prohibuit aliquem in possessionem venire; & is, à quo quis possessione pulsus est, *l. 1. §. 3. illo tit.*

Par utriusque litigatoris conditio] Eum tamen actoris partes obtinere in his interdictis plerique censent, qui prior ad judicium provocavit. *arg. l. in tribus* 13. *de judic.* idque non tantum quoad litis ordinationem, sed etiam quoad litis definitionem: ac proinde non probante eo, qui provocavit, reum absolvi *DD. comm. in d. l.* 13. *Schneid. hic, n.* 5. *& ibid. in not. Vvesemb. Christin. vol.* 4. *decis.* 142. *num.* 6.

TEXTUS.

8. *De ordine & vetere exitu interdicto-*

rum supervacuum est hodie dicere. Nam quoties extra ordinem jus dicitur (qualia sunt hodie omnia judicia) non est necesse reddi interdictum: sed perinde judicatur sine interdictis, ac si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.

NOTÆ.

8. DE ORDINE ET EXITU] *De ordine*, id est, de ritu, de conceptione formularum. *De exitu*, id est, de effectu. Sic exitus actionis *l.* 10. § 4. *quæ in fraud. cred.* exitus controversiæ possessionis, *l.* 35. *de acq. poss. vide inf. in comm.*

QUALIA HODIE OMNIA IUDICIA] Olim interdicta erant formulæ & conceptiones verborum. Hodie judicia omnia sunt extraordinaria, in quibus formularum conceptio non observatur.

COMMENTARIVS.

1 *Quæ judicia ordinaria, quæ extraordinaria olim dicta.*

HIc locus à me expositus est *sub. pr. huius tit.* Pro *exitu* Hotomanno legendum videtur *ritus*; ut agendi, sive ut nunc loquuntur, procedendi formam intelligamus. Quod non placet: quia tunc bis idem diceret Imp. nam ordinis appellatione nihil aliud hic significatur, quam ritus, & modus procedendi. Igitur *de ordine*, id est, de ritu & conceptione formularum, *de exitu*, id est, de effectu. Sic exitus actionis *l.* 10. § 14. *quæ in fraud. cred.* exitus controversiæ possessionis *l.* 35. *de acq. poss.* Theoph. περὶ τάξεως καὶ τοῦ πῶς δεῖ δικάζειν λέγομεν.

Qualia sunt hodie omnia judicia] Ait, suo tempore judicia omnia extraordinaria fuisse. Ordinaria judicia dicebantur, in quibus ordine & more usitato veterum judiciorum lis agebatur: quo more prætor aditus non ipse indicabat, sed quibusdam præparatoriis in jure apud eum tractatis, actionem & formulam dabat, missis porro litigatoribus ad judices pedaneos, qui de re cognoscerent & judicarent. Atque hoc idem etiam in interdictis observari solebat, *l.* 1. § 2. *simul. ventr. nom.* Exceptæ erant quædam causæ de quibus ipse prætor ex officio cognoscere debebat: quod quia præter morem judiciorum ordinarium fiebat, & ab ipso prætore, inde illæ causæ dictæ sunt prætoriæ & extraordinariæ, *tit. de extraord. cogn.* Postquam autem vetus ille mos dandorum judicum sublatus est, magistratibusque injunctum, ut ipsi de causis cognoscant & judicent, *l.* 2. *C. de pedan. jud.* omnes actiones extraordinariæ dici cœperunt: eoque sensu ac respectu puto Justinianum quoque hic dixisse, judicia omnia nunc extraordinaria esse. Alioqui certe postquam ordinarium esse cœpit; ut ipsi magistratus judicent, non possunt judicia, quæ à magistratibus exercentur, extraordinaria vocari. Rep. *quæ scripsimus ad princ. sup. de actionibus.*

TITULUS XVI.

De pœna temerè litigantium.

Continuatio.

COgnito jure tum actoris tum rei, non inconveniens Justiniano visum est, aliquid subjungere de pœna, qua coercentur, qui eo jure abutentes, vel temeritate & inconsiderata audacia, vel dolo & malitia, negotium alicui comparant, sive istendendo litem, sive excipiendo.

TEXTUS.

Nunc admonendi sumus, magnam curam egisse eos, qui jura sustinebant, ne facile homines ad litigandum procederent: quod & nobis studio est. Idque eo maxime fieri potest, quod temeritas tam agentium, quam eorum, cum quibus agitur, modo pecuniaria pœna, modo iurisjurandi religione, modo infamiæ metu coërceatur.

NOTÆ.

QUI IURA SUSTINEBANT] id est, legumlatores, magistratus, jurisperiti, *l.* 21. *de reb. cred. l.* 13. *C. de jud. c. 2. ff. de sent & re iu.* Suet. *in Vesp. c.* 10.

MODO PECUNIARIA POENA] Reus in iis causis, quæ inficiando crescunt, §. 19. 23. & 26. *sup. de act.* actor pœna plus petitionis, §. 33. *sup. d. t.*

IURISJURANDI RELIGIONE] Intelligit jusjurandum calumniæ, de quo mox dicetur.

INFAMIÆ METU] Ut in judiciis famosis, §. 2. *inf. eod.* Sed & φιλοδίκους infamia sequebatur apud Cyrenæos, Heraclid. *de polit.* Fabrot.

COMMENTARIVS.

1 *Causa litium precedenda: litis exortæ statim sopienda: temere litigantes coërcendi.*

LEgislatorem, auctore Platone, in id unice incumbere oportet, ut civitatem quoad fieri

potest,

potest, redigat quasi ad unitatem, hoc est, ad concordiam & unanimitatem. Itaque cum nulla sit res, quæ concordiam & civium inter se consensum magis turbat, quam litium multitudo & frequentia, danda opera est non tantum ut causæ litium præcidantur, lites exortæ confestim dirimantur; cujus rei ut in legibus ferendis rationem haberet, regem suum monuit Isocrates sed etiam, ut à litigando homines deterreantur, & pœnarum comminatione tam temere litigantium confidentia, quam improbe calumniantium malitia compescatur. In hunc finem quoque institutæ fuerunt sponsiones illæ, quibus litigatores se mutuo provocabant, *ni verum bonumque causam haberent*; quarum frequens mentio apud Ciceronem: tum etiam sacramenta: bonæ fidei & causæ pignora, inter quæ & sponsiones quid interfit, ex Varrone, Festo, Asconio docet Hotomannus in Quintiana.

Modo pecuniaria pœna] Temeritas litigandi, & multa pecuniaria, & jurisjurandi & infamiæ metu coërcetur. Multam intelligit, si reos spectemus in iis causis, quæ inficiando crescunt; quales sunt, damni injuriæ dati, depositi miserabilis, piorum legatorum. Si actores, pœnam plus petitionis; de qua explicatum sub §. *si quis agens, sup. de action.* Iusiurandum autem calumniæ significat, de quo mox dicetur. Infamiæ metu terret litigatores improbos, διὸ καὶ τὸ μὴ ἁπλῶς ἀδικεῖν πᾶσιν ἀφεῖται καὶ φαύλως τῆς κακίας πολιτεύεσθαι, ἵνα μὴ κακίας, μέγα, καὶ φοβερὸν *Theod. Hermop. ad l.* 104. *de reg. iur.* Intelligit autem infamiam ex judiciis famosis. De quibus explicabit inferius §. 2. *hoc tit.*

TEXTUS.

1. *Ecce enim jusjurandum omnibus, qui conveniuntur, ex constitutione nostra defertur. Nam reus non aliter suis allegationibus utitur, nisi prius juraverit, quod putans se bona instantia uti ad contradicendum pervenit. At adversus inficiantes, ex quibusdam causis duplici actio constituitur; veluti si damni injuriæ, aut legatorum locis venerabilibus relictorum nomine agatur. Statim autem ab initio pluris quam simpli est actio; veluti furti manifesti, quadrupli; nec manifesti, dupli. Nam ex his, & aliis quibusdam causis, sive quis neget, sive fateatur, pluris quam simpli est actio. Item actoris quoque calumnia coërcetur. Nam etiam actor pro calumnia jurare cogitur ex nostra constitutione, quod non calumniandi animo litem moviſſet; sed existimando, se bonam causam habere. Utriusque etiam partis advocati jusjurandum subeunt, quod alia nostra constitutione comprehensum est. Hæc autem omnia pro veteri calumniæ actione introducta sunt: quæ in desuetudinem abiit; quia in partem decimam litis actores multabat; quod nusquam factum esse invenimus: sed pro his introductum est & præfatum iusjurandum, & ut improbus litigator & damnum & impensas litis inferre adversario suo cogatur.*

NOTÆ.

1. CONSTITUTIONE NOSTRA] Extat in *l.* 2. *C. de jurejur. prop. calum. dand.*

PUTANS SE BONA INSTANTIA UTI] Id est, reus jurat se δίκῃ ἀπομάζειν καὶ αἰτίᾳ ἰσχυρᾷ ἐνεστάναι, ἐ δίκης. *Nov.* 49 *c. ult.* §. 1. Est igitur instantia, sive ἔνστασις, defensio, seu contradictio rei. Instare, ἐνίστασθαι, contradicere, δυσλέγειν. Th.

ADVERSUS INFICIANTES] De hac re satis copiose dictum, §. 17. *sup. de act.*

VEL TRIPLI] Th, εἰς τὸ τετραπλοῦν, *in quadruplum.* Sed hæc verba *vel tripli*, & apud Th. εἰς τὸ τετρ. expungenda sunt. Nulla enim in inficiantem tripli vel quadrupli actio est, Cujac. Hotoman. Fabrot.

ACTORIS QUOQUE CALUMNIA] Iurat actor, se non calumniandi animo litem intendere, sed quod existimet se bonam causam habere, *d. l.* 2. *C. de iur. propt. cal.* Hinc apparet hoc genus jurisjurandi magis esse opinionis, quam assertionis: nec periurum dici posse, qui non obtinuit.

COMMENTARIUS.

1 *Iusiurandum calumniæ, à Iustiniano revocatum, qui præstent, & quale id sit.*
2 *Iusjurandum advocatorum & procuratorum in singulis causis.*
3 *Victum in lite etiam in impensas & damna condemnandum, nisi justam causam litigandi habuerit: & damnandum, etiamsi hæc nominatim petita non fuerint.*
4 *Mores hodierni circa superiora omnia.*

1 JUsjurandum calumniæ, quod apud veteres usurpatum; *l. inter coheredes* 44. §. *qui familiæ, fam. erc.* in desuetudinem postea abiisse videtur,

Iustinianus revocavit, *l. 2. C. de iureiur. propt. calumnand* ubi sancit, ut uterque litigantium in exordio litis juret primum actor, se non calumniandi animo litem intendere, sed quod existimet, se bonam causam habere: deinde reus, se non dolo malo, aut negotij faciessendi causa actori contradicere; sed quod putet, se bona inflanti uti, & jusse ad inficias ire *Nov. 49. cap. ult.* § 1. ubi iubetur reus iurare se, δικαίων νομίζειν πλὴ ἀντιῤῥησιν ἢ εἶναι δίκης. Vnde apparet, hoc iusjurandum magis esse opinionis, quam assertionis, nec perjurum dici posse, qui non obtinuit. *Perez. ad d. tit. C. n. 3.* Ex constitutionibus novellis iurant pariter ambo, nihil se prorsus differendi vel corrumpendi iudicij causa feciisse facturosve esse. *Nov. 49. auth. hic Sacramentum, & auth. in isto, C. eod. Nov. 124. c. 1. auth. principales, C. eod.* Pro iis, qui in tutela aut curatione sunt, iurant tutores curatoresve, non pupilli aliive, quorum res geritur. Idemque obtinet & in cæteris rerum alienarum legitimis administrationibus *d. l. 2. § 2. & seq. iunct. d. auth. principales.* Iurandum autem est apud iudicem, qui de causa cognoscit. Cæterum si vel personæ dignitas, vel sexus verecundia, vel morbus non patiatur litigatorem ad tribunal venire, mittitur aliquis, qui iuramentum domi litigantis excipiat, præsente adversario eiusve procuratore, *d. Nov. 124. c. 1. d. l. 2. § 1. C. eod.* Iure pontificio etiam permissum est, per procuratorem in animam domini iurari, ad quod tamen speciale mandatum exigitur, *c. cum causam 6. de iur. calum. c. 3 § pen. & ult. eod. in 6.* & hoc modo frequentius nomine absentium iurari solet *Gudelin. lib. 4. de iur. noviss. cap 8. in fin. Gail 1. obs. 83. 88. & seq. Menul. lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 8. cap. 4.*

Adversus inficiantes ex quibusdam causis] Ex damni iniuria dati, depositi miserabilis, & piorum legatorum causa lis inficiatione duplatur, *§. sed furti 26. sup. de act.* ubi hac de re satis copiose dictum est. Pertinet autem hoc eo, ut intelligamus, iusjurandum calumniæ pœnam hanc pecuniariam non abrogare.

Vel tripli] Hæc verba tollenda sunt. Nulla enim in inficiantem tripli actio est. Sed neque in vetustis codicibus ea reperiri testantur Cujac. Hotom. Pacius.

Pluris quam simpli actio est] Ex furti causa lis etiam sine inficiatione pœnam affert. Sed hæc pœna huc non pertinet: quoniam temeritatem litigantis non coërcet: voluitque Iustinianus tantum obiter indicare dissimilitudinem causarum.

12 *Virius que etiam partis advocati*] Etiam à patronis causarum seu advocatis ju iurandum simile superiori, & in causa qualibet exigitur, ut scilicet iurent, se integro animo causam clientis sui susceipere, nec falsi patrocinij sibi conscios esse; nullam esse operam, nullamque studium in causa clientis sui intermissuros: denique si quid malitiose aut improbe fingi in ea postea deprehenderint, eius se patrocinium protinus omissuros, *l. 2. pr. C. de iur. propt. cal. l. rem non novam 14. § 1. C. de iudic.* De procuratoribus nihil simile ius civile disposuit: sed iure pontificio cautum, ut non obstante præcedente reorum iuramento, procuratores ad exemplum advocatorum similiter suo nomine iurent, *cap. cum causam 6. de iur. calum. c. 2. eod. in 6.*

Pro veteri calumniæ actione] Fuit vetus quædam calumniæ actio, qua improbi litigatores in partem decimam æstimationis litis, expensarum nomine, multabantur; *l. ult. C. Hermog. de calumniat.* quam hic abrogat Iustinianus, licet desuetudine iam obliteratam. Eandem tamen restituit, atque in usum revocare conatus est *Nov. 112.* hoc etiam addito, ut cautio decimæ non repromissione, sed satisdatione fieret.

Damnum & impensas] Appendix sententiæ est condemnatio in sumptus & expensas litis. Constitutum namque est, victum in lite in expensas quoque & cætera damna victori condemnandum esse; *l. eum quem 79. de iudic. l. properandum §. sive autem 6. C. de iudic. l. 4. C. de fruct. & lit expens. Nov. 82. c. 10. & hoc text.* Nec victo prodest eiurasse calumniam, ut enim vere de calumnia iuraverit, nihilominus tamen ei imputari potest, quod temere adversarium suum in ius vocavit, *d. l. eum quem de iudic.* Plane, si quis iustam causam litigandi habuisse videatur, quod interdum accidit, vel quia res obscura est, vel ex probabili ignorantia facti, vel etiam ex incertitudine iuris nata ex discrepantibus Doctorum sententiis, placet hunc, etsi victus est, ab onere expensarum excusari, *d. Nov. 82. c. 10. auth. post iusjurandum, in fin. C. de iudic.* idque iudicis religioni & prudentiæ æstimandum relinquitur: neque tam ex iure scripto quam ex usu iudiciorum peti debet, *conf. DD. in d. l. eum quem, de iudic. & d. l. properandum, C. eod. Covar. pr. q. 27. n. 5. Viv. lib. 1. epin 415. Menoch. arbitr lib. 1. cent. 2. cas. 177 & 1 præsumpt 35. Gail. 1. obs. 151. & seqq. Gudelin. lib. 4 de iur. Noviss. cap. 13. D. Tulden. comm. hic, c. 3. Christin. vol. 1. decis. 266. & vol. 4 decis 97. cum ibi citat. Sichard. in d. l. properandum, § sive autem, & in l. sancimus 13 C. de indic.* Porro præter impensas in ipsam litem factas etiam cætera damna adversarij in condemnationem veniunt, ut hic textus expresse docet: sed intrinseca tantum, non extrinseca, ut vulgo distinguunt *Sichard. ad d. l. sancimus, n. 9. & seq. T. Ssaur. decis. 67.* Quid si victor propriam causam egerit? etiamne hic salarij ratio habenda? *vid. Mynss. 1. obs. 2. Gail 151. n. 16. Trentac. 2. pr. ref. tit. depositul. n. 3. Gudel. d. c. 13. Christin. vol. 2 decis 102. n. 1.*

Illud

Illud etiam tenendum est, quamvis expensæ nominatim petitæ non sint, nihilominus tamen victum causa cognita victori in eas condemnandum esse, usque adeo ut si judex hanc condemnationem omiserit, rem periculi sui faciat, *d. l. properandum §. sive autem d. Nov. 82. c. 10. Nic. Valla de reb. dub. tract. 1. n. 18 Gudelin. cap. 13. vers. cæterum. Sichard. ad d. §. sive autem n. 18.* ubi hanc sententiam in puncto juris veram esse fatetur post *Salic. ibid.* licet *Bart. & comm. DD.* contrarium teneant. Facta autem impensarum declaratione, judex eas taxare, & super iis juramentum victori deferre debet. *Sichard. in d. §. sive autem n. 16. Gudelin. d. cap. 13.*

Atque hæc quidem iure scripto sic obtinent: cæterum moribus hodiernis magnam partem exoleverunt. Nam neque lis ulla nunc inficiatione duplatur: & vix jurisjurandi calumniæ in plerisque tribunalibus usus est. *D. Gudelin. lib. 2. de jur. Nov. c. 8. in fin. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 8. c. 1. Vvesemb. par. de jureiur n. 9. Christin. vol. 2. decis. 147.* de quo queritur *D. Dicd. Tuld. lib. 4. de caus. corrupt. iud. c. 14.* Loquor de iuramento calumniæ, quo de hic agitur, quod in exordio iudicij à litigatoribus super tota lite iure communi præstandum est: nam quod interdum postea in parte aliqua litis exigitur, veluti ab eo, qui iusjurandum judiciale defert, *l. iusiurand. 34. §. 4. de iureiur.* id moribus adhuc obtinet. *Vvesemb. d. n. 9.* Sed neque advocati aut procuratores amplius in singulis causis jusjurandum præstant; verum semel in universum, cum designantur, sive ad postulandum agendumve pro aliis admittuntur. *Perez. ad tit. C. de iur. pr. pt. cal. Gudelin. d. c. 8 in fin. Merul. d. tit. 8. c. 3 & 4.* quod tamen jusiurandum quotannis statis temporibus apud nos renovare tenentur, *art. 71. Instit. Cur. Holl.* Pure communi ipsi quoque iudices in singulis causis sacramenti religione obstringuntur, ut iurent, se ex vero & legibus iudicaturos, *l. rem non novam, 14. in pr. C. de iud.* Sed & illi hodie unicum tantum jusiurandum dant in ingressu muneris, quod in causis singulis pro repetito habetur, *arg. auth. hoc sacramentum. C. de iureiur. propt. cal. Vvesemb. ad tit. C. de ord iud num. 5.* Porro nec usu hodierno recepta est actio illa decimaria, quam diximus Iustinianum, obliteratam antea & hic repudiatam, postea in usum revocare studuisse. *Nov. 112. Gudel. d. lib. 4. c. 13. in fin.* Quæ vero dicta sunt de condemnatione in expensas litis & cætera damna adversarij, ea ferè hodieque obtinent; nisi quod victus non aliter in hæc condemnari nunc solet, quam si petita fuerint: non quod iudex non possit ex officio victori impensas adjudicare, etiamsi petitæ non sint; sed quia, ut *Bart. Bald. & DD. comm. in d. l. properandum §. sive autem C. de iudic.* censent, & usus iudiciorum recepit, non tenetur. Cæterum impensæ satis petitæ intelliguntur secundum plerosque, si libello, ut fieri solet, adjecta sit clausula, *ut super omnibus optimo quoque modo ius & iustitia administretur. Gail. 1. obs. 151. Mynsi. 4. obs. 55. Damhoud. prax. civ. c. 108. & ibi in annot. Nic. Tulden. Merul. d. sect. 3. tit. 1. c. 2. n. 15. Gudelin. d. cap. 13.* Victor quas fecit impensas libello complectitur, & adversarius quantitatem earum deminuit; ac demum iudex vi taxationis in sententia sibi reservatæ, utraque parte audita modum earum constituit, *art. 95. & seq. Instruct. Cur. Holl. Merull. lib 4. dist. 4 sect. 5. tit. 15. & seq. Gudelin. d. c. 13. vers. ult.* Temerarij litigatores apud nos multantur hoc modo. Qui in oppidis aut apud Baillivum & Pares Curiæ litem temerè aut intendit aut suscipit, præterquam quod causam amittit, & impensarum damnum sentit, iubetur condemnari in actionibus realibus in summam trium florenorum, in personalibus in tricesimam partem ejus, quod petitum est, ut tamen hæc pœna non excedat summam sex florenorum. In pagis eadem temeritas coërcetur in actionibus realibus pœna unius floreni & decem assium: in personalibus pœna quinquagesimæ æstimationis rei petitæ, quæ tamen pœna non egrediatur summam trium florenorum, *art. 22. Ordin. Iustit.* Quod si quis ab inferiore iudice ad Curiam provincialem temerè provocet, is jubetur condemnari in florenos triginta, *art. 211. Instruct. Cur. Holland.* & à Curia temerè appellans supremum Senatum, in florenos quinquaginta, *art. 232. Instruct. sup. Senat.* quæ pœnæ fisco cedunt, uti superiores officiario, *add. noviss. ampliat. Instruct. Cur. Holl. edit. ann. 1644.*

TEXTUS.

2. *Ex quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt; veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo; item tutelæ, mandati, depositi, directis, non contrariis actionibus: item pro socio, quæ ab utraque parte directa est: & ob id quilibet ex sociis eo iudicio damnatus, ignominia notatur. Sed furti quidem aut vi bonorum raptorum, aut iniuriarum, aut de dolo, non solum damnati notantur ignominia, sed & pacti: & rectè: plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis, an ex contractu debitor sit.*

NOTÆ.

2. DAMNATI IGNOMINIOSI FIUNT] Addit prætor in edicto, si damnati sunt suo nomine, *l. 1. l. 4. §. ult. de his qui not. infam.* Conditio addita propter procuratores, & tutores & curatores, qui alieno nomine conventi & damnati infamiæ notam non subeunt, *l. 6. §. 2. eod.*

DIRECTIS, NON CONTRARIIS ACTIONIBUS] *d. l. 1.* Nam in contrariis judiciis de dolo aut perfidia non agitur; sed tantum de calculo & supputatione ejus, quod contrario judicio agenti abest, *d. l. 6. §. ult. l. 5. depos.* Nemo autem notatur, nisi qui ex his causis ob dolum ac perfidiam damnatus sit, *d. l. 6. §. ult. d. l. 5. depos.*

SED ET PACTI] *d. l. 1. l. 4. §. ult. d. t.* Ratio est, quia intelligitur confiteri crimen, qui paciscitur, *l. 5. eod.* utique si cum pretio quantocumque pactus sit: non si gratis remissa sit actio. Inhumanum enim esset, veniæ nullum locum dari *d. l. 6. §. 3.*

COMMENTARIVS.

1 *Iudicia civilia ex delicto, qua qua conditione concurrente famosa.*

2 *Famosam non esse actionem quod met. cap. neque interdicta neque condictiones, quamvis ex famosis causis.*

3 *Ex contractu qua quibus conditionibus concurrentibus judicia famosa.*

4 *Cur non omnia judicia bona fide famosa.*

5 *In actionibus famosis ex delicto, etiam pactos infamia notari: in iis, qua ex contractibus, non item: & cur tam varie.*

Pœna infamiæ non tam temeritatis pœna est, quamdoli: & certis duntaxat ex causis judicio civili damnatis infligitur: quales sunt illæ quatuor ex delicto, & totidem ex contractu, quæ hic recensentur. Iudicia quidem criminalia & ipsa ut plurimum famosa sunt: sed ea huc non per-
1 tinent.

Veluti furti, &c.] Furti, rapinæ, injuriarum, de dolo malo damnati, edicto notantur infamia, *l. 1. de his qui not. inf.* Damnatio ea accipienda est, vel à qua non est provocatum, vel quæ confirmata est, *l. 6. §. 1. eod.* Addit prætor in edicto, si damnati sint suo nomine, *l. 1. l. 4. §. ult. eod.* Conditio addita propter procuratores, tutores & curatores, qui alieno nomine conventi, tametsi ipsi condemnentur, infamiæ tamen notam non subeunt, *d. l. 6. §. 1.* Famosa quoque sunt judicia, sepulchri violati, *l. 1. de sepulchr. viol.* & expilatæ hæreditatis, quod est gravius judicio furti, *l. si te. 12. C. ex quib. ca. infam.* item actio, quæ est adversus mulierem, quæ ut in possessionem bonorum ventris nomine mitteretur, prægnantem se adseveravit, cum prægnans non esset, aut ex alio concepisset, *l. notatur. 15. cum 4. seqq. eod.* Actio autem quod metus 2
causa famosa non est, quoniam in hac satis visum quadrupli pœna contumaciam coërceri. *Don. 15. comm. 40.* Sed neque ulla interdicta famosa sunt, quamvis sint ex causa delicti, *l. neque 13. unde vi.* Postremo nec inter causas famosas ex delicto numeratur damnum injuria datum: nimirum quia etsi ponamus, consulto & malo animo damnum datum esse, tamen quia hoc factum contumeliam conjunctam non habet (alioqui & injuriarum actio competeret) non videtur tam atrocem pœnam mereri. *Hotom. hic.* Illud constat, in condictionibus cessare ignominiam, quamvis ex famosis causis descendant, *l. cessit. 36. de obl. & act.* veluti in condictione furtiva & actione rerum amotarum *per l. pen. de cond. furt. l. rerum. 26. de act. rer. amot.*

Tutelæ, mandati, depositi, pro socio.] Etiam qua- 3
tuor hæc judicia ex contractu proficiscentia, tutelæ, mandati, depositi, pro socio, famosa sunt; notanturque his judiciis damnati, si tres hæ conditiones concurrant; si quis suo nomine; si de dolo ac perfidia sua; si directo judicio condemnatus fuerit. Prima conditio cum causis superioribus communis est, *l. 1. l. 4. §. ult. de his, qui not. inf.* Ex qua intelligimus, notari eos solum, qui suo, non qui alieno nomine damnantur, veluti procuratores, tutores, curatores, hæredes. Itaque si quis judicio famoso conventus curet, ut per procuratorem defendatur, hic futurum est, ut & ipse infamiam effugiat, quia non condemnabitur, sed procurator ejus, *l. 1. C. de sent. & inter loc.* neque tamen notetur procurator, quia condemnatur alieno nomine, *d. l. 6. §. 2.* De hærede quoque idem eodem loco dicitur: nimirum etsi hæres actionibus ex contractu venientibus etiam ob dolum defuncti in solidum teneatur, & lite contestata pœnales quoque ex delicto contra eum transeunt; *l. 12. l. omnes 26. ex contractibus 49. de obl. & act. l. ad ea. 157. §. ult. l. penalia. 164. cum simil. de reg. jur.* neutro tamen casu ita tenetur ut damnatus infamiæ notam subeat, cum non suo nomine, nec ex suo dolo & delicto, sed ex alieno conveniatur. Hodie autem exiguum hæc usum habent, quoniam non amplius sententia in procuratorem, sed in dominum dirigitur. *D. Tulden. in tit. C. de sent. & interloc. num. 4. Christin. vol. 4. decis. 91. n. 16. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 5. tit. 1. cap. 1.* Neque privata judicia pœnalia habemus, quæ dici possunt lite contestata in hæredes transire, nisi forte injuriatum. Illud adhuc manet, quod licet successores etiam ob dolum defuncti ex contractibus in solidum teneantur, nunquam tamen ita tenen-

tur,

tur, ut damnatos sequatur infamia. Secunda conditio est, si quis ex his causis ob dolum ac perfidiam damnatus sit, *leg. 6. §. ult. de his qui not. infamia. l. 5. depos. §. suspectus 6. de susp. tut.* Neque enim convenit, infamiæ notam cuiquam inuri, qui nihil turpe admisit, sed culpa tantum imperitiave aut solita negligentia peccavit: quoniam hoc etiam in hominem idoneum & frugi cadere potest, *l. probrum. 42. de verb. sign.* Tertia & postrema conditio est, si quis condemnatus fuerit judicio directo, *d. l. 1. de his qui not. inf.* Nam in contrario de dolo aut perfidia non agitur, sed tantum de calculo & supputatione ejus quod contrario iudicio agenti abest, *d. l. 6. §. ultim. eodem titul. d. leg. 5. depos.* Hæc autem conditio addita non propter actionem pro socio, quippe quæ utrinque directa est: sed propter tres reliquas, quarum quædam directæ, quædam contrariæ. Plane in causa mandati interdum etiam contrario judicio de fide violata agitur, & damnatus notatur infamia: ut in specie *d. leg. 6. 2. antepen. de his qui not. infam.*

4 *Tutelæ, mandati, depositi, pro socio*] Quid ergo? an reliquis bonæ fidei iudiciis, puta empti, venditi, locati, conducti, commodati, actione pignoratitia, ob dolum & perfidiam damnati, infames non erunt? Et cum prætor quatuor illa, quæ hic proponuntur, nominatim exceperit, notaverit, haud dubiè in cæteris integram existimationem servari voluit. Neque vero defuit prætori sua ratio, cur quatuor illa à cæteris segregaret. Licet enim in omnibus, qui se malitiosè gerit, fidem ex æquo violet, in solis tamen illis quatuor eam violat specie amicitiæ; quod maioris est improbitatis: nam quod de mandato non ex fide gesto ait M. Tullius *pro Rosc. Amerin.* eo nomine non minus turpe iudicium constitutum esse, quam furti; propterea quod hæc culpa duas res sanctissimas violat, amicitiam & fidem; id non magis mandati iudicium, quam ad tria reliqua, tutelæ, depositi, pro socio, pertinet, *add. Corasium. 4. misc. 19. Don. 18. comm. 8.* Hodiernis moribus nulla judicia civilia famosa esse dicuntur, & non tam ex causa, quam ex genere pœnæ infamiam irrogari, *vid. Bern. Autumn. confer. ad rubr. C. ex quib. caus. infam. Zypæ. not. iur. eod. tit. Græneww. d. ll. abrog. hic.*

5 *Sed & pacti*] Non solum damnati ex superioribus delictis sed & pacti infamia notantur, *d. l. 1. l. 4. §. ult. de his qui not. inf.* Ratio est, quia intelligitur confiteri crimen qui paciscitur, *l. 5. eod.* confessus autem pro judicato est, *l. 1. de confess.* Quod tamen ita acceptum est, si quis cum prerio quandocumque pactus sit, non si gratis remissa sit actio: nam inhumanum esset, veniæ nullum locum dari, *l. 6. §. 3. de his qui not. inf.* In actionibus vero, quæ famosæ sunt ex contractibus, paciscens infamia non notatur: quoniam in his causis non tam turpis est pactio: & potius hic de eo, quod adversarij interest, interposita præsumitur, quam ex conscientia doli, *l. 7. eod.* Atque ad has causas tantum illud quoque pertinet, quod traditur in *l. si reus 73. de procur.* reum actione famosa conventum infamiam declinare posse, si tantam pecuniam, quanta petitur, actori solverit, aut eo recusante accipere, si oblatam apud acta deposuerit; quanquam DD. vulgo hoc etiam ad causas famosas ex delicto referunt: vid. quæ notamus sup. §. *in summa de injur.*

TEXTUS.

3. *Omnium autem actionum instituendarum principium ab ea parte edicti proficiscitur, qua prætor edicit de in jus vocando. Vtique enim in primis adversarius in jus vocandus est, id est, ad eum vocandus, qui jus dicturus sit. Qua parte prætor parentibus & patronis, item parentibus liberisque patronorum & patronarum, hunc præstat honorem, ut non aliter liceat liberis libertisque eos in jus vocare, quam si id ab ipso prætore postulaverint & impetraverint. Et si quis aliter vocaverit in eum pœnam solidorum quinquaginta constituit.*

NOTÆ.

3. ACTIONUM INSTITUENDARUM] In jus vocatio principium est judicii instituendi, & primæ ordinis judiciarii pars, *l. 1. C. de exc. rei iud.*

IN JUS VOCANDUS EST] *l. 4. C. de sent. & inter. loc.* eique edenda actio, quo is secum interim deliberet, utrum cedere velit, an judicio contendere, *l. 1. de edend. auth. offeratur. C. de lit. contest.*

PARENTIBUS ET PATRONIS] *l. 4. cum seqq. de in jus voc. §. 12. sup. de act.* Macrob. 7. *Saturn. 5. Ab auctoritate vestra tanquam ab edicto prætoris impetrata venia.*

SOLIDORUM QUINQUAGINTA] *l. pen. d. t.* quod si libertus inopia laboret, à præfecto urbi, quasi inofficiosus castigatur, *l. ult. eod.* Vnde vulgo dici solet, *qui non habet ære, luat in pelle.*

COMMENTARIVS.

1 *Partes processus judiciarii.*
2 *An in jus vocatio pars sit judicii.*

3. *Effectus*

3 *Effecta in jus vocationis.*
4 *Omissa in jus vocatione nihil cognosci aut statui posse.*
5 *Quid interest inter citare, & in jus vocare.*

CONcluditur hoc loco tractatio de actionibus, ad quam omnia, quæ hactenus dicta sunt, pertinent; doceturque, actionem omnem instituendam esse apud magistratum, cujus de ea re jurisdictio est, vocato prius ad eum adversario.

1 *Actionum instituendarum principium*] Processus judiciarii partes sunt quatuor, quarum ordinem & progressum natura ipsa ostendit, & eleganter expresserunt *Impp. in l. 1. C. de except. rei jud.* in jus vocatio, litis contestatio, causæ cognitio, sententia. Additur & quinta, sententiæ executio, quæ tamen ab ordine, quoad eam pervenitur, secerni potest. Prima ordinis judiciarii pars est in jus vocatio: ab ea enim, ut hic dicitur, omnium actionum instituendarum initium profiscitur. Quidam & judicii partem esse contendunt: sed hoc alii & plures negant; quoniam judicium non ante cœptum dicitur, quam lis est contestata, *l. unic. C. de lit. contest. l. amplius 15. ratam rem hab. Gail. 2. obs. 48 & 74. Vvesemb. par. de jud. n. 6. Christin. vol. 2. decis. 149. n. 12. & dec. 155.*
2 *n. 9.* Dissidium non difficile compositu. Nam aut vocem judicii latius accipimus pro toto litis tractu ab in ius vocatione usque ad executionem, quæ processus judiciarii est pars ultima. *Vvesemb. ad rubr. C. de iud. n. 19. Cagnol. ad rubr. C. de edend. n. 21. & 24.* aut pressius, ut ea tantum contineat, quæ olim apud judices pedaneos expediebantur, nempe pro progressu judicii à lite contestata usque ad sententiam, qui instantia dici solet. *Mant. spec. aur. p. 5. n. 2.* Priore sensu non minus in jus vocatio proprie & verè pars judicii est, quam litis contestatio, &c. Posteriore proprie judicii pars non est: quanquam nihil vetat, partem judicii etiam proprie dicti vocare id principium, quod judicium ita antecedit, ut sine eo ad illud non perveniatur. Unde etiam, qui partem esse judicii negant, eam vocant principium, basin & fundamentum processus. *Gail. d. obs. 48. & dict. obs. 74.*
3 *n. 1.* Effecta in jus vocationis hæc ferè sunt. 1. Ut si quis postea quam in jus vocatus est, alterius fori esse cœperit, puta mutatione domicilii, aut privilegio proprii judicis quæsito, is in ea causa jus fori revocandi non habeat, quasi vocatione præventus, *l. 7. de iudic. 2.* Quod perpetuat jurisdictionem iudicis delegati, hoc est, uti is delegante post propositum citationis edictum mortuo, nihilominus in causa procedere possit & debeat, *c. gratum 20. de off. deleg. 3.* Quod post citationem in actionibus in rem res, de qua agitur, litigiosa esse incipit, *auth. litigiosa. C. de litigios. via. Covar. pract. quæst. 15. n. 6.*

In primis adversarius in jus vocandus est] Qui judicio cum aliquo contendere constituit, is ante omnia adversarium suum in jus vocare debet, eique actionem edere, quo is secum interim deliberet, utrum cedere velit, an judicio contendere; & si contendendum putet, ut veniat instructus, *l. 1. de edend. auth offeratur. C. de lit. cont.* Unde in- 4
telligimus, hunc actum omnino necessarium esse, eoque omisso nihil cognosci, nihil statui posse: & si contra factum sit, id pro infecto habendum, nec rei judicatæ auctoritatem obtinere, fac. *l. 4. C. de sent. & interloc.* & merito: quoniam sic deficit una ex personis, quæ ad constitutionem judicii necessario requiruntur: neque iudex contra jus naturale & divinum reum privare debet defensione, quæ naturalis est. *Clement. pastoralis de re jud. Pet. Gregor. 48. syntagm. 2. n. 28. Damhoud. prax. civ. cap. 54. n. 3. Gail. obs. 48. & de pac. publ. 5. num. 6. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 1. tit. 4. cap. 1. Christin. vol. 2. decis. 89.*

Qui jus dicturus sit] In jus vocare, est ad eum vocare, qui jus dicturus est, juris experiundi gratia, *l. 1. de in jus voc. & hoc text.* Judicem igitur, ad quem vocatio fit, oportet aut tribunali præesse, aut aliam iurisdictionem habere. Ad eum, qui nudam duntaxat notionem habet, hoc est, ad judicem pedaneum vocatus, impunè non parebit, *l. 3. §. 1. ne vis fiat ei, qui in jus voc.* Additur in *d. l. 1. juris experiundi causa*, qui finis est vocationis. Non enim vocatur quisquam in ius, nisi ea gratia, ut cum eo liceat jure judicioque experiri, sive agere de re, quæ in judicium vocatur. In jus vocatio vulgo nunc citatio appellatur, & 5
promiscuus etiam horum verborum usus est in constitutionibus Iustiniani, contra quam veteres, qui verbo *citare* nunquam utuntur pro in jus vocare. Sanè verbi *citandi* latior etiam nunc usus est, quam in jus vocandi: quippe citationi locus est etiam post cœptum judicium, & in quavis parte judicii; veluti cum quis citatur ad audiendam sententiam, ad videndum jurare testes, &c. cum in ius vocatio de prima illa citatione, quæ judicium præcedit dicatur duntaxat. Quomodo nunc citatio seu in ius vocatio fieri soleat, quibus partibus constet, & quam vim habeat, cognosces ex *Merul. lib. 2. tit. 1. & lib. 4. dist. 4. sect. 1. tit. 4. c. 1. & seqq. Gail. 1. obs. 48. & seqq. & obs. 74. n. 16. & seqq. Myns. 6. obs. 10. Christ. vol. 2. dec. 89.*

Parentibus & patronis] Hac de re copiosè explicatum est sub § *pœnales 12. sup. de actionib.*

TITULUS.

TITULUS XVII.

De officio judicis.

1. *Continuatio. Quid sit litis contestatio. An ea à parte rei aliquando per affirmationem aut confessionem inducatur: ejus effecta: & quibus in causis non necessaria.*

SI is, qui in ius vocatus est, neget, quod intenditur, & cum actore paratus sit contendere negatio eius rem dubiam, contentio utriusque litem facit, & à veteri ritu testationis in lite instituenda, litis contestatio dicitur: de quo ritu vid. *Per. Fab. 2. semestr. 24. Revard. pro tribun. 11. Cuiac. 9. obs. 21.* Per litis contestationem potestas fit iudici de re cognoscendi & iudicandi: ante nihil cognosci, aut definiri potest. *Nov. 53. c. 4. tot. tit. C. ut lit. non cont. non proc.* Eaque sic rectè nunc definietur (nam vetus contestatio lata est, licet nomen manserit) negotij hinc inde apud iudicem facta narratio, continens petitionem actoris, & ad eam ei conventi responsionem per contradictionem, *l. un C. de lit. cont. l. rem non novam. 14. §. 1. C. de iudic. l. 2. C. de iureiur. propt. calum.* Enimvero non quælibet petitio actoris & responsio seu contradictio rei litis contestationem inducit, sed destincta, & quæ statum causæ iudici demonstrat. Cumque lis esse non possit, nisi unus affirmet, alter neget, apparet, litis contestationem non fieri, nisi quemadmodum definivi, per contradictionem eius, quod petitur; ac proinde ex parte rei non nisi negativè, *d. l. 14. § 1. C. de iudic. Vigel. de lit. contest. cap. 1. Obrecht. c. 2. n 16. & seqq. D. Perez. ad tit. C. eod n. 3 & 4.* Et malè igitur Glossa in *cap. unic. C. eod. Sichard. in rubr. C. eod. n. 5. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 6. cap. 1.* statuunt, etiam per confessionem rei litis contestationem induci: nam qui hosti se dedit, certare dici non potest. Lite contestata, (*soo haest de gedaegde geantwoordt de heft, ende concluse genomen, dat den* impetrant *sinen eyschende concluse sal zijn ontseydt*) judicium constitutum esse intelligitur, *d. l. un. C. de lit. cont. l. 15. rat. rem. hab. l. lite. 35. de usur. iunct. l. 1. C. de iudic.* Est enim litis contestatio, ut dictum est superiore titulo, prima iudicij pars, si vocem iudicij propriè & strictè accipimus, & à DD. appellatur iudicij principium formale: cujus effecta congesserunt, *Gail. 1. obs. 76. & 2. seqq. Merul d. tit. 6. c. 2. Perez. in C. d. lit. Cont. n. 8. D. Tuld. ib. n. 3.* Sunt autem ferè hæc. 1. Per litis contestationem statim res subiicitur cognitioni iudicis. 2. Actiones omnes, quæ alias tempore aut more perituræ essent, semel iudicio inclusæ, saluæ permanent, §. 1. *sup. de perp. & tem. act. l. omnes. 26. l. sciendum. 58 de obl. & act. l. nemo. 87. l. omnes. 139. de reg. iur.* 3. Actiones, quæ alias triginta annorum spatio circumscriptæ, post litis contestationem omissæ, intra quadraginta annos repeti possunt, *l. ult. C. de præsc. trig. ann. l. 1. § 1. C. de ann. exc.* 4. Litis contestatio inducit præstationem fructuum in strictis iudiciis, quibus agitur ad consequendum, quod nostrum non fuit, *l. videamus 38. §. si actione 7. de usur.* 5. Excludit exceptiones dilatorias, *l. pen. & ult. C. de exc.* & in universum actoris conditionem meliorem facit, *l. non solet. 86 cum l. seq. de reg. iur. 6.* Litigatores in eodem iudicio retinet, *l. ubi acceptum. 30. de iudic.* & retinet in conjuncto, ne causæ continentia dividatur. *l. nulli. 10 d. tit.* adeoque actorem petitioni mutuæ (reconventionem vocant pragmatici) obnoxium reddit, *l. qui non cogitur. 22. eod tit. l. 14 & auth. & consequenter. C. de sentent. & interloc.* Illud omnes passim notant, omissa litis contestatione processum vitiari: quanquam sunt quædam causæ, quæ contestationem non desiderant? quales sunt causæ appellationis, summariæ, notoriæ, & ubi periculum in mora. *Mynsi. 1. obs. 1 & 38. & 3. obs. 74. Gail. dd. loc. Merul. d. tit. 6. c. 2. Christin. vol. 2. decis. 155. n. 2.* Constituto sic per litis contestationem iudicio statim res ad cognitionem iudicis pertinere incipit; de cujus officio porro videndum.

TEXTUS.

Superest, ut de officio iudicis dispiciamus. Et quidem in primis illud observare debet iudex, ne aliter iudicet, quam legibus, aut constitutionibus aut moribus proditum est.

NOTÆ.

DE OFFICIO IUDICIS] Aliud veteribus est officium ius dicentis, aliud officium iudicis, de quo hic quæritur: alterum enim iurisdictionis est, cui cohæret potestas exequendi, quæ mixtum imperium nostris dicitur, *l. 1. in fin l ult §. 1. de off. eius mand. iurisd. l. 3. de iurisd.* alterum nudæ notionis, causæ cognitione, & sententiæ dicendæ potestate circumscriptum, *l. 5 l. 15. l. 55. de re iud.*

NE ALITER, QUAM LEGIBUS] *l. 13. C. de sent. & inter loc. ita h. iubemur. C. de iudic.* Quippe judex legum minister, non arbiter est. Augustin. *c. 3. dist. 4. post quam leges latæ sunt, non de ipsis, sed secundum ipsas iudicandum est, & Nov. 126.*

cap. jubetur judices νόμοις ἐγκαλλῶν δικάσαι ψῆφον, *legibus cognitam edere sententiam*, in quas jurabant Athenis & Romæ.

AUT CONSTITUTIONIBUS.] Sententia, quæ expressim lata est contra legum, constitutionum, morumve præscripta, adeo inutilis est, ut ne appellatio quidem necessaria, *leg. 19. de appell. l. 1. §. 2. quæsent. sen. prov. l. 2. C. quand prov. non est nec.*

COMMENTARIVS.

1 *Aliud esse officium jus dicentis, aliud judicis: illi respondere, quod vulgo vocatur officium judicis nobile; huic, quod mercenarium: & in quibus hæc consistant.*
2 *Causæ cognitio quid & quibus in rebus consistat.*
3 *Officium judicis in judicando quale.*
4 *Quæ sententia nullius momenti: quæ item, licet injustæ, valeant, nisi provocetur: & quid circa hæc in Belgio.*
5 *Verum judex secundum conscientiam suam, an secundum acta & probata judicare debeat.*
6 *Omnes judices, etiam supremos, secundum leges & mores judicare debere: & secundum quæ jura judicetur in his provinciis.*

1 ALiud est veteribus officium jus dicentis, aliud officium judicis, de quo hic quæritur: alterum enim jurisdictionis est, alterum nudæ notionis. Illud interpretes vulgo officium judicis nobile vocant, hoc mercenarium, verbis magis, quam sensu inconcinno. Ad officium jus dicentis hæc pertinent: minores facilitate sua læsos in integrum restituere; *l. 1. §. 1. de minor.* bonorum possessionem dare; in possessionem mittere; pupillis minoribus tutores curatoresve non habentibus constituere; judices litigantibus dare; jubere cavere prætoria stipulatione; *l. 1. l. 4. de jurisd.* sententiam judicum à se datorum exequi; *leg. à Divo. 15. de re judic.* multam dicere; pignora capere; *l. 1. si quis jus dic. non obtemp. l. 4. §. 2. de damn. inf.* Sic hodie cum magistratus, non servato judicij ordine, reum nec auditum ad solius actoris supplicationem jubet supersedere facto aliquo, puta cæsione syluæ, cultione agri, &c. idque sub pœna, addita clausula, quæ & necessario addenda, ut si gravatum se sentiat mandato pœnali, certo die veniat se defensurus; quo veniente mandatum illud resolvitur in simplicem citationem: hoc item proficiscitur ab auctoritate prætoria, & officio judicis nobili. *Oldend. in præfat. Class. C. de off. jud. D. Tuld. hic. c. 1.* Ad officium judicis pertinet, causam cognoscere; *l. 9. C. de jud.* dare & moderari dilationes; *l. 7. de fer. & dilat.* jubere cavere, stipulatione judiciali; *§. 1. sup. de div. stip.* denique de re cognita pronuntiare: nam & sententiæ officio judiciis, quod mercenarium vocant, pronuntiantur, tam super re principali, quam super usuris, fructibus, sumptibus litis, aliisque accessionibus, *l. de quare 70. de judic. l. qui per collusionem 49. §. ult. de act. empt.* dicta autem semel sententia, cessant partes judicis, & succedunt magistratus, *l. judex. 55. de re jud.* Igitur ad officium judicis duo hæc maximè spectant, causæ 2
cognitio, & judicatio. Causæ cognitio, quæ & disquisitio, & examen, & disceptatio, est corpus & substantia judicij, nec ullus potentior judicij defectus. *Vestr. 3 pr. aul. Rom. c. 2. n. 7. & Gravat. ad Vestr. ibid.* Consistit autem in his rebus; ut judex negotij veritatem examinet, deinde & justitiam, quorum alterum ad factum refertur, alterum ad jus. *l. 3. de in int.* Cognoscitur autem causa ex iis, quæ à litigatoribus allegantur probanturque. Primo igitur litigatores audiendi; inde expendenda, quæ ad probationem afferuntur; neque id perfunctoriè ad summatim, ut interdum fit, cum de re aliqua non ex professo agitur, sed duntaxat per occasionem, ubi judex præsentem probationem sequens, id quod contra affertur, si altiorem quæstionem habeat, in aliud tempus reiicere solet; *l. 3. §. 4. de Card. edict. l. 15. §. 4. de re jud.* (consule de causis summarij judicij & perfunctoriæ cognitionis Vestrium *pract. aul. Rom. lib. 5 cap. 1. & seq. Damhoud. prax. civ. cap. 22. & seq. Mynsing. obs. 70. & 6. observ. 16.*) verum ut in justo judicio, adhibita plena & justa inquisitione. Est autem plena & justa inquisitio ac cognitio, cum judex nihil eorum, quæ ad intentionem actoris & defensionem rei pertinentia afferuntur, quæque judicij natura non repudiat, prætermittit, quin audiat cognoscatque, *l. 9. C. de judic. & ib. DD.* Causa sic disceptata ac cognita, superest, ut judex, qui de re cognovit, etiam judicet seu sententiam ferat, *leg. de qua. 74. de judic.* in qua ferenda quid pro officio observare debeat, docet deinceps Justinianus. §

Nec aliter judicet, quam legibus] Judici permissum non est, quo velit modo, ita judicare: quippe qui legum minister, non arbiter est. Sed cavere debet, ne aliter judicet, quam legibus aut moribus est proditum, *hoc text. l. nemo 13. C. de sen. & interloc. auth. jubemus. C. de judic. Nov. 126. c. 1.* ubi jubentur judices νόμοις ἐγκαλλῶν δικάσαι ψῆφον, legibus cognitam edere sententiam. Cui consentaneum est, quod principes humanæ sapientiæ Plato & Aristot. non uno loco tradiderunt, judicem legibus alligatum esse oportere. Et illud Augustini *c. 3. dist. 4.* Postquam leges latæ sunt, non de ipsis, sed secundum ipsas judicandum. Potest sanè judex verba legis, si duriora videantur, æquitate

tate quadam flectere, ut voluntatem legislatoris ἀδικῶ sit, sed etiam παρόμου, de lege ipsa & conservet: quinimo id facere jubetur, *l. benignius 18. de legib.* atque in re omni æquitatis potius, quam stricti juris rationem habere, *l. 8. C. de judic. Scriptum sequi*, ait M. Tullius *in ea pro Cacin. calumniatoris est: boni judicis, scriptoris voluntatem auctoritatemque defendere.* Atenim vero si & ipsa legis verba, & simul mens legislatoris perspicua sint, quamvis à generali illa æquitate, quæ communiter in omni lege inesse putatur, dissideant, cuius rei exemplum habemus in *l. prospexit qui & à quib. man.* hic judex non potest prætextu æquitatis à verbis legis recedere, ne simul faciat contra legis sententiam, nec tam interpretetur legem, quam tollat; quod solius est Principis, hoc est, ejus cujus est & legem condere, *l. 1. l. ult. C. de legib. Gudelin. lib. 5. de jur. nov. c. 2.* Sententia contra formam juris lata nullius momenti est: veluti quæ causa non cognita, aut non pu-
4 blicè & palam, ac more maiorum, aut non præsentibus iis, inter quos res agitur, dicta *tit. Cod. quom. & quand. jud.* quæ ex scripto recitata non est, *C. de sent. & brevic. rec.* quæ absolutionem aut condemnationem non continet, *l. 3. C. de sent. & interl.* quæ sine certa quantitate prolata *C. de sent. quæ sine cert. quant.* quæ lata est contra rem judicatam, à qua provocatum non est, *l. 1. C. quand. prov. non est nec.* quæ expressim contra leges, Senatusconsulta, aut constitutiones, data, *l. si expressim. 19. de appell. leg. 1. §. 2. quæ sent. fin. app. l. 2. C. quand prov. non est nec.* & si quæ sunt similes. Cumque hujusmodi sententiæ auctoritatem judicati non habeant, etiam sine appellatione causa denuo induci potest, *dd. ll.* Sed quid si horum nihil objici possit, & tamen sententia injusta dicatur? Placet, sententiam valere, & standum esse rei judicatæ, si appellatum non erit, aut non intra tempora ad appellandum constituta, *l. præses 27. l. cum prolatis 32. de jud. d. l. 2. C. quand. prov. non est nec.* usque adeo, ut nec rescriptum Principis contra sententiam recipiatur, *l. ult. C. sent. resc.* Verum hoc ita est, si nihil amplius proponatur, quam, sententiam in hypothesi injustam esse; quia de jure litigatoris judex pronuntians eum condemnavit, quem absolvere debebat, aut contra. Ut ecce, actor centum nomine sortis & viginti usurarum nomine petit: reus negat, usuras usurarum à se peri posse ex constitutionibus: judex reum in eam quantitatem, quæ petita est, condemnat, existimans, eas constitutiones nihil ad rem facere: Quamvis judex id imperitè & injustè faciat, rei tamen judicatæ standum esse responsum est, *d. l. præses junct. d. l. cum prolatis de re jud.* Diversa causa est, si pronunciasset, usuras usurarum peri posse: tunc enim una cum reo constitutiones ipsas damnaret: qualis sententia cum non solum sit, de lege ipsa & contra eam directo lata, ipso jure nulla est; & ideo nec provocationis auxilium in hac specie necessarium, *d. l. expressim. 19. de app. d. l. 1. §. 2. quæ sent.* *fin. app.* ubi & aliud exemplum habes ad utramque partem hujus distinctionis accommodatum, *d. l. 2. C. quand. prov. non est nec.* ubi item exemplum aliud. Adi de tota hac re *Vant. de null. ex defect. proc. n. 118. & n. 122. & seqq. Zas. Duar. & DD. in d. l. præses de re jud.* ubi rectè observant, verba *condemnavit contra leges & sacras constitutiones*, non esse judicis pronuntiantis, sed Jurisconsulti casum referentis. *Add. D. Christin. vol. 4. dec. 117.* ubi post D. Leonin. *cons. 3 n. 7.* notat. *rubr. C. quand. prov. non est nec.* in hisce partibus non observari, sed appellationem necessariam esse, etiam cum sententia ipso jure nulla est, uti & moribus Gallorum, ut idem eodem loco & *vol. 1. dec. 16. n. 6.* ex Imbert. Rebuff. Bugnion, & aliis refert. Rectius videtur dicere D. Diod. Tuld. ad *d. tit. C. in fin.* sententias judicium in regionibus ipso jure irritas aut nullas non esse. Et igitur in statu juridiciali seu quæstione juris quod judicem sequi oporteat, in medio positum est: si quidem ex jure, quod certum est, & notum ei esse debet, sententiam feret, tametsi à litigatoribus, aut eorum advocatis non allegetur aut probetur, *l. un. C. ut quæ des. adv. jud. fopp. & ib. DD.* In statu autem conjecturali, seu cum de facto ambigitur, plus difficultatis res habet. Nam cum facta plerumque incerta sint, probationibus eruenda veritas, & secundum acta & probata judicandum, *l. 6. §. 1. de off. præf.* Proin reus convictus condemnandus; non convictus, etsi ipse nihil præstiterit, absolvendus, *l. 4. C. de edend. l. 9. C. de obl. & act.* nec quod deest in facto, judex supplebit, arg. *d. l. un. C. ut quæ des. adv. ubi Glossa & DD.* nisi factum actis contineatur, puta exceptio aliqua, quæ non fuit allegata ex instrumento, quo probatur obligatio & actio, appareat, *Rancchin. in not. ad Guid. Pap. q. 221. Christ. vol. 2. decis. 165. n. 1.* Quoniam autem judex in judicando sequi
3 juberur rerum probatarum fidem, *d. l. 6. §. 1. de offic. præs.* plerique censuerunt, etiamsi liquido judici constet, falsitate aliqua vel testium vel instrumentorum bonam causam lædi, tamen secundum acta & probata, ut loquuntur, eum judicare debere, non secundum privatam scientiam; adeoque in foro animæ excusatum esse, qui secundū probata eum, quem scit esse innocentem, condemnat. Canonistæ in *c. Pastoralis 28. §. quia vero, x. de offic. deleg. Cyn. in l. un. C. ut quæ des. adv. Covar. 1. resol. 1. Clar. lib. 5. §. fin. pr. crim. q. 66. n. 2. Cacheran. dec. 79. n. 43. & seqq. Christin. vol. 2. decis. 148. n. 21. & vol. 1. dec. 4.* ubi plures citantur. Mihi vero longè tutius videtur, ut dicamus, ita ex actis & probatis judicem judicare debere, ut tamen nunquam judicet

contra conſcientiam. Etenim iubetur iudex iudicare ſecundum ea, quæ probantur. At qui hoc facit, non poteſt non iudicare ſecundum conſcientiam. Quippe probare Latinis eſt fidem facere. Cui autem fides facienda, niſi iudici? Huic enim eorum, quæ allegantur, examen mandatum eſt, & ita mandatum, ut ex animi ſui ſententia æſtimare eum opporteat, quod aut credat, aut parum probatum ſibi opinetur, *l. 3. de teſtibus* & prout religio ſuggerit, ſententiam proferre, *l. eum quem. 79. §. de iudic.* Iam vero ſi ea, quæ allegantur, pugnent cum ſcientia iudicis, fidem iudici facere non poterunt, cum falſa ſint, & religione metuque juſtiſſimi Numinis prohibebitur ſecundum ea iudicare. Una enim & ſimplex eſt veritas: ac proinde dividi conſcientia aut ſcientia iudicis in publicam aut privatam non debet. Neque obſtat *d. l. 6. §. 1. de off. præſ.* nam & ibi iubetur præſes, non tam inſtrumentis, quæ vitioſa & falſa eſſe poſſunt, quam rei veritate, quæ ex iis, quæ probantur, perſpicitur, moveri. Itaque arbitror, & divino & humano iuri conſentaneum eſſe, ut iudex in quæſtione facti ex animi ſui ſententia, religione & conſcientia pronuntiet, veritatemque aſſeraţ, ſpretis teſtimoniis, quamvis ille ſolus falſa ea eſſe ſciat: maximè ſi talis eſt iudex, ut ab eo nulla ſit provocatio, nec veritati niſi in fide illius ullum præſidium. Sin verò is iudex eſt, à quo provocari poteſt, ſatius eſt, eum à iudicando abſtinere & teſtimonio ſuo, quantum in ſe eſt, cauſam eius, cui iniuria fit, apud iudicem ſuperiorem adjuvare: nec temerè publica teſtimoniorum ſpernatur auctoritas, aut feneſtra aperiatur pravis hominibus, paſſim gratificandi cui velint, obtentuque ac colore ſcientiæ aut conſcientiæ id ipſum excuſandi aut defendendi. Conſent. *ferè Coraſ. 4. miſc. 20. Hotom. illuſtr. q. 27. D. Tulden. 3. de princ. iuriſor. 6. & in comm. hic c. 3.* eoque etiam inclinare videtur *Coſtal. ad d. l. 6. §. 1. de off. præſ.* Cæterum eſt hæc quæſtio de raro contingentibus, cum difficulter contingere poſſit, ut vera iudicis ſcientia pugnet cum teſtimoniis aut inſtrumentis quibus nihil objici queat.

6 *Legibus, conſtitutionibus, moribus proditum*] Præceptum hoc ad omnes iudices ex æquo pertinet, ſive magiſtratum gerant, ſive aliter iudicent: quanquam ſunt, qui id pertinere negant ad ſummas præfecturas ſeu Curias ultimæ iuriſdictionis. Nam Iuſtinianus generaliter loquitur, & in *Nov. 8. c. 12.* nominatim de præſidibus provinciarum: omnemque dubitationem tollit *Nov. 82. c. 13.* In his provinciis qui iudicant, primum iura municipalia & conſtitutiones provinciales, tum mores conſuetudines locorum ſpectant, quibus ſi controverſia dirimi non poſſit, ad ius commune, id eſt, Romanum, apud bonam partem Europæ obſervatum, tanquam ad ἀυτοφίαν, confugiunt. *Gudelin. lib. 1. de iur. noviſſ. Chriſtin. vol. 1. deciſ. 343. Grot. 1. manuduct. ad iur. ſpr. Batav. c. 2.*

TEXTUS.

1. *Ideoque ſi noxali iudicio aditus eſt, obſervare debet, ut ſi condemnandus videtur dominus, ita debeat condemnare, Publium Mævium Lucio Titio in decem aureos condemno; aut noxam dedere.*

NOTÆ.

1. NOXALI IUDICIO ADITUS] Cujac. *addictus*, vel *additus*: ſed huiuſmodi verba parum conveniunt moribus ſæculi Juſtinianei: quo imperrationes actionum, jam ſublatæ erant VVeſ.

COMMENTARIVS.

UT ſententia iudicis valeat, & res iudicata eſſe intelligatur, neceſſe eſt reum aut abſolvi aut condemnari, *l. 1. de re iud. l. 3. C de ſent. & interloc.* Condemnatio autem in certam rem vel quantitatem fieri debet: incerta & vaga vim ſententiæ non habet, *§. curare. 32. ſup. de act.* niſi natura rei peritæ obſtet, quominus certa ſententia ferri poſſit; veluti in iudiciis univerſalibus, qualia ſunt petitio hæreditatis & actio familiæ erciſcundæ; aut ſi plures res generaliter aut disjunctim promiſſæ petantur: nam eodem modo condemnatio facienda, ne per ſententiam reo auferatur ius electionis, *vid. not. ſub d. §. curare.* Quod autem Juſtinianus hic ſcribit, iudicio noxali convictum ita condemnandum eſſe, ut aut pecuniam ſolvat, aut ſervum noxæ dedat, id non videtur eſſe neceſſarium; quoniam pecunia tantum in actionem iudicati venit: dedendi autem facultas non à judice, ſed à lege eſt, *l. 6. §. 1. de re iud.* quod alibi quoque monuimus *ſub §. 2. de noxal. act.*

Aut noxam dedere] Τὸν βλάψαντα, corpus ipſum, quod nocuit, *§. 1. ſup. de noxal. act.* Similis locutio eſt in *l. 1. in fin. pr. de his qui eſſud.* Dedendi autem facultas non à Judice, ſed à lege eſt, *l. 6. §. 1. de re iudic.*

TEXTUS.

2. *Et ſi in rem actum ſit coram judice, ſive contra petitorem iudicaverit, abſolvere debet poſſeſſorem: ſive contra poſſeſſorem, jubere ei debet, ut rem ipſam reſtituat cum fructibus*

fructibus. Sed si possessor neget, in præsenti se restituere posse, & sine frustratione videbitur tempus restituendi causa petere, indulgendum est ei; ut tamen de litis æstimatione caveat cum fideiussore, si intra tempus, quod ei datum est, non restituerit. Et si hæreditas petita sit, eadem circa fructus interveniunt, quæ diximus intervenire de singularum rerum petitione. Illorum autem fructuum, quos culpa sua possessor non perceperit, sive illorum, quos perceperit, in utraque actione eadem ratio pene habetur, si prædo fuerit. Si vero bonæ fidei possessor fuerit, non habetur ratio neque consumptorum, neque non perceptorum. Post inchoatam autem petitionem etiam illorum fructuum ratio habetur, qui culpa possessoris percepti non sunt, vel percepti consumpti sunt.

NOTÆ.

2. REM IPSAM CUM FRUCTIBUS] Et cum omni causa, id est, id omne, quod habiturus foret petitor, si tempore litis contestatæ res ei restituta fuisset, *l.* 17. §. 1. *l.* 20. *de rei vend.*

ET SINE FRUSTRATIONE] Th. ἀδίκως. non moræ aut frustratoriæ dilationis causa. Reus igitur frustrator non auditur.

INDULGENDUM EST] In actionibus in personam quadrimestres induciæ condemnato jure publico indulgentur, *leg. ult. C de usur. rei jud.* quod tamen non puto pertinere ad actiones depositi, commodati, aut similes, quibus certa species petitur, extra quam si reus damnatus sit in rei petitæ æstimationem: neque enim malitiis indulgendum est.

EADEM CIRCA FRUCTUS] Nisi quod in singularum rerum petitione bonæ fidei possessor fructus omnes consumptos lucretur, *l.* 4. §. 2. *fin. reg.* §. 35. *sup. de rer. div.* in petitione hæreditatis etiam consumptorum nomine teneatur, in quantum locupletior factus est, *l.* 25. § 11. *l.* 40. §. 1. *de her. pet. l.* 1. *C. eod.*

EADEM RATIO PENE] τὸ *pene* additum propter causam, quam modo dixi. Forte etiam, quia in actione in rem speciali officio judicis fructus veniunt: in petitione hæreditatis jure & potestate ipsius actionis, ut cætera corpora hæreditaria, *leg.* 20. §. 3. *l.* 40. §. 1. *d. tit. l.* 1. & 2. *C. eod.* Cujac.

SI PRÆDO] *l.* 25. §. 3. & *seq. d. tit. l.* 22. *C. de rei vend. l.* 33. *D. eod.* nec interest ab initio mala fide possederit, an postea possidere cœperit, *leg.* 23. §. 1. *l.* 48. §. 1. *de acquir. rer. dom. d. l.* 25. §. 5. *de her. pet.*

POST INCHOATAM PETITIONEM] *d. l.* 22. *C. de rei vind. l.* 2. *C. de fruct. & lit. exp. l.* 4. §. 2. *D. de rei.* Quoniam post motam controversiam omnes possessores pares sunt, *d. l.* 25. §. 7. *l.* 10. *C. de long. temp. præsc.*

COMMENTARIUS.

1 *Tempus judicatis indultum in actionibus in personam: & quid hic juris apud Batavos.*
2 *Qui possessores quos fructus quatenus restituere debeant, summatim.*

HOc §. agitur de officio judicis in actione in rem, tum singulari, seu rei vendicatione, tum universali, sive petitione hæreditatis: docetur, officium illud versari partim circa res petitas, partim circa fructus.

Ut rem ipsam restituat cum fructibus] Plenius dicendum erat, *ut rem petitam restituat cum omni causa*, id est, id omne, quod habiturus foret petitor, si tempore litis contestatæ res ei restituta fuisset, *l. Iulianus* 17. §. 1. *praterea* 20. *de rei vend.* & porro si possessor restituere iussus arbitrio judicis non pareat, tum eum, ut in actionibus arbitrariis, qualis est rei vendicatio, fieri solet, condemnandum quanti petitor in litem juraverit, *l. eius rei* 46. *de rei vend. l.* 5. *l.* 8. *de in lit. jur.* Nonnunquam & possessori ob contumaciam, manu militari seu per executores litium rem auferri, puta si id petitor maluerit, & sua interesse doceat, *leg. qui restituere* 68. *de rei vend.* quomodo apud nos semper proceditur, *art.* 172. *Instr. Cur. Holland. add. not. sub* §. *præterea* 3. *sup. de act.* Postremo & victum victori in expensas litis condemnandum, nisi justam causam litigandi habuerit, *l.* 13. § *sive autem* 6. *C. de iudic.* de quo explicatius *tit. præc. sub* §. 1.

Cum fructibus] Etiamsi expresse petiti non sint, *l.* & *ex diverso* 35. § 1. *de rei vend.* idque vel ex eo satis intelligitur, quod officio judicis continetur, ut jubeat fructuum restitutionem fieri: judicis enim officio proprie id contineri dicitur, quod ei tacite suo jure permissum est; quamvis prætor nullam eius in formula mentionem fecerit, *l. plane* 38. *de her. pet. l. si reus* 72. *de procur. l.* 9. §. 1. *de furt. l. qui per collusionem* 49. §. 1. *de act. empt. add. Mynsing. 4. obs.* 55. *Christin. vol.* 2. *decis.* 105. *num.* 2. *Vant. de nullit. sent. ex defect. proc. num.* 97. ubi ait, petitionem fructuum tacite & virtualiter petitioni rei inesse. Dissent. D. Tulden. *comm. hic, cap.* 8. & *D. Perez. ad tit. Cod. de rei vend. num.* 16.

Sed si possessor] Si possessor caveatur, se non posse in præsenti rem restituere, & sine fraudatione tempus ad restituendum petat, potest iudex ex humanitate ei gratificari, & moderatum tempus concedere, intra quod restituat. Dissimilis ratio est in actionibus in personam, in quibus condemnato quadrimestres inducíæ indulgentur, *l. ult. C. de usur. rei iud.* Quippe res aliena, quam quis penes se habet, facilius restitui potest, quam pecunia explicari. Et ideo dixerim, interdum nec in actione personali damnato quadrimestre tempus concedendum, nempe si certa species petita sit, veluti actione depositi, vel commodati, cujus & præstandæ facultatem reus habeat: neque enim malitiis indulgendum est: & contra nonnunquam tanti temporis laxamentum reo dandum in actione in rem, nempe si damnatus sit in rei petitæ æstimationem. Apud nos locum quodammodo habent inducíæ trigínta dierum; quod spatium judicatis largiebatur lex duodecim tabularum, teste Aulo Gellio *lib.* 20. *c.* 1. Idque adeo obtinere videtur in utroque genere actionum: nam utique victor saltem tam diu expectare, partim ex humanitate, partim ex necessitate juris debet, donec tempus appellationi constitutum præterierit: appellationi inquam tam interponendæ, quam introducendæ. Nam interponendæ appellationi decem dies, *auth. hodie. C. de appell.* introducendæ viginti apud nos constituti sunt. *Instr. Cur. Holl. art.* 198. & 206. Notat hoc *D. Merul. lib.* 4. *dist.* 4. *sect.* 5. *tit.* 6. *cap.* 7.

2 *Eadem circa fructum*] Est tamen nonnihil differentiæ. Nam in singularum rerum petitione bonæ fidei possessor fructus omnes consumptos lucratur: *l.* 4. §. 2. *fin. reg.* in petitione hæreditatis etiam consumptorum nomine tenetur, in quantum locupletior factus, *l.* 25. §. 11. *de hæred. petit.* In illa officio judicis fructus veniunt, in hac jure & potestate ipsius actionis, ut cætera corpora hæreditaria, *l.* 20. §. 3. *l.* 40. §. 1. *tit.* quam ob causam forte mox additur *& pene*. Malæ autem fidei possessor fructus omnes, etiam qui consumpti sunt, una cum re restituere debet, *d. l.* 22. *C. de rei vend.* teneturque adeo non de perceptis tantum, sed etiam de iis, qui non percepti honeste percipi potuerunt, *hoc text. l. fructus* 33. *de rei vend.* nec refert, ab initio quis mala fide possederit, an postea possidere cœperit, *l. bonæ fidei* 48. §. 1. *de acq. rer. dom.* Denique possessores omnes post litem contestatam pares sunt, & tanquam malæ fidei possessores tenentur, *l. sed etsi* 25. §. *si ante* 7. *de hær. pet. d. l.* 22. *C. de rei vend. l.* 2. *C. de fruct. & lit. expens.* Fusius hæc explicui *sup.* §. 35. *de rer. divis. & lib.* 1. *sol. quæst. cap.* 25. *& seq.*

TEXTUS.

3. *Si ad exhibendum actum fuerit, non sufficit, si exhibeat rem is, cum quo actum est; sed opus est, ut etiam rei causam debeat exhibere, id est, & eam causam habeat actor, quam habiturus esset, si, cum primum ad exhibendum egisset, exhibita res fuisset. Ideoque si inter moras exhibendi usucapta sit res à possessore, nihilominus condemnabitur. Præterea fructuum medii temporis, id est, ejus, quod post acceptum ad exhibendum judicium, ante rem judicatam, interceſſerit, rationem habere debet judex. Quod si neget reus, cum quo ad exhibendum actum est, in præsenti se exhibere posse, & tempus exhibendi causa petat, idque sine frustratione postulare videatur, dari ei debet, ut tamen caveat, se restituturum. Quod si neque statim jussu judicis rem exhibeat, neque postea se exhibiturum caveat, condemnandus sit in id, quod actoris intererat, si ab initio res exhibita esset.*

NOTÆ.

3. UT ETIAM REI CAUSAM] Id est, commoda rei externa, puta, fœtus animalium, partus ancillarum, utilitates amissæ, &c. *l.* 9. § *pen. & ult. ad exhib.*

USUCAPTA SIT] *d. l.* 9. §. 6. Usucapio ex ratione juris veteris non interrumpitur litis contestatione, *l.* 10. *l.* 20. *de rei vind.* sicut præscriptiones temporum, *l.* 1. *l.* 2. *l.* 10. *C. de long. temp. præsc.* At hodie discrimen istud non obtinet, *l.* 2. *l.* 3. *C. de annal. exc.*

FRUCTUUM MEDII TEMPORIS] *d. l.* 9. §. *pen. ad exh.* nempe si possessor hac actione victus de re ipsa, porro contendere judicio directo supersederit. Accurs. in *d.* §. *pen.*

SINE FRUSTRATIONE] Id est, justa ex causa, *l.* 5 § *ult.* ubi & justæ causæ hujus generis indicantur, *l.* 12 §. 5. *ad exhib.*

AB INITIO RES EXHIBITA] Quod declaratur *l.* 9. § *pen. & ult. l.* 10. *& seqq. eod.* atque ob contumaciam damnatur, quanti actor in litem juraverit: alias quanti res vere est, *l.* 3. §. 2. *d. l.* 9. §. *ult. l.* 5. *de in lit. jur.*

COM

COMMENTARIVS.

ACtio ad exhibendum præcurrit quædam est, & præparatio actionis in rem de re mobili: nam propter vendicationes potissimum introducta est, *l. 1. ad exhib.* quanquam aliquando & personali actione & interdicto experiri volenti competit, *l. 5 §. 1 § sciendum 9. cum seqq. & passim. eod. tit.* Est autem exhibere, rei in publico potestatem facere tum videndæ tum contrectandæ, ut experiundi sit copia *l. 2. eod.* experiundi non actione ad exhibendum, qua jam satis actum est, sed principali, quam actor re exhibita exequi constituit, *l. 9. §. quantum 5. eod.*

Ut rei causam] Actione ad exhibendum damnatus non rem tantum, sed etiam causam rei exhibere debet. In re hæc sunt, ut exhibeatur res eadem, ut exhibeatur eodem jure, quo fuit cum petita est. Eadem res exhibita videtur, si exhibitum est idem corpus eadem specie, qua fuit tempore litis contestatæ, *d. l. 9. §. 3.* Quid si deterior facta? Ad exhibendum possessor absolui debet. Cæterum si dolo aut culpa ejus deterior facta sit, tenebitur actione legis Aquiliæ de damno, *l. si quis 17. eod. l. 7. C. eod. & ibi Sich. n. 5. & seq.* Eodem jure, si re exhibita actori integra sit actio principalis, ut initio fuit, in nullo causa, quam intendit, læsa, *d. l. 9 §. quantum. l. 10. & seq. eod.* Per causam rei significantur commoda rei externa, puta fœtus animalium, partus ancillarum, denique id omne, quod habiturus esset actor, si litis contestatæ tempore res illi exhibita fuisset, *l. cum fundus 31. de reb. cred. l. præterea 20. de rei vend. & hoc text.* De quo mox plura.

Inter moras iudicij res usucapta] *L. 9. §. proinde 6. ad exhib.* Nam ex ratione juris veteris per litis contestationem usucapio naturaliter non interrumpitur, sed pendente etiam lite impleri potest, *l. 18. d. l. 20. de rei vend.* quamvis effectu juris, victo possessori non prosit. Quippe qui nihilominus rem restituere tenetur. Secus erat in præscriptione longi temporis: nam quia præscriptiones temporum factæ sunt, placebat eas per litis contestationem plene interrumpi, *l. 10. C. de acq. possess l. 1. l. 2. l. 10. C. de long. temp præscr.* Sed hodie hæc differentia non obtinet, *l. 2. & l. 3. C. de annal. exc. vid. sup. de usuc. §. diutina.*

Fructuum medij temporis] Commoda quoque rei externa, puta fœtus animalium, item partus ancillarum, una cum exhibitione in hoc judicio veniunt, *d. l. 9 §. per.* Quod tamen haud dubie sic accipiendum, si possessor hac actione victus de re ipsa porro contendere judicio directo supersederit; cum Accursio in *l. §. pen.* ubi recte monet, eodem modo accipiendos esse locos omnes, qui de restitutione ex hac actione facienda loquuntur. Nam qui rem ipsam restituere non debet, utique nec accessiones debet. Posse autem hanc actionem una cum principali eodem libello proponi, quia id ad compendium litis tendit; ita tamen ut judex non una cognitione utramque expediat, sed prius cognoscat & pronuntiet de præparatoria, docent *Oldend. Class 5. act. 1. q. 7. Sich. in rubr. C. ad exhib. num. 8.*

Tempus exhibendi causa petit] Si possessor in præsentia facultatem exhibendi non habeat, interdum ei ex causa tempus à judice indulgetur, nempe petenti sine fraudatione, & cautionem offerenti de re, cum poterit exhibenda. Causæ hujus generis indicantur *l. 5 §. ult. ad exhib.*

Quod si neque statim] Si possessor exhibere jussus, neque exhibeat, neque se exhibiturum caveat, placet eum condemnandum esse in id, quod actoris interest, hoc est, in id omne, quod vel habere potuit, si res ab initio exhibita fuisset. Quod declaratur, *d. l. 9 § pen. & ult. l. 10. & seq. ex adhib.* Harum autem rerum duplex officio judicis æstimatio; adversus contumacem, quanti actor, utique qui jure dominij exhiberi desiderat, in litem juraverit; adversus cæteros quanti res vere est, *l. 3. §. 2. d. l. 9. §. ult. eod. l. 5. de in lit. iur.* Usus hujus actionis hodie rarior est. De quo *Christ. vol. 2. dec 191. n. 3.*

TEXTUS.

4. *Si familiæ erciscundæ iudicio actum sit, singulas res singulis hæredibus adiudicare debet: & si in alterius persona prægravare videatur adiudicatio, debet hunc invicem coheredi certa pecunia (sicut iam dictum est) condemnare. Eo quoque nomine coheredi quisque suo condemnandus est, quod solus, fructus hæreditarij fundi perceperit, aut rem hæreditariam corruperit, aut consumpserit. Quæ quidem similiter inter plures quoque quam duos coheredes subsequuntur.*

NOTÆ.

4. SINGULAS RES SINGULIS HÆREDIBUS] Non quod semper & necessario hæc ratio divisionis ineatur (quid enim si fundi hæreditarij commode per regiones dividi possint;) sed quia in plerisque rebus est commodissima.

INVICEM CERTA PECUNIA] Cum impar adjudicatio est, is cujus pars præponderat, vicissim in certam pecuniam consorti damnandus est, ut æqualitas per omnia conservetur, *l. 52. §. 2. l. 55. fam. erc. §. 20 sup. de act.*

Aut

AUT REM HÆREDITARIAM CORRUPERIT] Vel quod cohæres in rem communem neceſſarias impenſas fecerit : quæ ſunt hujus iudicij præſtationes perſonales, de quibus dictum *ſup. §. 3. de obl. quaſ. ex contr.*

COMMENTARIVS.

TRitum eſt, ſententiam debere reſpondere petitioni, & conformem eſſe libello: quod à iure non abhorret, ſi ſane accipiatur. Neque enim extra fines petitionis vagari ſententia debet, aut condemnatio in rem aliam fieri, quam quæ in iudicium deducta eſt, & cuius iudicatio iudici permiſſa, *l. ut fundus 18. comm. diu. l ult. C. de fideic. libert. Gail 1. obſ. 66. Schneid. in §. curare 32. ſup. de act. n. 4.* Sed tamen in duplicibus iudiciis id non uſquequaque obſervatur, ut intelligemus ex adiudicationibus & mutuis condemnationibus, quæ in his iudiciis permiſſæ.

Singulas res ſingulis hæredibus] Iudicium familiæ erciſcundæ duo continet, rerum hæreditariarum diviſionem, & quaſdam præſtationes perſonales, quibus ſcilicet hæres hæredi propter communionem rerum obnoxius eſt. In rerum diviſione hæc obſervare iudex familiæ erciſcundæ debet, ut res ſingulas ſingulis hæredibus adiudicet, ut hic ait Iuſtinianus. Quod tamen non ita accipiendum eſt, quaſi ſemper & neceſſario hæc ratio diviſionis ineatur : nam ſi fundi hæreditarij commode per regiones dividi poſſunt, nihil impedit, quo minus ita dividantur ; ſed quoniam in pleriſque rebus hæc diviſio commodiſſima eſt.

Debet hunc invicem] Cum impar adiudicatio eſt, is cuius pars præponderat, viciſſim in certam pecuniam conſorti damnandus eſt, ut æqualitas per omnia conſerveturr, *l. Mævius 52. §. 2. l. ſi familia 55. fam. erciſc.*

Eo quoque nomine] Hæres cohæredi eo quoque nomine iudicio familiæ erciſcundæ condemnandus eſt, quod ſolus fructus fundi hæreditarij perceperit, vel rem hæreditariam corruperit, conſumpſerit ve, vel quod cohæres in rem communem impenſas fecerit, quas propter partem ſuam neceſſe habuit facere, *l. & puto 16. §. pen. l. his conſequenter 18 §. 3. l. hæredes 25. §. ſi unus 15. § item culpæ 18 l. inter cohæredes 44 § quod ex facto 5. fam. erc.* Atque hæ ſunt huius iudicij præſtationes perſonales, de quibus fuſius alibi explicatum eſt, *ſup. de obl. quaſi ex contr. § 3. & ſup. de act. §. quædam 20.*

TEXTUS.

5. *Eadem interveniunt, etſi communi dividundo de pluribus rebus actum ſit Quodſi de una re, veluti de fundo : ſiquidem iſte fundus commode regionibus diviſionem recipiat, partes eius ſingulis adiudicare debet ; & ſi unius pars prægravare videtur, is invicem certa pecunia alteri condemnandus eſt. Quod ſi commode dividi non poſſit, vel ſi homo forte, aut mulus erit, de quo actum ſit, tunc totus uni adiudicandus eſt, & is invicem alteri certa pecunia condemnandus eſt.*

NOTÆ.

5. EADEM INTERVENIUNT ET SI COMM. DIV.] In iudicio communi dividundo circa diviſionem rerum earumque adiudicationem & condemnationem mutuam, ac præſtationes perſonales idem obſervatur, quod in familiæ erciſc. *l. 3. l. 6. §. 1. & ſeqq comm. div.*

PARTES EIUS SINGULIS] Si diviſio prædij ſine cuiuſquam iniuria commode fieri poſſit, cuique ſua portio certis finibus adiudicanda, *l. 1. C comm. diu.*

VELUTI SI HOMO] Hotom. Theoph. *vel ſi homo*, quod magis placet. Ut ſit ſenſus, ſi res aut non commode, aut non omnino partes pro diviſio recipiat, veluti ſi agatur de ſervo, aut iumento, totam uni adiudicandam, eumque alteri certa pecunia condemnandum, *l. 3. C. eod.*

COMMENTARIVS.

IUdicium communi dividundo, ut ſine eodem, ita iiſdem rebus conſtat, quibus iudicium familiæ erciſcundæ, rerum ſcilicet communium diviſione & iiſdem præſtationibus perſonalibus, *l. 3. comm. diu.* Atque hinc & in diviſione rerum, in earum adiudicatione & condemnatione mutua, & in præſtationibus perſonalibus, idem in hoc quoque iudicio obſervatur, *d. l. 3. l. 6. §. 1. & ſeqq. eod.*

Quod de una re] Cum de re una dividenda agitur, ſiquidem ea commode dividi poteſt ; veluti fundus per regiones, ſingulæ ſingulis portiones adiudicandæ, & ſi cuius portio maior eſſe videbitur, is viciſſim ſocio in certam pecuniam condemnandus, *l. 1. C. comm. div.* quod ſi reus partes pro diviſio non recipiat, veluti ſi agatur de ſervo aut equo, aut non commode recipiat, tota uni adjudicanda eſt, & is alteri certa pecunia damnandus, *l. 3. C. eod tit.*

TEXTUS

TEXTUS.

6. Si finium regundorum actum fuerit, dispicere debet iudex, an necessaria sit adjudicatio: quæ sane uno casu necessaria est, si evidentioribus finibus distingui agros commodius sit, quam olim fuissent distincti. Nam tunc necesse est, ex alterius agro partem aliquam alterius agri domino adiudicari. Quo casu conveniens est, ut is alteri certa pecunia debeat condemnari. Eo quoque nomine condemnandus est quisque hoc judicio, quod forte circa fines aliquid malitiose commisit: verbi gratia, quia lapides finales furatus est, vel arbores finales excidit. Contumaciæ quoque nomine quisque eo judicio condemnatur; veluti si quis jubente judice metiri agros passus non fuerit.

NOTÆ.

6. AN NECESSARIA ADJUDICATIO] Si de finibus constet, iudicis officium est eos custodire. Si turbati sunt aut obscurati, ut tamen vetera vestigia appareant, renovandi sunt & evidentius distinguendi, *l. 3. de term. mot.* Quod si nulla veterum finium vestigia appareant, novi ex consilio agrimensorum constituendi, *l. 8. fin. reg. l. 3. C. eod.*

NECESSE EST EX ALTERIUS AGRO] Ac proinde res transigenda est adjudicatione & condemnatione, *l. 2. § 1. l. 3. l. 4. eod.*

FURATUS EST] Vel terminos ejecit, locoque movit, aut exaravit. Et potest iudex, qui de hujusmodi crimine cognoscit, etiam de finibus cognoscere, *l. 4. § 4. eod.*

CONTUMACIÆ QUOQUE NOMINE] *d. l. 4. § 3.* Condemnabitur autem contumax in id, quod adversarii interest. Nam multam irrogare magistratus est, non pedanei iudicis.

COMMENTARIUS.

IUdicium finium regundorum rarius admittit adjudicationes & condemnationes mutuas, quam judicia superiora: quia in iudicio finium regundorum de agris tantum & fundis agitur, qui facile per regiones dividi possunt. Deinde quia apud iudicem finium regundorum non agitur de re communi, ut ea dividatur, sed de re, quam quisque suam esse contendit, ut finibus ad normam suam redactis, quod quisque intra fines isto habet, id totum retineat; si quid amplius, id vicino restituatur, *l. 4. pr. l. 8 pr. & § 1. fin. reg.* quo intuitu actio finium regundorum dicitur pro vendicatione esse, *l. 1. eod.* & causæ proprietatis cohærere *l. 3. C. eod.*

Uno casu necessaria est] Si de finibus constet per evidentes & manifestos limites, iudicis officium est eos custodire. Si turbati sunt aut obscurati, ita tamen ut eorum vetera vestigia appareant, à iudice renovandi & evidentius distinguendi sunt, *l. 3. de term. mot. C. ex literis. ff. de probat.* Quod si nulla veterum finium vestigia appareant, nec probari possint, novi fines ex consilio agrimensorum constituendi, *l. 2. § 1. l. 3. l. 8 fin. reg. l. 3 C. eod. Mynsing. 6. obs. 27.* Uno autem casu permittitur adjudicatio, si videlicet fines recte dirigi non possunt, vel propter loci inæqualitatem, vel propter veterum finium incertitudinem; & ideo aliis finibus evidentioribus agrum distingui expediat. Nam cum hic necesse sit ex unius agro partem aliquam detrahi, & alterius agri domino adjici, res transigenda adiudicatione & condemnatione *d. l. 2. § 1. l. 3. l. 4. eod.* De probatione finium adeundi *Hieronym. de Monte tract. fin. reg. cap. 50. & seqq. Mynsing. 6. obs. 25. Wesemb par. hoc tit. n. 7. Christin. vol. 2. decis. 183. n. 5. & seqq.*

Evidentioribus finibus] Quippe publice interest, evidenter distinctos esse agrorum terminos. Ovidius 3. *fastor.* de Deo Termino: *Omnis erit sine te litigiosus ager.*

Circa fines aliquid malitiose] Duo hic ait Justinianus: primum, eum quoque hoc judicio condemnandum, qui quid malitiose circa fines admisit, puta lapides finales furatus est, arbores finales excidit; deinde hoc eodem iudicio etiam contumaciæ nomine condemnationem fieri, veluti si quis mensorem missum ad declarandos terminos metiri agrum non patiatur. Solent enim iudices in lite finium dirimenda uti arte & opera agrimensorum, *l. 8. fin. reg. l. 3. C. eod. Hieron. de Monte l. tract. c. 31. & seq. Mynsing. 6. obs. 27. Christin. vol. 2. decis. 184. & seq.* Quod de contumacia hic dicitur, idem traditur apud Ulpian. *l. 4. § 3. eod.* In quid igitur condemnabitur contumax? In id scilicet, quod adversarii interest. Nam multam irrogare, quæ pœna esse solet contumaciæ, non pedanei judicis, sed magistratus est. De delictis admissis circa fines, veluti de terminis dejectis, vel exaratis, lapidibus amotis, arbore terminali excisa, iudicium criminale constituendum est de termino moto, *de term. mot.* Et potest quidem iudex, qui de hujusmodi crimine cognoscit, etiam de finibus cognoscere, *l. 4. § si dicantur 4. fin. reg.* Sed è con-

versio judex, qui cognoscere cœpit de finibus, non poterit cognoscere de crimine, & delinquentem extra ordinem coërcere. Juxta *l.1.& l.3. de term. mot.* Neque ea mens Justiniani est; sed hæc, delinquentem etiam hujus admissi nomine à judice finium regundorum civiliter adversario suo condemnandum esse, quanti is sua interesse juraverit; vel etiam, ut, quod pendente quæstione finali ex fundo vicini occupavit prolatis finibus, id ei cum altero tanto de suo agro reddat, *l.4.C. fin. reg.* Atque hæc civilis condemnatio non impedit, quominus adhuc criminaliter atque extra ordinem agi possit de termino moto. *Hieronym. de Monte d. tract. cap.34. & seq. D. Tulden. Comment. hic, cap.6.*

Lapides finales] Sive terminales, qui & grumi: οἱ τῶν ὅρων λίθοι, οἱ διορίζοντες τὰς ὁρογραφίας, qui fines & terminos distinguunt.

TEXTUS.

7. Quod autem istis judiciis alicui adjudicatum fuerit, id statim ejus fit, cui adjudicatum est.

NOTÆ.

7. EJUS FIT, CUI ADJUDICATUM] Adjudicatio modus est acquirendi dominii jure Quiritium. Ulp. *tit.19. §.15.* Quod si per errorem de fundo alieno, quasi de communi actum, & ex adjudicatione possidere cœpero, procedit mihi usucapio, *l.17. de usuc.*

COMMENTARIUS.

QVod in tribus istis judiciis, familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum, uni ex cohæredibus, sociis aut vicinis adjudicatum est, id illi statim acquiritur, ut hic scribit Justinianus, & diserte quoque testatur Ulpianus in *fragm. tit.19. §. adjudicatione 15.* Quæ res magni erroris causam præbuit interpretibus. Hinc enim inferre & probare vulgo solent, ex sententia judicis dominium transferri: quod à veritate abest quam longissime: neque aliunde apertius hic error convincitur, quam ex hoc ipso & d. Ulpiani loco. Nam cum tam Imperator, quam Jurisconsultus scribat, in tribus istis judiciis quod adjudicatum fuerit, statim ejus fieri cui adjudicatum est, hoc ipso satis uterque significat, in aliis judiciis non idem juris esse, neque eam esse auctoritatem cujusvis sententiæ judicis, ut dominium in aliquem transferat. Quid enim haberent speciale tria ista judicia, si idem ius esset in omnibus cæteris? Sed neque existimandum est, in istis tribus vi & potestate sententiæ fieri, ut dominium in unum transferatur, sed totum hoc pendet à potestate adjudicationis, quam lex duodecim tabularum unum esse voluit ex modis acquirendi dominii jure Quiritium relatis, apud Ulpian. *d. tit.19.* Cum vero extra ista judicia adjudicationi locus non sit, sequitur, nec in aliis judiciis dominium per sententiam transferri. De quo late *Ant. Fab. dec.98. err.7. & seqq.*

TITULUS XVIII.

De publicis Judiciis.

Ratio hujus tractationis.

ABSOLUTA pro modo instituti operis, ea parte juris, cujus solius tractatio suscepta est, scilicet tractatione iuris privati, attexit Imperator auctarii vice particulam aliquam decerptam ex iure publico, ea videlicet illius iuris parte, quæ leges continet publicorum iudiciorum. Voluit nimirum aliquid accessionis nobis dare: quanquam parce dedit, indicatis tantum fontibus, unde plura haurire liceat: nec largius dare debuit, quia est præter institutum, & velut quidam excessus. Quamobrem & nos in hac appendice explicanda solito erimus breviores; maxime cum jam commentarii nostri in satis magnam molem excreverint.

TEXTUS.

Publica judicia neque per actiones ordinantur, neque omnino quicquam simile habent cum cæteris judiciis, de quibus locuti sumus: magnaque diversitas eorum est & in instituendo & in exercendo.

NOTÆ.

NEQUE PER ACTIONES ORDINANTUR] Id est, non constituuntur & exercentur per actiones ordinarias, sicut iudicia privata.

MAGNA DIVERSITAS ET IN INSTITUENDO] De veteri ordine exercendorum iudiciorum publicorum, Car. Sigon. *lib. singul.* Nic. Gruch. 1. *de com. Rom.* 2. Brisson. 2. *select. ant.* 1. Postea extra ordinem exerceri cœperunt, durante tamen legum pœna, *l.8. de publ. iud. l.2. §. ult. l.13. de pœn.* & in-

crimen

crimen subscriptione, *l.3.§.2. de accus. l.ult. C. eod.* Cujac. 8. *obs.* 33.

2. QUOD CUIVIS EX POPULO] Exceptis iis, quibus hæc potestas jure publico adempta, *l.43.§.10. de rit. nupt.* junct. *l.8. l.9. & seqq. de accus.* Addendum, & quia causæ sunt publicæ. Nam & popularis actio publica dicitur, eo quod cuivis è populo patet: privata tamen est respectu causæ, *leg.30.§3. de iureiur.* junct. *titul. de pop. action.*

COMMENTARIUS.

IUdicia privata quomodo constituantur & exerceantur, intelligi potest ex iis, quæ dixi ub *pr. &* §. 1. *de action.* Publicorum iudiciorum exercendorum lege alia ratio est, & longe alia hæc etiam apud veteres fuit, quam tempore mediæ Jurisprudentiæ. De veteri forma & ordine adeant antiquitatis studiosi *Carol. Sigon. lib. sing. Nicol. Gruch. lib.1. de comit. Rom. c.2. Barn. Brisson. lib.2. select. antiquit. cap.1.* qui de eo ex professo scripserunt. Postea vetus ille ordo exercendorum judiciorum publicorum in usu esse desiit, & de criminibus publicis, extra ordinem, præfecti vel præsides cognoscere cœperunt, durante tamen pœna legum, *l.8. de publ. iudic. l.in Senatusconsul. cum 15.§.1. de Senatusc. Turpill. l.1. §.ult. l. hodie l.3. de pœn.* Illud etiam mansit, ut is, qui accusare paratus est, ac eum, cui iudicii publici exercitio obtigit, rei nomen deferat, idque recipi postulet, & qua lege eum reum faciat, profiteatur; deinde & in crimen subscribat, id est, interprete Ulpiano *leg.3.§.2. de accus.* libello subscribat, se professum esse: quæ res similitudine supplicii eum obstringit, *leg.ult. Cod. d. tit. leg ult. C. de calumniat.*]

TEXTUS.

1. *Publica autem dicta sunt, quod cuivis ex populo executio eorum plerumque datur.*

COMMENTARIUS.

1 *Libertatem accusandi hodie sublatam.*
2 *Criminalia judicia nunc omnia publica facta.*

C*Vivis ex populo*] D. Hotomannus contra ideo hæc iudicia publica dici existimat, quia causæ publicæ sunt, quæ æquè & universè ad omnes pertineant. Sanè, si ratio quæritur, cur hæc potissimum iudicia publica facta sint, eorumque persecutio cuivis è populo permissa, probabile est id ex eo natum, quod in his judiciis agitur de delictis, quæ maxime ad læsionem & turbationem status publici pertinent. *Duar. lib 1. disp.37. Charond.3. verisim. cap. ult. add. Cuiac.8. obs.33.* Bene Chrysost. Homil. ad Antioch. Κοινὸν ἐστι τὸ ἔγκλημα, δημόσιον τὸ ἀδίκημα, ἕξεστι, κἂν μὴ θέλῃ τις, κατηγορεῖν.

Plerumque] Pro *fere* dixit, illud significans, quod Ulpianus *leg. palam 43.§. senatus 10. de rit. nupt.* scribit, publico iudicio cuivis ex populo experiri licere, nisi si cui lege aliqua accusandi publico iudicio non est potestas. Intelligit autem eos, qui enumerantur *l.8. l.9. & seq. de accus.* Hodie hæc libertas accusandi sublata est, neque amplius quilibet à populo ad accusationem admittitur, sed soli advocati procuratoresve fisci aut Balivi ius accusandi & crimina persequendi habent, ubi vindicta publica agitur. Quod politici iudicant rectius constitutum esse ad retinendam civium inter se concordiam. Nam nullus privatus civis potest accusatoris personam sibi sumere absque maxima invidia & odio eius, cui diem dixerit; ex qua re facile seditiones oriuntur inter cives. Quod incommodum præclarè vitatum est, universo hoc accusandi munere demandato publicæ alicui personæ. Sed & hodie omnia iudicia criminalia publica videntur; nam videmus, in omnibus fere criminibus nunc per inquisitionem procedi, quæ nota videtur publicorum iudiciorum; & accusationibus procuratoribus fisci aut Balivis crimina quævis exerceri, veluti furti, bonorum raptorum, &c. *Clar. lib. 5.§.1. num.6.* idem de iure Canonico affirmat ex *Gless in cap. infames 6. quæst. 1.*

TEXTUS.

2. *Publicorum judiciorum quædam capitalia sunt, quædam non capitalia. Capitalia dicimus, quæ ultimo supplicio afficiunt homines, vel etiam aquæ & ignis interdictione, vel deportatione, vel metallo. Cætera si quam infamiam irrogant cum damno pecuniario, hæc publica quidem sunt, sed non capitalia.*

NOTÆ.

2. ULTIMO SUPPLICIO] Ultimum supplicium mortem solam interpretamur, *leg.21. de pœn.*

VEL AQUÆ ET IGNIS INTERDICT.] Itaque quorum judiciorum publicorum pœna damnatum vel morte afficit, vel de civitate tollit, servitute aut deportatione, ea capitalia nominantur, *leg. 2. hoc tit.* Interdum tamen nostri id solum capitale vocant, cujus non alia pœna, quam mors est, *l. 4. de pœn. l. 18 C. de transact.* κατ' ἐξοχὴν. scil. Gradus capitalium pœnarum vide in *l. 28. de pœn.*

CUM DAMNO PECUNIARIO] Aut in corpus aliqua coërcitione, *d. l. 2. hoc tit.* Exempla sunt in §. 4. & §. 8. *inf. eod.*

COMMENTARIUS.

Capitalia dicimus] Quamvis caput in jure civili alias vitam, alias libertatem, alias civitatem, alias familiam, alias existimationem significet, *l. licet 103. de verb. sign.* in hoc tamen argumento capitis verbo tantum vita, civitas & libertas continetur. Itaque quorum judiciorum publicorum pœna damnatum civem vel morte afficit, vel de civitate tollit, servitute, exilio, sive deportatione, ea capitalia recte nominantur, *l. 2. hoc tit.* Ultimum autem supplicium esse mortem solam interpretamur, *l. ultimum 21. de pœn.* Sane interdum etiam nostri id solum capitale vocant, cujus non alia pœna, quam mors est; sed κατ' ἐξοχὴν. *l. 4. de pœn. l. transigere 18 C. de transact.* Qui gradus sint capitalium criminum, docet *leg. capitalium 28. de pœn.*

Infamiam cum damno pecuniario] Tale judicij publici non capitalis exemplum est in §. 4. & item in § *item lex Iulia 8 §. inf. eod.* Interdum & in corpus aliqua coërcitio pœna est, *d. l. 2. hoc tit. in fin.* Sive autem capitalia sint, sive non sint, famosa semper sunt, hoc est, damnatum publico judicio semper sequitur infamia.

TEXTUS.

3. *Publica autem judicia hæc sunt. Lex Iulia maiestatis, quæ in eos, qui contra Imperatorem vel rempublicam aliquid moliti sunt, suum vigorem extendit. Cuius pœna animæ amissionem sustinet, & memoria rei etiam post mortem damnatur.*

NOTÆ.

3. CONTRA IMP. VEL REMP.] Perduellionem intelligit, crimen imminutæ maiestatis atrocissimum, *l. ult. ad leg. Iul. mai.*

MOLITI SUNT] Eademque severitate voluntas, qua effectus, punitur, *l. 5. C. eod.*

ANIMÆ AMISSIONEM] ψυχῆς ἀπώλειαν. *Anima* pro *vita*. Sallust. *Catil. Libertas & anima nostra in dubio est.*

MEMORIA REI POST MORTEM DAMNATUR] Rei sc. perduellionis, qui quid hostili animo adversus remp. vel Principem machinatus est: secus est, si quis ex alia causa maiestatis reus sit, *l. ult. eod. l. 24. de pœn.*

COMMENTARIUS.

1 *Quadruplex differentia inter crimen perduellionis & maiestatis in specie.*
2 *Specialia circa pœnam huius criminis.*

DE solo crimine perduellionis videtur hic agere Tribonianus. Etenim duo sunt genera criminis læsæ majestatis: unum perduellionis, quod est crimen imminutæ majestatis & gravissimum & atrocissimum, puta si quis hostili animo quid machinetur adversus Principem aut rempublicam; alterum, quod generis nomen retinet, & majestatis vocatur, si quis ex alia causa legis reus sit. Utriusque exempla suppeditat *l. 1. cum 3. ll. seqq. ad leg. Iul. maiest.* Quadruplicem autem inter majestatis & perduellionis crimina differentiam notat D. Horomannus. Prima est, quod majestatis crimine teneantur ij, qui vel partem aliquam reipub. læserunt; veluti si quis duces hostium acceptapecunia liberavit, aut privatus duces hostium domi suæ occultavit, (quod tamen merito perduellioni adscribendum putavit cl. Ant. Matth. *de læs. maiest. c. 2. n. 2. lib. de crim.*) aut si quis magistratui pro officio suo aliquid agenti officiat. Perduellionis autem crimen in eos cadit, qui summam reipub. labefactare conati sunt. Altera differentia est, quod majestatis crimen in foro apud suum prætorem pro tribunali judicio certa lege constituto agebatur, ut ex *Verrin 3. & 7.* cognoscitur. Perduellio vero primis quidem temporibus à Duumviris data opera creatis: post autem à Populo Rom. Comitiis centuriatis in campo Martio cognoscebatur, ut ex ea pro C. Rabirio perduellionis reo constat. Et Livius *lib. 6.* de Manlio Capitolino regnum affectante refert, Duumviros, qui de perduellione inquirerent, creatos. Tertia, quod majestatis crimen non morte, sed exilio multatur, *l. eorum 24. de pœn.* Perduellionis vero damnatus in crucem in campo fixam tollebatur, ut ex ead. orat. Ciceronis, & ex Dione *lib. 37.* cognoscitur. Quartam differentiam Ulpianus ostendit *l. ult. ad leg. Iul. maiest.* ubi ait, majestatis imminutæ crimen rei morte obliterari: perduellionis

lionis autem memoriam etiam post mortem damnari. Hodie hoc discrimen appellationis non ita stricte observatur; sed omnes, qui adversus principem aut statum reipublicæ quibuscunque modis aliquid moliuntur, promiscue rei majestatis dicuntur, & omnium eadem est pœna, nimirum capitis. *Mynsi. hic, n. 5. & 6.*

Et memoria rei] Multa circa pœnam hujus criminis propter atrocitatem specialiter constituta sunt, qu passim ab aliis congeruntur. Vnum illud est, quod mortuo quoque reo, & nondum postulato, crimen hoc inchoari & peragi possit, damnataque rei memoria bona fisco vendicentur, *l. ult. ad leg. Iul. majest. l. ult. C. eod. l. antepen. de accus.* cum regulariter, qui in reatu decedunt, integri status decedant, & crimen mortalitate extinguatur. Eadem quoque severitate voluntas seu conatus hujus sceleris, qua effectus, punitur, *l. 5. C. eod.* & consci, qua auctores ipsi, *l. 3. C. eod.* Illud autem durum & crudele videtur, quod ob paternum crimen etiam liberi plectantur, perpetua nimirum egestate & infamia, *d. l. 5. C. eod.* Sanè legi divinæ & veræ justitiæ hoc repugnat, per *c. 14. lib. 2. Reg. & c. 25. lib. 2. Chronic.* nec omnino temerè est, quod D. Budæus in *annotat. in tit. ff. ad leg. Iul. maiest.* existimat, auctores *d. l. 5.* Arcadium & Honorium pœnitentia postea ductos promulgasse sanctissimam illam constitutionem, quæ extat in *l. sancimus C. de pœn. add. Pet. Fab. 3. semestr. 8. Covar. 2. resolut. 8. & Nuj vèq. D. Anton. Matth. de criminib. ad tit. D. ad leg. Iul. majest. cap. 3. n. 10.*

TEXTUS.

4. Item lex Iulia de adulteriis coërcendis, quæ non solum temeratores alienarum nuptiarum gladio punit, sed & eos, qui cum masculis nefandam libidinem exercere audent. Sed eadem lege etiam stupri flagitium punitur, quum quis sine vi vel virginem, vel viduam honestè viventem stupraverit. Pœnam autem eandem irrogat stupratoribus, si honesti sunt, publicationem partis dimidiæ bonorum: si humiles, corporis coërcitionem cum relegatione.

NOTÆ.

4. TEMERATORES ALIENARUM NUPTIAR.] Tac. 1. *Annal. Iuliam in matrimonio Marci Agrippa temeraverat.*

CUM MASCULIS] *μετὰ ἀρρένων, masculorum, puerarii, puerorum contaminatores.* Hæc præposteræ Veneris & Sodomiticæ libidinis pœna est ex lege Constantij & Constantis, *l. 31. C. h. t.* & par ex lege Mosis. *Levit. 20. 13.*

HONESTE VIVENTEM] *σωφρονοῦσαν*: nam cum meretricibus impunè licebat libidinem explere, *l. 22. C. h. t.*

CORPORIS COERCITIONEM CUM RELEGATIONE] Lex Attica stupratorem ita multabat, ut vel duceret puellam, vel dotaret. Lex Mosaïca, ut & dotaret, & duceret. *Deut. 21. 29.*

COMMENTARIVS.

1 *Inter stuprum & adulterium quid interst.*

ADulterium est alieni thori violatio, sive coïtus cum aliena uxore factus. Nam adulterium jure civili cum nupta tantum committitur, *leg. 6. §. 1. leg. stupr. 7. m. 24. §. 1. hoc tit. ad leg. Iul. de adult. fac. l. 1. C. eod. l. inter stuprum. 101. de verb. sign.* μοιχεύσεις dicuntur alienarum nuptiarum temeratores: nec hoc à sacra scriptura veteris testamenti abhorrere quidam existimant, per text. *Levit. 20. vers. 10. Deut. 22. 22. Genes. 20.* Iure autem Canonico adulterium committi intelligitur, sive solutus cum conjugata rem habeat, sive conjugatus cum soluta, aut coniugatus cum coniugata, *can. nemo. 34. quæst. 4. can. non mœchaberis can. præcepit. cum sequentibus quæst. 5.* & hanc sententiam omnes ferè Theologi amplectuntur, per text. *Matth. 19. vers. 9. Marc. 10. Luca 16. 18.*

Gladio punit] Hæc pœna non est ex lege Iulia, sed ex *l. quamvis 30. C. hoc tit.* quæ Constantini est. Pœna autem legis Iuliæ relegatio fuit, ut constat ex Tacito *lib. 12. & 3. annal.* & non obscurè probat *l. 5. de quæst.* certè capitalem non fuisse arguunt *leg. 16. de divort. l. 11 hoc tit. leg. 14. de testib. l. 13. de his qua ut indign.* & ipse Iustinianus hanc pœnam Constantino tribuit. *Nov. 134. cap. 10.* Divus Augustinus *lib. 3. de civ. Dei.* disertè scribit, Romanos adulteras fœminas, quamvis aliqua damnatione, nullas tamen morte multasse. Vt dubitandum non sit, quin *l. transigere 18. C. de transact. & l. 9. C. hoc tit.* interpolatæ sint à Triboniano. Cæterum adscribitur legi Iuliæ etiam ea pœna, quæ postea sancita est, quia ea lex primum de crimine & pœna adulterij serio & plenè caverat. Legibus Mosaïcis adulterium item capitale est, & tam mœchus, quam adultera morte puniuntur. *Levit. 20. 20. Deuter. 22. 22.* Apud nos qua pœna adulteri affician-

tur. disces ex ordinat. *Polit. art.* 15. *& seqq. add. Græcv. de il. abrog. hîc.*

Cum masculis nefandam libidinem.] *l. cum vir.* 31. *C. hoc tit.* quæ est Constantii & Constantis. Præposteræ Veneris se ἀνδρόγυνος, & Sodomiticæ turpitudinis, pœna nunc ferè concrematio est. *Damhoud. prax. crim. c.* 96. *Clar. §. sodomia. n.* 4. *Gudelin. de jur. nov. lib.* 5. *c.* 18.

Stupri flagitium] Lege Julia non modo de adulteriis, sed etiam de stupris cavetur, *l.* 6. *§.* 1. *h tit.* ubi Papinianus ait, legem stuprum & adulterium promiscuè appellare: sed propriè adulterium in nuptam committi: stuprum vero in viduâ virginemvè, quod Græci φθορὰν appellant: & ita quoque ferè Modestinus in *leg. inter stuprum*, 101. *de verb. sign.* Idem Modestinus in *leg. stuprum.* 34. §. 1. *hoc tit.* adulterium in nupta admitti ait, stuprum in vidua, vel virgine, vel puero. Quod autem Papinianus *d. l.* 6. §. 1. & Modestinus, *d. l. inter stuprum*, aiunt, legem Juliam promiscuè & indifferenter his appellationibus uti, hoc non ita accipiendum est, quemadmodum accepit D. Hotomannus, quasi & verbum adulterii extra conjugatos usurpatum esset: sed quod stupri nomine etiam adulterium notatum: nimirum stuprum & generis nomen est, & speciei: quod in nuptam committitur, etiam proprium nomen habet, & adulterium dicitur: quod in virginem, viduam, puerum generis nomen retinuit, & stuprum propriè dictum est.

Honestè viventem] σωφρονοῦντα. nam consuetudo cum ea, quæ corporis sui copiam passim facit, stuprum non est, sed simplex πορνεία sive fornicatio, quæ Romanis legibus non puniebatur, *l.* 22. *C. hoc tit.* Pro stupro quoque non habebatur consuetudo cum concubina, propterea quod concubinatus jure Romano permissus erat. Et hoc est, quod Modestinus scribit, stuprum committere, qui liberam mulierem consuetudinis causa, non matrimonii secum habet, excepta concubina, *leg. stuprum.* 34. *pr. hoc tit. fac. leg.* 3. *pr. de concub.*

Stupratoribus, si honesti sunt] Stupri damnatus, si honestæ existimationis fuit, dimidia parte bonorum multatur: sin turpis, verberatus relegatur. Sic cum D. Hotomanno interpretur illud, quod de honestis aut humilibus hic dicitur, propter *leg.* 7. *C. de incest. nupt.* Lex Attica stupratorem ita multabat, ut vel duceret puellam, vel dotaret. Lex Mosaica, ut & duceret & dotaret. *Deut.* 22. 29.

TEXTUS.

5. Item lex Cornelia de sicariis, quæ homicidas ultore ferro persequitur, vel eos, qui hominis occidendi causa cum telo ambulant. Telum autem, ut Cajus noster ex interpretatione legum duodecim tabularum scriptum reliquit, vulgo quidem id appellatur, quod arcu mittitur, sed & nunc omne significat, quod manu cujusque jacitur. Sequitur ergo, ut lignum & lapis, & ferrum hoc nomine contineantur; dictum ab eo, quod in longinquum mittitur à Graca voce τηλοῦ *figuratum. Et hanc significationem invenire possumus & in Graco nomine: nam quod nos telum appellamus, illi βέλος appellant,* ἀπὸ τοῦ βάλλεσθαι. *Admonet nos Xenophon. nam ita scribit:* ἢν τε βέλη ὑμῖν ἐφῆ τὸ, λόγχαι, τοξεύματα, σφενδόναι, πλεῖσαι ἢ λίθοι. *Sicarii autem appellantur à sica, quod significat ferreum cultrum. Eadem lege & venefici capite damnantur, qui artibus odiosis, tam venenis, quam susurris magicis, homines occiderint; vel mala medicamenta publicè vendiderint.*

NOTÆ.

5. ULTORE FERRO] Scriptum hoc à Triboniano accommodatè ad sui temporis rationem: & exigit hoc lex Divina. *Exod.* 21. 12. *Lev.* 24. 17. Pœna autem legis Corneliæ deportatio fuit, & bonorum omnium ademptio: quanquam postea humiliores capite puniti, *l.* 3. *§. pen. l. pen. h. t.*

CUM TELO AMBULANT] *l.* 1. *pr. eod. l.* 7. *C. eod.* nimirum etiam à conatu homines deterrere gravitate supplicii lex voluit.

CAIUS NOSTER.] *l.* 233. *§.* 2. *de verb. sign.* Cæterum non dubito, quin teli appellatione etiam gladium lex Cornelia intellexerit: quamvis propria teli significatio, quæ hîc indicatur, gladio non conveniat.

ADMONET NOS XENOPHON] Ita rectè legitur, ut & in *d. l.* 233. §. 2. *de verb. sign.* unde hic locus descriptus est. Th. τοῦτο μόνης ξενοφῶν ἀπώγραφον. Denique subjecta verba Xenophontis esse agnoscuntur ex *lib.* 5. παιδ. Haloander *in Xenophon.*

Xerolopho. Ξηρόλοφος locus erat celeberrimus urbis Constantinopol. de quo digna quædam notatu Petr. Gyll. *lib. 4. de topograph. Constantinop. c. 8.*

A SICA] Romani, teste Suida, *τὰ ἐπικαμπῆ ξίφη, incurvos gladios*, sicas appellant. Per abusionem tamen sicarios omnes vocamus, qui cædem telo quocumque comiserunt. Quint. *lib. 10. cap. 1.*

ET VENEFICI] *l. 1. & 3. h. t.* Plus est hominem extinguere veneno, quam occidere gladio, *l. 1. C. de malefic.*

SUSURRIS MAGICIS] Incantationibus. *Justinus. Nov. 115. c. 4.* quo referenda illa legis duodecim, *Qui malum carmen incantassis, Qui fruges excantassit*, &c. vid. Plin. *lib. 28. c. 2.* Augustin. 8. *de civ. Dei 19.*

COMMENTARIUS.

JUSTINIANUS hoc loco pœnam mortis tribuit legi Corneliæ de sicariis; ut superiore §. legi Juliæ de adulteriis. Pœna enim legis Corneliæ deportatio fuit in insulam, & omnium bonorum ademptio. Sed more iudiciorum temporibus Marciani, & Modestini honestioris loci homines deportabantur: sequenti gradu qui erant, capite puniebantur, id est, morte: humiliores etiam bestiis subjiciebantur, *l. 3. §. pen. infr. § pen. l. pen. h. t. ad leg. Corn. de sicar. Paul. 5. sent. 23.*

Ultore ferro] Scriptum hoc à Triboniano accommodatè ad sui temporis rationem: nam pœna capitis jam tunc indistinctè homicidæ puniebantur: quæ pœna hodieque manet, quod eam etiam exigat lex divina. *Exod. 21. 12. Levit. 24. 17.*

Qui hominis occidendi causa] Lege Cornelia de sicariis non tantum homicidæ, sed etiam qui hominis occidendi causa cum telo feriunt, tenentur, *l. 1. pr. eod.* Existimare licet, Cornelium Syllam hanc legem tulisse post sævissimam civium proscriptionem, atque ut tandem finem imponeret cædibus, quæ tum passim impunitæ, gravitate pœnæ etiam à conatu homines deterrere voluisse. Hodie generali consuetudine huic parti legis derogatum est, nec jam conatus aut delictum non consummatum amplius pœna legis ordinaria plectitur, teste Claro *lib. 5. §. ult. q. 92. Ant. Matth. de crim. c. 3. n. 10. & seq. D. h. tit. Sand. lib. 5. tit. 9. defin. 11.*

Telum autem] Hic locus descriptus est ex Gaio *l. si calumnior. 233. §. 2. de verb. sign.* & est satis planus. Cæterum non dubito, quin lex Cornelia teli appellatione gladium, & vel maximè, intellexerit: quamvis propria teli significatio, quæ hic indicatur, gladio non conveniat.

A sica quod significat ferreum] Romani, teste Suida, *τὰ ἐπικαμπῆ ξίφη*, incurvos gladios, sicas vocant. Erat autem sica genus gladii brevioris, Persici ferè acinacis magnitudine, ut commodè sub vestibus occultari poterit: quod ex Josepho *l. 1. Antiq.* discimus. Per abusionem autem omnes sicarios vocaverunt, qui cædem telo quocumque commisissent, auctore Fab. *l. 10. c. 1.*

Venefici] Venefici dicuntur, & qui veneno homines occidunt, quod plus est, quam occidere gladio; *l. 1. C. de malefic.* & qui artibus, sive, ut hic ait Justinianus, susurris magicis: ad cujusmodi susurros referenda illa legis duodecim tabularum; *Qui malum carmen incantassit. Qui fruges excantassit. Neve alienam segetem pellexerit*, item illud Virgilii.

Atque satas alio vidi traducere messes.

& id genus alia!, quæ superstitio mortalium vi magici carminis effici posse credidit, *vid. l. 4. & l. 6. C. de malefic. Plin. l. 28. c. 2. August. l. 8. de civ. Dei. c. 9.* Sed verissimè Seneca *lib. 4. nat. quæst. 7. Rudis*, inquit, *adhuc antiquitas credebat, & attrahi imbres cantibus & repelli; quorum nihil posse fieri tampalam est, ut hujus rei causa nullius philosophi schola intranda sit.* Ego sanè sic persuasum habeo, multa nimis temerè credi, & veneficis sagisve falso affingi; multa per tormenta exprimi, quorum nihil unquam factum, atque incantationum prætextu plerumque homines insontes ignibus tradi; quo supplicii genere pridem sagæ affici cœperunt. Extat memorabile arrestum Senatus Parisiensis pro Valdensibus Atrebatensibus, *les Vaudois d'Arras*, editum 20. *die Maij* 1491. quo amplissimus ordo testatur, nihil se in accusatione eorum animadvertere potuisse præter meras sycophantias.

TEXTUS.

6. Alia deinde lex asperrimum crimen nova pœna persequitur, qua Pompeia de parricidiis vocatur: qua cavetur, ut, si quis parentis aut filii, aut omnino affectionis ejus, qua nuncupatione parentum continetur, fata præparaverit, (sive clam, sive palam id ausus fuerit) nec non is, cujus dolo malo id factum est, vel conscius criminis existit, licet extraneus sit, pœna parricidii puniatur: & neque gladio, neque ignibus, neque ulli solemni pœnæ subjiciatur, sed insutus culleo cum cane, & gallo gallinaceo, & vipera,

&

& simia, & inter eas ferales angustias comprehensus (secundum quod regionis qualitas tulerit) vel in vicinum mare, vel in amnem projiciatur: ut omnium elementorum usu vivus carere incipiat, & in cœlum superstiti, & terra mortuo auferatur. Si quis autem alias cognatione vel affinitate personas conjunctas necaverit, pœnam legis Corneliæ de sicariis sustinebit.

NOTÆ.

6. ASPERRIMUM CRIMEN] Nefas ultimum vocat Seneca 1. *de Clement.* 23.

AUT AFFICTIONIS] Ita omnino legendum, non ut vulgo *affinitatis*, per *l. un. C. h. tit. de his, qui par. vel lib. occid. l. un. C. Theod. eod.* junct. *leg. pen. §. 1. D. eod. & hoc §. in fin.*

NEQUE GLADIO] Legis tamen Pompeiæ eadem pœna, quæ legis Corneliæ fuit, nisi quod hæc etiam conscios sceleris puniret, *l. 1. l. 6. eod.*

INSUTUS CULEO, &c.] *d. l. un. C. de his qui par. vel lib. occid.* Prius tamen virgis sanguineis cæsus, *l. pen. eod.* De pœna culei Cic. *in ea pro Sexto Roscio.* Sen. 1. de *clem.* 15. Juven. *satyr.* 8. Etiam aliud supplicii genus usurpatum invenio apud Paul. 5. *sent.* 14.

COELUM SUPERSTITI TERRA MORTUO] Leucipp. 3. *ἵνα μὴ τῷ ψυχῷ μέσον ἀπολίσῃ ἀπὸ τῷ τεθνηκότι.* Quint. *declam.* 299. *Cui lex lucem vivo, fluctuanti mare, naufrago portum, morienti terram, defuncto sepulchrum negat.*

COMMENTARIUS.

HIc quoque idem ferè accidit, quod superius, nimirum ut pœna culleii adscribatur legi Pompeiæ, quæ tamen moribus majorum institutа est, *l. 9. pr. hoc tit. de leg. Pomp. de parric.* adeoque diu ante legem Pompeiam, ut ex oratione Ciceronis *pro Rosc. Amerin.* constat, atque in eum tantum, qui patrem, matrem, avum, aviam occidit: si quis alios occiderit, pœna legis Corneliæ de sicariis plectitur, *l. 1. d. l. pen. §. 1. hoc tit.* Constantinus & filios adjecit, *l. un. C. de his qui par. vel lib. occid.* quod & ipsum Imperator hoc loco attribuit legi Pompeiæ. Legis autem Pompeiæ eadem pœna, quæ legis Corneliæ fuit: nec alia inter personas, quæ utraque lege continentur, differentia fuit, nisi quod lex Cornelia omnes homines, Pompeia certas personas coërceret, & quod hæc etiam conscios sceleris, quamvis nihil fecerint, puniret, *l. 6. eod. & hoc text.*

De parricidiis] Parricida propriè dicitur, teste Charisio *lib.* 4 qui patrem occidit, quasi patricida, aut per syncopen qui parenticida. Sæpè tamen idem verbum pro quavis ἀδελφοκτονίᾳ Romani usurpant: quod & Plutarchus in Romulo observavit. Sic quæstores parricidii, appellati quæstores rerum capitalium: & clausula, *Parricida esto*, in omni re capitali ponebatur. Cicero 2. *de legibus. Sacrum, sacrove commendatum qui cleperit rapsitve, parricida esto*, id est, *capital esto.* Sed fortassis hic consuetudo scribendi R. geminavit, cum unico scribendum fuerit: de quo ita Festus in verb. *Parici quæstores. Paricida non utique is, qui parentem occidisset, dicebatur, sed qualemcumque hominem*, in quam rem citat legem Numæ his verbis compositam; *Si quis hominem liberum dolo sciens morti duit, paricida esto.*

Aut affictionis] Ita omnino legendum, non ut vulgo *affinitatis*, per *leg. un. c. hoc tit & l. un. C. Theod. eod.* Nam qui socerum, vitricum, novercam, generum, &c. necavit, etsi ultimo supplicio, non tamen acerrima cullei pœna afficitur, *l. pen. §. 1. eod. & hoc text. in fin.*

Sed insutus culleo cum cane, &c.] Suplicium parricidæ est, ut virgis sanguineis verberatus, ac mox culleo insurus cum cane, gallo gallinaceo, vipera & simia, in mare aut profluentem projiciatur. Cicero *in ea pro Sext. Rosc.* de culleo solo loquitur: Seneca *lib. 1. de clem. cap. 15.* etiam serpentis meminit: Juvenalis serpentis item & simiæ, *satyr. 8.* Verisimile est, Constantinum canem & gallum gallinaceum addidisse. Quæ omnia Tribonianus legi Pompeiæ tribuit; Modestinus à Triboniano interpolatus mori majorum, *d. leg. pen. pr. hoc. tit.* Aliud quoque supplicii genus usurpatum invenio apud Paulum, *lib. 5. sent. 25.* ut parricida vel vivus comburetetur, vel bestiis objiceretur. Pœna cullei hodie in usu esse desiit. *Ant. Matth. ad hunc tit. cap 2. num. ult. Grænevv. de ll. abr. lib. 5. tit. 9. d. fin. 3. Gudelin. de jur. noviss. lib. 5. c. 17.* ubi & de vario genere supplicij quo nunc parricidia puniri solent.

Omnium elementorum usu] Quid mysterii sit in pœna cullei, ostendit Cicero in *d. orat. pro Sext. Rosc.* & Theophilus hic. Leucipp. 3. *ἵνα μὴ τῷ ψυχῷ μέσον ἀπολίσῃ, ἀπὸ γῆ τῷ τεθνηκότι.* Eodem pertinet illud Quintiliani *declam.* 299. *Cui lex lucem vivo, fluctuanti mare, naufrago portum, morienti terram, defuncto sepulchrum negat.* & Ovidii *libr. 8. Metamorph.*

Dii te summoveant, ô nostri infamia sæcli,
Orbe suo, tellusque tibi, pontusque negetur.

TEXTUS

TEXTUS.

7. *Item lex Cornelia de falsis, quæ etiam testamentaria vocatur, pœnam irrogat ei, qui testamentum, vel aliud instrumentum falsum scripserit, signaverit, recitaverit, subiecerit, vel signum adulterinum fecerit, sculpserit, expresserit, sciens, dolo malo. Eiusque legis pœna in servos ultimum supplicium est; quod etiam in lege Cornelia de sicariis & veneficis servatur: in liberos vero deportatio.*

NOTÆ.

7. ETIAM TESTAMENTARIA VOCATUR] *l. 30. h. t.* Paul 5. *sent.* 25. *Verr.* 3. ex eo forte, quod maiore eius parte de falso in testamento commisso caveatur.

EIUSQUE LEGIS POENA] Ex Marciano *l.* 31. §. *ult. eod.* adde Paul, *d. loc.*

COMMENTARIUS.

Testamentaria vocatur] *l.* 30. *hoc tit. ad leg. Corn. de falsi. Paul.* 5. *sent.* 25. Ex eo autem fortassis sic appellata est, quod maiore eius parte de falso in testamento commisso caveretur. Hæc eadem & nummaria dicta ab ea parte, qua de nummis cavebatur. Cicer. *Verrin.* 3. *Cornelia testamentaria, nummaria, cætera complures*, &c.

Vel aliud instrumentum] Hoc ex Senatusconsulto Liboniano iadiectum legi Corneliæ Cujacius existimat: legem enim ipsam tantum de nummis & testamentis falsis caviisse.

Scripserit, signaverit, &c.] Apud Paulum d. loc. additur, *amoverit, resignaverit, deleverit, quive nummos aureos argenteos adulteraverit, laverit, conflaverit, raserit, corruperit, vitiaverit, vultuve Principis signatam monetam præter adulterinam reprobaverit. l. 1. l. 2. l. 8. 9 & pass. hoc tit.*

In servos ultimum supplicium] Pœna falsi deportatio est, & omnium bonorum publicatio: servi ultimo supplicio afficiuntur, *l.* 1. §. *ult. hoc tit.* ubi Marcianus addit, & quasi falsi: nimirum cum aliter falsitas committitur, quam uti nominatim lege Cornelia cautum est: qui casus ex Senatusconsulto aut Principum constitutionibus ad rationem legis accommodati sunt. Quod si id exigat magnitudo commissi, etiam capitali supplicio in eum qui falsum commiserit, animadvertitur, *l.* 22. *C. de falsi.* Nostris moribus pœna falsi aut exilium est, aut fustuarium, prout iudex decernet. *Gudelin. d. l.* 5. *cap.* 20. *Damhoud. prax. crim. cap.* 119. *& seqq. Zypæ. not. iur. Belg. de falsi.*

TEXTUS.

8. *Item lex Iulia de vi publica seu privata adversus eos exoritur, qui vim armatam vel sine armis commiserint. Sed siquidem armata vis arguatur, deportatio ei ex lege Iulia de vi publica irrogatur: si vero sine armis, in tertiam partem bonorum suorum publicatio imponitur. Sin autem per vim raptus virginis, vel viduæ, vel sanctimonialis, vel alterius fuerit perpetratus, tunc & raptores, & ij, qui opem huic flagitio dederunt, capite puniuntur, secundum nostræ constitutionis definitionem, ex qua hoc apertius possibile est scire.*

NOTÆ.

8. DEPORTATIO EX LEGE IULIA] Ulpian *leg.* 10. §. *ultim. ad leg. Iul. de vi publ.* ait aqua & igni is interdici. Sed notum est huic pœnæ successisse deportationem, *leg.* 2. § 1. *de pœn.*

IN TERTIAM PARTEM BONORUM] *leg.* 1. *l. ult. ad leg. Iul. de vi priv.*

SANCTIMONIALIS] Asceteriæ, virginis vel viduæ Deo dicatæ, *leg. unic. Cod. de rapt. virg.*

CAPITE PUNIUNTUR] Licet mulier raptui consenserit, *d. l.* 1. §. 1. quod tamen non de simplici & spontaneo assensu accipiendum; sed ita si consenserit malis artibus inducta. Quidam etiam gravius esse putant verbis persuasoriis pellicere mulierem, quam vi uti. Liban. *decl.* 2. Plutarch in *Solon.*

COMMENTARIUS.

Vim armatam, vel sine armis] Cur vis cum armis facta publica, sine armis privata habita sit, hæc ratio est, ut alibi quoque dixi-

mus, quod armis uti solius reipublicæ est: unde lex duodecim tabularum cum telo esse nemini privato permittebat.

Deportatio ex lege Iulia] De vi publica damnati deportantur. Vlpianus *leg.* 10. §. *vltim. ad leg. Iul. de vi publ.* ait, aqua & igni his interdici; sed notum est, huic pœnæ deportationem successisse. De vi privata damnati tertia parte bonorum suorum multantur, *leg.* 1. & *leg. ultim. de vi priv.*

Raptores, &c. capite puniuntur] Licet mulier raptui consenserit, *l. un.* §. *pœnas autem*, ibi, *sive volentibus, sive nolentibus*, *Cod. de rapt. virg.* Movere non debet, quod volenti non fiat injuria, *cap. scienti.* 27. *de reg. iur. in 6. leg.* 1 §. *usque adeo.* 5. *de iniur.* Neque enim *d. l un.* de simplici & spontanea voluntate aut assensu mulieris accipienda est: sed ubi dolo malo, & blandis verbis, muneribus, promissionibus, aliisque malis artibus persuasa raptori consenserit: quo casu etiam volenti mulieri injuria & vis fieri intelligitur, cum dolosa persuasio non minus malum sit, quam violenta coactio: per *l.* 3. §. *si quis volentem*, 5. *de lib. hom. exhib. leg.* 1. §. 3. *de serv. corr.* Vnde Solon severius punivit eum qui persuasoriis verbis pellexisset mulierem, quam qui vi usus esset, teste Plutarcho, *add. Liban. declam.* 2. Hodie pœna hujus criminis arbitraria est, & crescit pro gravitate admissi. *Damhoud. prax. crim. cap.* 100. *num.* 8. *Perez. C. ad leg. Iul. de vi. in fin.* Virgini vel viduæ stuprum per vim inferentes capite puniuntur, *Zypæ not. iur. Bolg. de adult. vers. stupro. Damhoud. d. prax. cap.* 92. *decis. cur. Holl.* 47. Attentatum per vim stuprum, sed non consummatum, virgis & exilio vindicandum judicavit Curia Frisiæ. *Sande lib.* 5. *tit.* 9. *def.* 11.

TEXTUS.

9. Item lex Iulia peculatus eos punit, qui publicam pecuniam, vel rem sacram, vel religiosam furati fuerint. Sed siquidem ipsi judices tempore administrationis publicas pecunias subtraxerint, capitali animadversione puniuntur: & non solum hi, sed etiam qui ministerium eis ad hoc exhibuerint, vel qui subtractas ab his susceperint. Alij vero, qui in hanc legem inciderint, pœna deportationis subiugentur.

NOTÆ.

9. LEX IULIA PECULATUS] Peculatus est pecuniæ reive publicæ aut sacræ furtum, *l.* 1. *l.* 4. *l.* 9. §. 2. *ad leg. Iul. pecul.* Itaque sacrilegium species est peculatus.

CAPITALI ANIMADVERSIONE] Ex *l. un. C. de crim. pecul.*

POENÆ DEPORTATIONIS] *l.* 3. *D. eod.* Interdum in quadruplum condemnantur, *l. pen. eod.* Sacrilegi, id est, qui publica sacra compilaverunt, capite puniuntur, *l.* 9. *eod.*

COMMENTARIUS.

LEge Julia peculatus tenetur, qui pecuniam publicam, remve sacram aut religiosam furatur, *leg.* 1. *l.* 4. *hoc tit. ad leg. Iul. pecul.* Peculatus enim duplex, est furtum pecuniæ publicæ, quod propriè & in specie peculatus, & rei sacræ, quod sacrilegium propriè vocatur: unde à Labeone definitur, pecuniæ publicæ aut sacræ furtum *l.* 9. §. 2. *eod.* addit Labeo, non ab eo factum, cujus periculo est: nam ædituum in his, quæ ei tradita sunt, peculatum non committere.

Siquidem ipsi judices] Qui pecuniam publicam, quam ipse administrat, averterit, capite punitur, uti & is qui operam ei aut ministerium præbet, *leg. unic. in fin. Cod. de crim. pecul.*

Pœna deportationis] Ob simplicem peculatum pœna deportationis imponitur, *leg.* 3. *eod.* interdum in quadruplum condemnatio fit, *l. pen. eod.* Sacrilegi, autem, id est, publica sacra compilaverunt, capite puniuntur, *leg.* 9. *eod. Clar.* §. *sacrilegium. Ant. Matth. de crim. capite* 2. & 3. *de leg. Iul. pecul. Damhoud. prax. crim. cap.* 111.

TEXTUS.

10. Est & inter publica indicia lex Fabia de plagiariis, quæ interdum capitis pœnam ex sacris constitutionibus irrogat, interdum leviorem.

NOTÆ.

10. DE PLAGIARIIS] Plagiarius est, qui liberum hominem vel servum alienum dolo malo suprimit, ἀνδραποδιστὴς Lys. *orat.* 9. supprimendo enim plerumque plagium committitur, *leg.* 3.

leg.3. §.6. hoc tit. leg. 2. 5. 6. C. eod. licet interdum & aliis modis, puta vendendo, &c. *l.1. 2. 4. D. eod.*

INTERDUM CAPITIS POENAM] Et ipsa lege Fabia plagii pœna erat pecuniaria: postea gravius puniri cœpit, quandoque capite, *l. ult. eod. l.7. l. ult. C. eod.* uti & lege Divina, *Exod.21.17. Deut.24. 7.*

COMMENTARIVS.

PLagium nihil aliud est, quam liberi hominis, vel servi alieni suppressio dolo malo facta Nam plerumque supprimendo plagium committitur, *leg.3. leg.5. & 6. hoc tit. de leg. Fab. leg.2. leg.5. l.9. & 14. Cod. eod.* licet & aliis modis interdum fiat, puta vendendo, donando, permutando, *l.1. l.2. & 4. eod.* Pœna plagii ex ipsa lege Fabia pecuniaria erat: postea gravius puniri cœpit, & nonnullis casibus etiam capite, *leg. ult. eod. l.7. & l. ult. C. eod.* Jure autem divino & canonico omnis plagiarius, qui sciens dolo malo liberum hominem vendit, morte multatur. *Deut. cap.24.7. Exod.21.17.* quod transcriptum in decretalibus Gregorii, *cap.1. de furt.* & adhuc hodie obtinet, si celandi animo crimen commissum: alias ferè virgis & relegatione, *Clar. §. fin. quæst.68. num.31. Perez. in C. ad leg. Fab. de plag. num.6.*

TEXTUS.

11. *Sunt præterea publica judicia, lex Iulia de ambitu, lex Iulia repetundarum, & lex Iulia de annona. & lex Iulia de residuis: quæ de certis capitulis loquuntur, & animæ quidem amissionem non irrogant; aliis autem pœnis eos subjiciunt, qui præcepta earum neglexerint.*

12. *Sed de publicis iudiciis hæc exposuimus, ut vobis possibile sit, summo digito, & quasi per indicem ea attigisse: alioqui diligentior eorum scientia ex latioribus Digestorum seu Pandectarum libris, Deo propitio, adventura est.*

NOTÆ.

11. DE AMBITU] Hæc lex in urbe cessavit, ex quo magistratuum creatio ad curam principis pertinere cœpit, *l. un. de leg. Iul. de amb.* pœna hujus criminis in municipiis multa 100. aureorum cum infam. *d.l.1. §.1.*

REPETUNDARUM] Vid. *leg.3. & 4. del eg. Iul. rep.* de pœna est in *l.7. §.2. eod. l.1. leg. ultim. C. eod.*

DE ANNONA] Adversus eum, qui annonam publicam fraudaverit vel vexaverit, &c. *leg.2. de leg. Iul. de annon.* add. *l.7. de pœn. leg.6. de extr. crim.* Apud Athenienses pœna capitis statuta erat in eos, qui frumentum alio comportabant annonamve supprimebant. Lys. *Orat.21.*

DE RESIDUIS] Hac lege damnatus amplius tertia parte quam debet, punitur, *leg.2. leg.4. §.5. & 2. seqq. ad leg. Iul. pecul.* Tenetur autem hac lege, qui pecuniam publicam delegatam in usum aliquem retinuit, *leg. eod.* seu apud quem ex pecunia publica quid resedit, *d. l.4. §.3.*

ET QUASI PER INDICEM] Id est, leviter, summatim, ἐπιπολῆς, digito ad fontes, unde hauriatur, intenso. Ascon. in *Verr.3. Antequam causam agerent, quasi per indicem rem exponebant*, &c.

COMMENTARIVS.

DE *ambitu*] Ubi singuli regunt, ambitus nullus usus est; sed frequens, ubi universi, ut Romæ olim ante constitutionem Principis frequentissimum constat. Hinc illæ leges, Petilia, Primaria, Fabia, Calphurnia, Tullia, Julia, & similes de ambitu, id est, affectatis largitione honoribus, latæ. Sed hæ leges cessaverunt in urbe, ex quo magistratuum creatio ad curam Principis pertinere cœpit, sublato populi suffragio: quod nominatim de lege Julia, de ambitu memorat Modestinus *l. un. pr. de leg. Iul. ambit.* sicut & apud nos occasio ejus exercendæ sublata: de quo *Grævev. de ll. abbrog. D. de leg. Iul. de ambit.* Pœna huius criminis multa centum aureorum cum infamia fuit, *d. l. un. eod.* Canonibus ambitus dicitur Simonia, à Simone Mago; cui Petrus maledixit, quod ab Apostolis Spiritus Sancti gratiam pecunia emere voluit. *Actor. c.8. can. quidam. 24. q.3.* Est enim Simonia, cum aliquid pro spiritualibus exigitur vel promittitur, *tot. tit. C. de Simonia.*

Repetundarum] Lege Julia repetundarum tenetur, qui cum aliquam potestatem haberet, pecuniam ob judicandum, decernendumve acceperit, vel quo magis aut minus quid ex officio suo faceret, *l.3. l.4. d.l. Iul. repet.* Pœna hujus legis extraordinaria est, nunc relegatio vel ordinis amotio, nunc exilium, vel etiam mors, pro modo scilicet & qualitate sceleris. *l.7. §.3. eod.* Interdum &

quadrupli pœna reo imponitur, *l. 1. l. ult. in fin. C. eod.*

De annona] Lege Iulia de annona (qua appellatione veniunt omnia, quæ ad victum humanum pertinent) pœna viginti aureorum statuitur adversus eum, qui annonam publicam fraudaverit vel vexaverit, aut cujus dolo malo factum est, ut annona carior fieret, *l. 1. & l. 2. de leg. Iul. de annona*, quod crimen plerumque committunt ij, qui Dardanatii seu pantopolæ & seplasiarii vocantur: in quos etiam extra ordinem vindicari placuit, *l. in Dardanarios 37. de pœn. l. 6. de extraord. crim.*

De residuis] Crimen residuorum est pecuniæ publicæ alicui ad usum publicum datæ & attributæ retentio, vel ad suos usus conversio, sive in solidum sive ex parte. Et quod in rationibus pecuniisve privatis est reliqua, id in publicis propriè est residua; sic dicta, quod apud eum, cui administranda data est, pecunia publica resideat. Hac autem lege damnatus amplius tertia parte, quam debet, punitur, *l. 2. l. 4. §. 3. & 2. §§. seqq. ad leg. Iul. pecul.* Hodie pœna hujus criminis, ut & præcedentium ferè, arbitraria est. *Grænevv. tract. de legib. abrog. ad rubr. C. de pœn.* Hæc πανδέκτικα & tralatitie, ut in appendice.

FINIS.

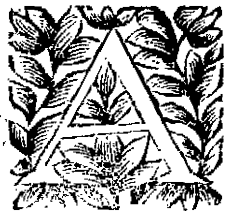


INDEX

INDEX RERUM ET VERBORUM.

Ubi numerus paginam; litera vero a *priorem consignat, &* b *posteriorem columnam.*

A.



ACceptilationis definitio à Modestino tradita. 856. *b.* alia plenior & planior. *ibid.*
Acceptilatio an species sit stipulationis. *ibid.*
Acceptilationis & solutionis communia & propria. *ibid.*
In forma acceptilationis quæ considerandæ. *ibid.* Materia seu objectum. *ibid.*
Accessionum genera. 192. *a.*
Accessionis vice quid, cui & quando cedat. *ibid.*
Accessionis & specificationis differentia. *ibid.*
Domino partis, quæ cessit, quomodo consulatur. *ibid.*
Accrescendi jus quid sit. 304. *b.* 512. *a.* In hæreditatibus id jus valere ex necessitate. *ibid.* 512. *a.* Deficientium hæredum portiones quibus accrescant pro qua parte. *ibid. a.* Valere idem jus & in legatis, sed ex sola voluntate testatoris. *ibid.* Verus circa jus accrescendi differentia inter genera legatorum. *ibid.*
Accrescendi jus non esse inter legatarios diversarum rerum. *ibid a.* Quibus pro qua parte defecta pars collegatarii accrescat. *ibid.* An conjuncti post obitum testatoris mortui pars conjuncta accrescat. *ibid.*
Accrescendi jus an locum habeat inter conjunctos verbis. *ibid.* &c. an in contractibus. 751. *a.*
Actio quomod consideranda, quatenus tertium juris objectum constituit, 914. *a.* Ex quo jure actiones proficiscantur. *ibid. a.*
Actionis nomen quam late pateat. *ibid.* Quot modis usurpetur à nostris. *ibid.*
Actio in remicum domino ambulat, eaque tenetur novissime possidens. 920. *b.*
Actiones in personam nec ex contractu, nec ex maleficio. 921. *b.*
Actio rescissoria quibus ex causis à prætore detur; ejusque introducendæ occasio. 939. *b.*
Actio ex stipulatu de dote cur plenior, quam rei uxoriæ. 977. *b.* Singularia circa illam ex stipulatu à Justiniano constituta. *ibid.*
Actio in rem quid sit, unde nascatur, & cui competat. 921. *b.* Quæ petitori in hac actione probanda ad fundandam intentionem. *ibid.*
Petitio hujus actionis propria. *ibid.*
An possessor contra vendicare teneatur. *ibid.*
Actio pœnalis nulla in hæredem datur, licet ex contractu, 1020. *a.*
Actio de peculio & actio de in rem verso an duæ diversæ actiones. 1009. *b.*
Actio in personam quid, cui, adversus quem detur. 921. *a.* quid petat: ubi & de formularum diversitate. *ibid.*
Actio in personam quid, cui, adversus quem detur. 971. *a.* quid petat: ubi & de formularum diversitate. *ibid.*
Actio præscriptis verbis unde dicta. 807. *b.* vide 992. *b.*
Actio ex jurejurando qualis. 952. *a.* In personam esse, quacunque ex causa juratum sit. *ibid.*
Quod genus jurisjurandi eo pertineat. *ibid.*
Quam ob causam actio ex jurejurando à prætore introducta: cui, adversus quem, quo effectu detur. *ibid.*
Actio de partu agnoscendo cui, adversus quem, quo effectu detur. 957. *a.*
Actio de jure familiæ inter patrem & filium. Et quid hæc ab illa de partu agnoscendo differat. *ibid.*
Actio Pauliana in personam est 942. *b.* Cui quando detur. *ibid.* Quæ concurrere debe[illegible] huic

huic actioni sit locus. *ibid.* Intentio creditorum in actione Pauliana. *ibid.* quandiu ex quo tempore competat. *ibid. b.*
Actio directa quot modis dicatur. 897. *a.*
Actio utilis quid; & qua ratione, quando, à quibus introducatur 897. *a.* Directa actio tam ex sententia legis, quam quæ ex verbis: utilis, quæ tanquam ex sententia: in factum, cui nec oratio, nec sententia convenit. *ibid.* Appellatione actionis in factum interdum & utilem significari. *ibid.*
Actio de tigno juncto in duplum datur etiam adversus eum, qui junxit bona fide. 197. *a.* An exemptione tigni possit evitari dupli præstatio. 198. *a.* Apud nos huic actioni non est locus. *ibid.*
Actio in rem etiam in loco domicilii possessoris moveri potest. 96. *b.* non potest institui, nisi certus sit possessor. 1042. *b.*
Actiones rei persecutoriæ quæ, & quæ pœnales. 963. *a.* Rei persecutoriæ omnes, quæ in rem. 964. *a.* Ex contractu una mixta. *ibid.* Pro pœnalibus quæ habeantur, cum à parte actoris pœnales non sint. 965. *b.* An ulla actio plus quàm quadruplum persequatur. 968. *a.* Hodie actiones omnes esse rei persecutorias. 971. *b.*
Actiones rei persecutoriæ omnes & hæredibus & in hæredes dantur. 1020. *a.*
Actio quibus casibus ex contractu non competat in hæredem, ad quem ex dolo defuncti nihil pervenit. 1020. *a.*
Actiones omnes iudicio iucluſas perpetuari: & quid hic iuris hodie. 1020. *a.*
Actiones populares. 916. *b.*
Actiones confessoria & negatoria non ex figura verborum, sed ex sententia & repetita æstimandæ. 929. *b.* An hæ actiones pro alio jure, quam pro servitutibus, etiam dentur. 930. *a.*
Actio negatoria cur de rebus corporalibus non prodita. *ibid.* Cur prodita in rebus incorporalibus. *ibid.* Cur in rebus corporalibus actio possessori non detur. *ibid.*
Actiones prætoriæ quæ. 935. *b.* Prudentum non fuit actionem dare. *ibid.*
Actiones mixtæ an tertiam speciem constituant. 920. *b.* &c. An actiones in rem scriptæ. *ibid.*
Actiones pœnales, quibus nihil amplius persequimur, quam quod abest. 1020. *b.* Cur actiones pœnales in hæredes non dentur, cum dentur hæredibus. *ibid.*
Actiones bonæ fidei quæ, & unde sic dictæ. 972. *b.*
Actiones stricti juris quæ, & unde sic appellatæ. *ibid.* Harum actionum insignes differentiæ, & an quæ adhuc maneant. *ibid.*
Actiones bonæ fidei nullas esse præter eas, quæ à Iustiniano recensentur. *ibid.*
Actioni hypothecariæ locus in omni genere pignoris. Constitutio Caroli V. ann. 1529. Differentia juris veteris & novi circa hanc actionem, quando alius, quam debitor pignus possidet: tum quid hic juris apud Batavos. 945. *b.*
Actionis de peculio introducendæ causa. 950. *b.* esse in personam. *ibid.* ex delictis non dari. *ibid.*
Actione de peculio non consumi obligationem cum filio aut servo contractam. *ibid.* Causæ ex quibus servus dominum, filius patrem de peculio non obligant.
Actionis de pecunia constituta introducendæ causa 949. *b.* Qui quibus ex causis hac actiones teneantur. *ibid.*
Actionis hypothecariæ introducendæ causa. Qualis sit hæc actio, quibus, adversus quos, quo exitu detur. 945. &c. *a.*
Actionis definitio competit etiam actioni in rem, item actionibus popularibus, &c. 916. *b.* &c.
Actionum divisio in rem & in personam unde sumpta. 920.
Actus quid sit. 240. *b.*
Actum qui habet, etiam armenta trajicere potest. *b. ibid.* & vehiculum agere. *ibid.* & ire sine jumento. *ibid.*
Ademptio legatorum quot modis fiat. 560. *b.* Quibus ex rebus conjiciatur, res adimendi legati causa alienata sit, nec ne. 523. *a.* Oppignoratione rei legatæ non videri legatum ademptum. *ibid.*
Adeundo aut pro hærede gerendo ut quis hæres fiat, quarum rerum eum gnarum esse oporteat. 493. *a.* Quibus ex rebus in eo, quod geritur, animus pro hærede gerendi deprehendatur. *ibid.*
Aditam post hæreditatem derelinqui non posse. &c. 489. *b.*
Aditionem & pro hærede geritionem duo esse distincta genera acquirendæ hæreditatis, nec esse plura. 492. *b.*
Adolescentes inviti olim curatores non accipiebant. 132. *b.*
Adoptati jus liberorum in familia patris naturalis non habent. 389. emancipati à patre adoptivo jus illud beneficio prætoris recuperant. *ibid.*
Adoptio quid, apud quos olim ejus usus. 79. *b.*
Adoptionis usus hodie sublatus, etiam in Gallia. *ibid.*
Adoptio in specie dicta quid sit, & quorum: apud quos, quomodo fiat. 87. *a.* quid circa eam novi constituerit Iustinianus. *ibid.*
Adoptio, naturæ imago, & quid inde. 85. *a.*

Adoptiva filia nec adoptione dissoluta uxor duci potest. 63.b
Adoptivorum successio exsoleta. 619.b.
Adrogatio quid sit, & quorum apud quos quomodo fieri soleat. 81.a. In adrogatione impuberum quæ excutienda. 83.b.
Adrogationis effectus. 87.b.
Adrogator quid, cui caveat. 83.b.
Adrogatori non tantum proprietas, sed etiam possessio acquiritur. 653.b.
Adscriptitij qua conditione sint. 32.b.
Adscriptitiæ conditionis qui hodie. *ibid.*
Adsectari cur injuriosum. 900.a.
Adsignare libertum quid sit. 672.a.
Ædificia etiam non habitandi causa parata urbana prædia censeri in materia servitutum. 243.b.
Ædiles Curules: nomen, & procuratio. 24.b.
Æquitas quid & quotuplex. 25.a.
Ærarium quid, & quid fiscus. 291.b.
Æstimationis auctæ commodum, & deminutæ incommodum ad creditorem pertinet. 703.a. cujus temporis in æstimatione incunda hic ratio habeatur. *ibid.*
Ætas annorum 25. cur finem afferat curationi. 130.b.
Ætas legitima in matrimonio. 60.a.
Affines qui, & an etiam gradus affinitatis. 61.a.
Affinitatis genera. 61.b.
Affinitatis transversa linea apud veteres Romanos prohibitionem non habuit. *ibid.*
Affinitas proprie, sponsalibus non contrahitur. 73.a. Nascitur etiam ex illegitima coniunctione. *ibid.*
Agnatorum nomen quot modis usurpetur. 627.a.
Agnatorum successionem cur latius diffundi placuerit, quam cognatorum 650.b. hoc discrimen sublatum. *ibid.*
Agnatorum successio, & novo iure cognatorum, an certo gradu terminetur: & quid hic usus servet. *ibid.*
Agnatos inter & gentiles, item inter gentem & familiam quid interfit. 107.a.
Album prætoris: & quale judicium in eum, qui album corrupit. 954.a.
Alienandi verbum quam late pateat ex sententia legis Iuliæ. 306.a.
Alluvio quid. 682.a. quibus in agris locum habet *ibid.* quid hic juris apud Batavos. *ibid.*
Alveus desertus primi occupantis fit, & vicini agri limitati. 187.a.
Alvei exsiccati pars quando apud nos privatorum fiat. *ibid.*
Alveus an aliquando priori domino restituatur flumine recedente. *ibid.* 187.a.
Alveus fluminis extra usum publicum existimatur pars vicinorum prædiorum, & quid inde. 187.a.
Ancilla cum natis legata si sit, duo intelligi legata separata & æque principalia. 531.a. Item si servus cum vicariis suis *ibid.* Secus si servus cum peculio, aut penu cum vasis: *ibid.* aut fundus cum instrumento. *ibid.*
Apes omnes natura feræ. 176.b.
Aqua profluens non idem, quod flumen. 164.a.
Aquæ ductus quid, quomodo aqua ducatur, & unde ducere liceat. 240.a.
Aquæ & ignis interdictionis origo & causa. 111.a. In locum hujus pœna successit deportatio. *ibid.*
Arbitrariæ actiones an tertiam speciem actionum constituant. 981. b. ex quo fit, quod actio de eo, quod certo loco, arbitraria. *ibid.* Cæterarum arbitrariarum natura: & ratio nominis. *ibid.* In eo quod certo loco, una sententia rem transigi. *ibid.* in illis duplicem intervenire sententiam, & mores hodierni. *ibid.*
Arbitrariarum & bonæ fidei discrimen. *ibid.* 981.
Arbitratores, quos vocant, judices non esse. 920.b.
Arbitri & judicis nomina quam diversimode accipiantur. 920.b.
Arboris transplantatæ proprietas post coalitionem ita immutatur, ut ne eruta quidem ad priorem dominum revertatur. 203.b. priori domino quomodo consulatur de pretio plantæ. *ibid.*
Areæ legatæ si domus imposita sit, superficiem simul cum solo deberi. 533.a.
Arrha dacur vel ut symbolum, vel ut si pars pretij; & effecta utriusque. 789.a.
Assis ejusque partium usus quam frequens, & quibus in rebus fuerit. 403.a.
Asyli jus non esse dandum sicariis, raptoribus, &c. 52.b.
Attentatio pudicitiæ cur injuriosa. 900.a.
Auctoritatis verbum quam varie usurpetur, & quid eo in Duodecim significetur. 270.b.
Auctoritate propria nemo potest quod sibi debetur occupare. 916.b.

B.

BAnniti quo numero habendi. 90.a.
Batavi quibus in locis quondam iure Scabinico, & in quibus Æsdomico circa successionem ab intestato usi. 538.a.
Beneficium competentiæ quibus quas ob causas detur 992.b. Quale sit hoc beneficium, personæ an rei cohærens. 994.b.

Beneficium ordinis. V. verb. ordinis.
Beneficium divisionis quale sit, & quibus competat 776.a. & 736. Conditiones, sub quibus conceditur. *ibid.*
Bonorum possessio contra tabulas etiam suis hæredibus proposita 617.b. Ad bonorum possessionem contra tabulas difficilius quem admitti, quam ab intestato. *ibid.*
Bonorum possessio contra tabulas quo sensu dicatur esse ex testamento. 677.a. Cur ea primo loco edicto proposita. *ibid.*
Bonorum possessio unde liberi quo colore emancipatis deferatur 615.a. Ad bonorum possessionem unde liberi non vocantur, qui à patre emancipati se adrogandos dederunt. 616.a.
Bonorum possessio edictalis & decretalis. 681.a.
Bonorum possessio unde vir & uxor sola hodie necessaria 679.a. Apud nos locum non habet, u nec ullæ aliæ. *ibid.*
Bonorum possessiones quæ juris civilis confirmandi gratia introductæ. 674.b.
Bonorum possessores vi ipsa hæredes esse, & jure prætorio dominium rerum singularum consequi. 674.b.
Bonorum possessores, an hæredes efficiantur, qui iure civili succedere possint, si malint honorario. 674. *ibid.*
Bonorum possessio quid. 673.a. Ex bonis quæ dicantur. 888.b.

C.

CAnones observandi circa materiam stipulationum. 745. & 756.a.
Capacitas hæredis instituti quibus temporibus inspicienda. 485. & 486.a. Non satis subtiliter tempus adeundæ hæreditatis in considerandæ capacitate constitui terminum disiunctum à tempore mortis. *ibid* &c.
Captatoria institutio quæ veteribus dicta. 411.a.
Casus fortuitus quid 708.b. in nullo contractu præstatur *ibid.* Periculi appellatione non semper casus venit. 799.b. inter casus fortuitos non numerantur, qui cum culpa conjuncti esse solent. 708.b. Regula de casibus fortuitis non præstandis quando cesset. *ibid.*
Casus fortuiti exclusio non protinus inducit præstationem culpæ levissimæ 815.a.
Causa legandi, etsi falsa sit, legato non nocet, nisi in futurum collata & quare 552.b. Insigne huius juris temperamentum. *ibid.*
Causarum duarum lucrativarum in eandem rem & personam concursus est species liberationis. Et quo ea pertineat. 509.a.
Causæ cognitio quid & quibus in rebus consistat. 1058.a.
Cautio fructuaria à testatore remitti non potest ab hærede potest. Et quid si fructuarius propter inopiam fideiussores invenire non possit 254.b.
Cautio quasi fructuaria an sit de substantia usus-fructus 259.b. partes huius cautionis. *ibid.*
Cautiones & confessiones debiti inutiles. 782.a. Quæ cautiones ad probationem tantum valeant. *ibid.*
Cautionem pecuniæ creditæ post biennium valere ad obligationem, antea ne ad probationem quidem. *ibid.* A quo tempore biennium currat. *ibid.*
Cenotaphium an religiosum. 169.a.
Ceram quod pro tabulis veteres dixerint, unde sit. 354.b.
Civilis disciplina. *Iusticiam.*
Civium apud nos distinctio. 37.a.
Codicilli quid & unde dicti 594.b. Iure codicillorum non valere voluntatem in hoc paratam, ut testamentum sit, nisi adiecta sit clausula codicillaris. 596.a.
Codicilli quicunque & quocunque tempore à testato, facti, ius testamenti sequuntur. *ibid.* Differentia inter codicillos confirmatos & non confirmatos: quæ hodie sublata 596. ibid. Quatenus ex his quæ testamento cauta codicillis mutare quid liceat. Codicilli ante testamentum facti non intelliguntur testamento revocati, nisi appareat testatorem à priore illa voluntate recessisse. *ibid.*
Codicillis hæreditas dari, nec adimi potest, nec si testamento confirmati 598.a. Neque conditio hæredi instituto adiici, neque detrahi. *ibid.* b. Per fidecommissum hæreditatem codicillis recte dari & adimi. *ibid.*
Codicillos in captivitate factos ab eo, qui in civitate testamentum fecerat, eo reverso convalescere. 366.a.
Codicilli unius hominis etiam plures esse possunt. 599.b.
Codicilli non sunt sine aliqua solemnitate ordinationis. *ibid.* An mulier in codicillis recte testis adhibeatur. *ibid.*
Cognatio servitute amissa manumis. non recipitur. 107.
Cognationis genera. 63.b.
Cognitiones prætoriæ & extraordinariæ. 914.b.
Colonus. *Fructuarius.*
Comitiorum genera obiter exposita, & ostensum quibus comitiis testamenta fieri solita. 333.b.
Commixtio quid proprie: eius effectus. 196.a. Mixtionis pecorum & frumentorum comparatio. *ibid.*
Commodare quid sit, & quid commodatum differat

differat à precatio.
Commodatum proprie ru'lum, nisi gratuitum. 709.*.
Commodatum & mutuum in quo differant. 708.b.
Communi dividundo inter quos, qua de re agatur. 966.b.
Communio inter aliquos constituta quarum rerum obligationem pariat. 845.b. In judicio communi dividundo quæ culpa veniat. *ibid.*
Compensatio quid sit 979 & 994. Non liquidi ad liquidum cur non admitta compensatio: & quid causa liquida. 979.a.
Compensatione ipso jure actiones minui, quid hoc, quæ inde utilitas, &c. *ibid.* Rerum tantum consumptibilium esse compensationem. *ibid.* b.
Condicere quid sit veteribus, & cur inde actionis personam dicta condictio. 961. a. Pro veteri condictione quid postea institutum, & quid hodie. *ibid.*
Condictio certi unane sit & generalis, an duplex. 703.
Condictio furtiva non tantum in odium furis, sed etiam in commodum domini introducta. 959. a. difficile expeditu, quomodo furi res condici possit. *ibid.*
Condictio furtiva & actio rerum amotarum contra hæredes etiam in solidum dantur. 1020.b.
Conditio & modus qua in re conveniant & discrepent. 551.b.
Conditio impossibilis non vitiat voluntates. 414. a. Conventiones contra. *ibid.* Impossibili conditioni similis est turpis. *ibid.* Circa hæc mores nostri. *ibid.*
Conditio hæc, Si hæres non erit, continet & casum impotentiæ & voluntatis. 418. a. diversimodè accipitur pro conditione instituti. *ibid.*
Conditio quid sit & quotuplex? tum quæ conditiones inutilem stipulationem ab initio faciant. 728. a. Etiam promissiones, quibus tacite conditio inest, pro conditionalibus esse. *ibid.* In conditionibus arbitrariis quid juris. *ibid.*
Conditione pendente nihildum deberi, & quid inde 987.b. &c. 728. Insigne discrimen circa stipulationes & legata conditionalia. *ib.* An idem & conditionibus arbitrariis. 728. *ibid.*
Conditiones ad præsens vel præteritum tempus relata vim conditionis non habere, & quare. *ibid.* &c.
Conductor regulariter levem dumtaxat culpam præstat. 814.b. &c.
Confusio & commixtio quomodo differant, cum signate loquimur. 194. a.
Confusionis effectus, & quarum rerum quomodo confusio facta communionem pariat. *ibid.* in confusione fortuita quid juris. *ibid.* quid si unus è dominis confuderit altero ignorante. *ibid.*
Conjuncti & disjuncti singuli recte & totum habere dicuntur & partem diversa consideratione. 512. a. Partem ab initio facere quid sit. *ibid.* An partem faciat, qui testamenti tempore mortuus aut incapax. 513.
Conjunctorum genera exposita. 510. disjuncti qui passim dicuntur eos & ipsos vere conjunctos esse. 512. a.
Consanguinei qui nostris; & unde sic appellentur. 627. a.
Consanguinitas quando ab agnatione distingui & quam ob causam cœpta. 629. b.
Consanguinitatis prærogativa sublata. 627. a.
Consensus quibus modis declaretur. 786 b. Obligatio ex consensu pinguior, quam verborum. *ibid.*
Consensus in matrimonio liber esse debet. 60. a.
Consensus parentum, & quorum, quibus liberis necessarius. *ibid.* Præcedere debet, nec ratihabitioni hic locus. *ibid.* Eo non interveniente nuptiæ irritæ: & quid jure divino. *ibid.* quid in his regionibus. *ibid.*
Constituti & fidejussionis convenientia & dissimilitudo. 778. a. & 949. b.
Constitutionum genera. 22. a.
Constitutiones personales quotuplices, & quæ singularum vis. *ibid.*
Consuetudo quanto tempore, quot actibus & qualibus introducatur. 26. b. an hic opus scientia superioris. *ibid.*
Contractus quid & quotuplex. 700. a.
Contractus ρητὰ ἀδρεγε, διπλᾶ ἀδρεγε, & medii generis. 708. b.
Contractus an in testamento aut inter testandum celebrari queant. 339. a.
Conventio, pactio sive pactum, in genere quid, & quotuplex. 698. b.
Convitium quid. 899. b. An veritas convitii excuset. *ibid.* An præfatio honoris.
Correus, qui totum soluit, an eo nomine adversus alios actionem habeat. 736. b.
Correi plures debendi aut credendi etiam citra stipulationem constitui possunt. 736. b.
Cretio nihil aliud olim fuit, quam solennis aditio hæreditatis. 493. a.
Crimen pro criminatione.
Culpa quid, & quotuplex, plenius quam vulgo. 708 b.
Culpa levissima. *ibid.* Lata culpa in omnibus contractibus præstatur, & dolo comparatur. 703. a. Qui contractus dolum tantum recipiat, qui. *ibid.* item culpam & diligentiam. *ibid.*
Culpæ genera obiter distincta. 555. a.
Curatoribus, &c. 530. a.

D.

DAmnum injuria datum. 889. *a.* Actione legis Aquiliæ de damno dato qui teneantur, aut non teneantur, 890. *b.* &c. Caput tertium legis Aquiliæ declaratur variis exemplis. 894. *a.*

Dedititii quo jure fuerint. 42. *a.*

Defensio sui adversus vim illatam à natura est. 13. *a.*

Delegatio, quid & quomodo fiat. 860. *b.* ad delegationem non pertinet l. ult. Cod. de novat. *ibid.*

Deliberandi jus quorum causa & cujus rei gratia comparatum, quis ejus effectus, & quid hic de suo contulerit Justinianus. 489. *b.* etiam suos hæredes jure prætorio deliberandi facultatem habere. *ibid.*

Delictum quid, & quotuplex. 805. *a.* an species παραλλαγματος. *ibid.*

Demonstratio falsa non vitiat legatum, nisi præterea quid aliud obstet legato. 551. *a.*

Deportationis & relegationis differentia. 90. *a.*

Depositum quid sit, & an etiam consistat in re immobili. 715. *a.*

Depositarius ad quid teneatur. *ibid.*

Dies utiles, & continui. 683. & 684.

Dies incertus quando conditionem facit in contractibus, & quid hic interfit legata & stipulationem 723. *a.* Quid si dies apponatur finiendæ obligationis causa. *ibid.* Effectus obligationis in diem. *ibid.* &c. Efficientia diei adjecti in modum termini ad quem. 710. Quibus rebus differat stipulatio in singulos annos à simili legato. *ibid.*

Dies certus institutioni appositus pro supervacuo habetur. 411. *a.* Quid hic nostris & Gallorum moribus. *ibid.*

Dies omnis incertus conditionem in testamento facit. *ibid.*

Dies cœptus pro complero quando habeatur; & contra. 130. *b.*

Directæ actiones an salvæ maneant adversus adrogatum. 722.

Dispositioni §. ult. *Inst.* de fideic. hæred. quando locus. 588. *b.* Glossema in fine text. d. §. observatum. *ibid.*

Divisionis beneficium non habere plures unius tutoris fidejussores: at ex persona plurium eorum actionem dividi. 137. *a.*

Dolus quid. 708. *a.* præstatur in omnibus contractibus. 708. *a.*

Dominium, quid; & quam large ea vox sumatur. 172. *a.* Dominii jure gentium acquirendi modi. *ibid.*

Dominiorum vetus discrimen, ejusque sublatio. Donaria. 168. *a.*

Donatio inter vivos absoluta, est juris gentium. 292. *a.* Sine donatio modus acquirendi, an titulus. *ibid.*

Donatio propria quid sit, & quid impropria. *ibid. b.* &c. Unde æstimandum, an donatio facta sit mortis causa. 295. *a.* Convenientia mortis causa donationis cum legatis. *ibid.* discrepantia. *ibid.*

Donatio inter vivos quomodo perficiatur. 297. *b.* An ex quovis pacto donationis causa interposito actio nascatur. 297. *ibid.* An simplex pactum donationis pariat actionem in rem. *ibid.* Quæ donationes insinuationem non desiderant. *ibid.* Revocandi donationem qui, quibus ex causis jus habeant: & an inter causas etiam liberorum supervenientia. *ibid.* &c.

Donationes inter sponsum & sponsam quo sensu dicantur veteribus incognitæ. 302. *a.* Quid circa has constitutum. *ibid* &c. In Belgio proprie donationum propter nuptias usum non esse. *ibid.*

Doralis rei maritus verus justusque dominus est. 306. *a.* Potest res mobiles, omnesque res æstimato in dotem datas, alienare. *ibid.* Cur dotalis prædii oppigneratio arctius prohibita, quam alienatio. *ibid.* Quantum hic mores nostri dissideant à jure scripto. *ibid.*

Dotis repetitio olim cui, & qua ratione, & quid jam. 977. *b.*

Dupondio expleto quantum sine parte scriptus habere debeat, ubi Horomanni error notabilis. 407. *a.*

De Dotis æqualitate constitutio Justiniani repudiata. 302. *a.*

E.

EDictum perpetuum quid, & quid temporale. 954. *b.*

Edictum successorium. 479.

Emancipandi ratio vetus. 95. *a.*

Emancipare, idem quod mancipare. 336. Cur in omni mancipatione quinque testes adhibiti, quæstio curiosa. 337. *a.*

Emancipati cur capite minui dicantur, & an capite minui desierint. 112. *a.*

Emancipati ab adrogatione vivo patre naturali jus liberorum recuperant; secus si post mortem ejus: & quid hic respectu patris adoptivi. 603. *b.*

Emancipati ab adrogatione post mortem patris naturalis admittuntur ut cognati, non ut liberi. 603. *b.*

Emancipati sub colore quodam suitatis ad bonorum possessionem à prætore vocantur. 388. *a.* Absurdum non esse, quod filiæ emancipatæ jure prætorio meliore conditione fuerint, quam filiæ

filiæ non emancipatæ jure civili. 388. *a.*
Emandare actionem, quid sit, & quid, mutare. 991. *a.* Quamdiu emendare aut mutare actionem liceat. *ibid.* Praxis horum temporum. *ibid.*
Emphyteuticus contractus 810. *b.* Jus emphyteuticum non ex tempore æstimari, sed ex eo, quod actum est. *ibid.* Solo consensu jus emphyteuticum non transferri. *ibid.* Præstatio canonis, hujus contractus pars essentialis: quanto tempore canone non soluto emphyteuta jure suo cadit: & alia in foro agitata. 810. *ibid.* Qua conditione emphyteuta jus suum vendere, aut aliter alienare possit: & quid hic apud Batavos. *ibid.* Contractum emphyteuticum esse vetustissimum, & quid à Zenone acceperit. *ibid.*
Emphyteuticus contractus, & censualis, quomodo differat. 810. *ibid.* An ad substantiam contractus emphyteutici scriptura necessaria. *ibid.* An emphyteutæ in casu insolitæ sterilitatis remissio canonis præstanda. *ibid.*
Emptio 787. *b.* Quando emptio perfecta intelligatur. 799. & 788. *b.*
Emptione perfecta sine communi consensu recedi non posse, licet arrhæ intervenerint. 789. *a.* Quando res in hoc contractu desinat esse integra. *ibid.* Quando inter contrahentes actum intelligatur, ut contractus in scriptis fiat. *ibid.* Quando negotium, quod scriptura fieri placuit, pro perfecto habeatur. *ibid.*
Emptio, & permutatio, ac pretium. 797. *a.*
Emptionis substantia ex pretio consistit; & quid inde. 728. *a.* 794. *a.* Quid si pretium alieno arbitrio permissum. *ibid.* Arbitratoris manifesta iniquitas corrigi potest officio judicis. *ibid.*
Error consensui quando obstet, aut non obstet. 771. *a. b.* Quid si non ipso corpore, sed in materia erratum. 771. *a.*
Error matrimonium vitians, aut non vitians. 72.
Exceptio quid; & unde dicta. 1023. *b.*
Exceptio in factum qualis; & unde. 1024. *b.*
Exceptiones perpetuæ, & temporales. 1028. *b.*
Exceptio excussionis, an dilatoria. 1030. *a.*
Exceptio dilatoria propter diem initio obligationi adjectum. *ibid.*
Exceptio doli cur perpetua, cum actio de dolo temporalis. 1028. *b.*
Exceptio divisionis *ibid.* & ordinis. 776. *a.*
Exceptio non numeratæ pecuniæ frustra post biennium objicitur, etiamsi debitor probare paratus sit pecuniam sibi numeratam non esse 782. *a.* &c. Usus circa hanc exceptionem hodiernus. *ibid.*
Exceptio læsionis ex causa ætatis, qualis 130. *a.*
Exceptio procuratoria quotuplex. 1031. *a.* solutionis. 852. *b.*
Exceptiones in strictis judiciis quæ contestandæ. *ibid.*
Exceptiones juris etiam non contestatas usque ad sententiam allegari posse. *ibid.*
Exceptiones, quæ ad alios transeunt, aut non transeunt. 1036. *a.*
Exceptioni cedendarum actionum quando locus. 776. *a.*
Exceptionis dilatoriæ genera, ratione objecti. 1031. *a.*
Exceptionum peremptoriarum usus in bonæ fidei judiciis. *ibid.*
Exceptionum dilatoriarum usus. *ibid.* Quibus exceptionibus uti liceat etiam in exceptione rei judicatæ. 1031. *a.* Mores hodierni circa usum exceptionum. *ibid.*
Excusatio tuorum intra quod tempus proponenda & contestanda. 149. *b.*
Exercitoria actio & institoria cui, adversus quem, qua de re detur. 997. *b.* Si plures exerceant, singulos insolidum teneri: quod tamen apud nos non receptum. *ibid.* Cum magistro & institore etiam directo agi posse: at hoc in praxi non obtinere. *ibid.*
Exercitores non habent actionem adversus contrahentes cum magistro. *ibid.* In contractibus cum præpositis indis diligenter observanda lex præpositioni. *ibid.*
Exhæredare propriè quid sit. 379. *a.*
Exhæredationis forma alia atque apud veteres, ratione sexus & gradus liberorum, prout nati aut adhuc nascituri. 380. *a.* &c. novo jure in omnibus forma exhæredationis eadem 391. *a.* &c. ara autem suorum & emancipatorum minime confusa. 391. *b.*
Exhæredatio an extinguat jus suitatis. 438. *b.*
Exhæredationem rectè fieri etiam ob causas non expressas Nov. cxv. modo æquæ graves, aut graviores 462. *a.* An, si exhæredatio facta sit sine elogio, testamentum hodie sit ipso jure nullum. *ibid.*
Exhæredationis vim etiam jure novissimo habet præteritio matris. *ibid.* ubi contrariæ repelluntur, adito jure patrio. *ibid.*
Expromissor quid à fidejussore differat. 770.
Exranei hæredes quotuplici sensu dicantur 484. *b.*
Exraneus manumissor, quis dicatur. 667. *b.*

F.

FAcere posse, quid sit, & quid illud reo tribuat. 994. *b.* Quibus rebus deductis id æstimetur. *ibid.*

Faciendi obligatio cur incerta. 733. *a.* Quid, quando ex ea peti possit. *ibid.*
Facta nuda & simplicia separanda ab iis, quæ in rei alicujus præstatione consistunt. 733. *a.*
Factum alienum qui promittit, cur nec se, nec alium obliget. 750. *a.*
Falcidiæ legis ferendæ occasio. 563. *a.*
Falcidiæ appellatione veteres & quartam Senatusconsulti intelligunt. 458. *a.*
Falcidiæ legis virtus, ad quæ vel statim, vel sensim, producta. 563. *a.* Ratio legis Falcidiæ quando in portionibus defectis habeatur. 565. *b.* Circa deductionem Falcidiæ in quantitate patrimonii exquirenda mortis tempus spectari. 567. *b.* Quæ in bonis defuncti numerentur, cum de Falcidia quæstio est. 569. *a.* An hæres, quod sibi à defuncto debetur, deducat. *ibid.* Quibus casibus Falcidia cesset. *ibid.*
Familiæ erciscundæ judicium inter quos reddatur, & quid contineat. 966. *b.*
Familiæ curator fiduciarius cur olim à testimonio testamentario remotus, hæres admissus.....
Famosa judicia civilia ex delicto aliqua conditione concurrente. 1054. *a.* Ex contractu judicia famosa *ibid.* Cur non omnia judicia bonæ fid. famosa. *ibid.*
Famosam non esse actionem quod motus causa, nec interdicta, neque condiciones. *ibid.*
Famosi libelli quam varia pœna. 899. *b.* Si inventor auctorem judicaverit. *ibid.* Pœnæ l. un. C. de fam. libell. quando locus. *ibid.*
Fera non vulnerantis, sed occupantis fit. 175. *a.*
Ferum animal sit, an mansuetum, unde æstimandum. 173. *b.* Feras etiam in alieno fundo captas fieri capientium. *ibid.*
Fideicommissa quandoque induci sine verbis fideicommissorum propriis. 472. *a.*
Fideicommissa vim obligandi non habuisse ante tempora Augusti 571. *b.* De fideicommissis extra ordinem jus dici solutum; & quorum ea jurisdictio. *ibid.*
Fideicommissaria hæreditatis petitio an recte numeretur inter actiones prætorias. 1018. *b.*
Fideicommissum etiam ex certo die recte dari. 574. *a.* recte relinqui etiam ab hæredibus legitimis & honorariis. 586. *b.* An fideicommissum à legitimo hærede relictum, successione propter repudiationem primi gradus agnati ad sequentem devoluta, debeatur. *ibid.*
Fideicommissum hæreditatis quis cui à quo recte relinquat. 574. *a.*
Fideicommissorum natura laxior quam legatorum, & quibus in rebus. 501. *b.*
Fidejussor idem, qui & adpromissor. 772. *b.*
Fidejussoris obligatio est accessio principalis. *ibid.*
Fidejussor pro omni obligatione recte intervenit, excepta causa doris. 773. *b.* etiam pro obligatione ex delicto, quando civiliter agitur. *ibid.* Quatenus in criminalibus recipiatur. *ibid.* Pro qua obligatione naturali interveniens obligetur. *ibid.* 773. Quid si obligatio sit mere civilis. *ibid.* Circa obligationem plurium fidejussorum nihil mutatum jure Nov. 776. *a.* Obligatio plurium fidejussorum non dividitur ipso jure; sed ope exceptionis. *ibid.*
Fidejussor intensive obligari potest, extensive non potest. 778. *b.* Acceptus in majorem quantitatem, quam debetur, ne in debitam quidem obligatur *ibid.* 778. & quid hodie. *ibid.*
Fiducia veteribus pignus, & proprie hypotheca.
Filiofam. hærede instituto repudiante, utrum pater; an substitutus, admittendus. 423. *b.* Pleræque aliæ ejusdem generis quæstiones obiter excussæ. *ibid.*
Filiorum appellatione an contineantur posthumi, nepotes, filiæ. 105. *a.*
Filiusfam. quando hæredem ab intestato habere cœpit. 636. *a. b.*
Filiusfam. in publicis causis non sequitur jus patris.
Filiusfam. ne de iis quidem bonis testari potest, quorum fructus patri non quæritur. 370. *a.* An de his codicillis facere, aut mortis causa hæc donare sine consensu patris. *ibid.*
Finium regundorum inter quos cujus rei gratia agatur. 966. *b.*
Flumina, portus, piscatio, quo jure hodie censeantur. 164. *a.*
Fœminæ agnatæ non consanguineæ quo ordine vocentur à prætore.
Formulæ in actionibus in personam usitatæ: & quali locus, cum agitur ex obligatione faciendi. 920. &c. *a.*
Forum commune esse locum domicilii. 916. *b.*
Forum proprium quæ tribuant, & quid mutatum moribus. 916. *b.*
Fratres germani, & uterini. 630. *a. b.*
Fratrum filii, quando soli existunt, utrum hæreditatem in capita, an in stirpes dividant. 655. *b.*
Fructuariâ locatâ, quid juris circa pensiones. 208. *b.*
Fructuarii onera. 217. *b.*
Fructuario quid tribuat tum jus utendi, tum fruendi. 254. *a.*
Fructuarius an possideat. 324. *b.*
Fructuarius potest jus, quod habet, alteri locare, vendere, &c. 270. *a.*
Fructuarius & colonus in quo discrepent, aut conveniant. 208. *b.*

Fructus quid; &, quotuplex. 208.*b.* Quando fructus percepti intelligantur. *ibid.*
Fructus non tunt fructuarii, nisi ipse eos perceperit. 214.*b.*
Fructus percipiendi jus non transire ad hæredem fructuarii, licet majore parte anni ususfructus steterit. *ibid.*
Frumentum ex spicis alienis excussum, manet ejus, cujus spicæ sunt. 196. *a.* Quid de vino & oleo, &c. expresso. *ibid.*
Furem non esse, nisi qui fraudulenter rem alienam contrectet. 866. *b.* Non item, qui non lucrandi animo. *ibid.* Quid, si urgente fame esculenta ablata. *ibid.*
Furiosus à mente capto quid distet. 133. *b.*
Furta quam variè apud varios multata. 871. *a.* Non pugnare cum justitia attributrice, quod interdum morte puniantur. *ibid.*
Furti actio, quibus competat. 878. *b.* &c. civilis, an concurrat cum criminali. 868. *a.* etymol 883. *b.* inquirendi ratio vetus. 870. *a.*
Furtiva condictione an hæres furis teneatur in solidum. 883. *b.*
Furtorum domesticorum coërcitio vetus & hodierna. 878. *a.* genera. 873. *a.*
Fu tum manifestum. 689. nec manifestum. *ibid.*
Furtum non fieri sine contrectatione: & quid inde: tum quis contrectare dicatur. 866. *b.* fieri non intelligi, nisi sit, qui possideat. *ibid.* per se & natura turpe esse. *ibid.* aliquo casu facere non videri, qui sciens rem alienam vendit. 282. *b.*
Furti actio datur ob Gallinam surreptam. 178. *b.*

G.

Genus quid sit prudentibus, quid species. Generis legatum quando valeat. 538. *b.* ubi utile est generis legatum, regulariter electionem esse legatarii. *ibid.* Vetus inter genera legatorum circa potestatem eligendi differentia. *ibid.* An istius differentiæ adhuc ratio habenda. *ibid.* Quibus casibus electio sit hæredis ubi testator id non expressit 538. *ibid.* Electionem non usquequaque esse liberam, & quid hic jure patrio. 538. *ibid.*
Generationis vis in fœminis citius incipit, quam in maribus. 127. *a.*
Gradus hæredum ex serie successionis, à testatore factæ, æstimandos. 418. *a.*
Graduum cognationis distinctionem cur nosse oporteat; & cur seriem cognationum lurecon sulti gradus vocitent. 659. *a.*
Graduum dinumerationis discrimen inter jus civile & canonicum. 68. *a.* Qua serie gradus numerentur. 659. *a.*
Grege legato, etiamsi unica ovis tantum superfit, eam legato cedere, & cur non idem in legato usufructu gregis. 532. *b.*

H.

Habitatio, quid. 274. *b.* Habitatio tam vendi, quam locari potest. *ibid.*
Hæres, unde dictus. 493. *a.*
Hæredes omnes apud nos voluntarii. 479. *a.*
Hæreditas, propriè quid sit. 328, *a.* 236. *a.* quibus modis deferatur. *ibid.* 328.
Hæreditas jacens, diversa consideratione rectè dicitur repræsentare personam defuncti, & personam hæredis, 407. *a.* In quibus hæreditas personæ vice fungi non potest. 729.
Hæres quasi obligatur legatariis fideicommissariis; creditoribus non item. 846. *a.*
Hæres à legatariis cogi non potest ut adeat. 567. *b.*
Hæreditas in tot partes distribui potest, quot testator voluerit. 403. *a.*
Hæreditatem olim qui & in quantum capere non potuerint. 397. *a.* Qui & in quantum hodie hæredes instituì non possint. *ibid.*
Hostem occidere an liceat, postquam captus est. 36. *b.* &c.
Hostium res, veteribus eodem loco fuerunt, quo res nullius. 179. *b.* Ager ex hostibus captus, cur publicus fiat *ibid.* & quid de mobilibus, tum olim, tum hodie. *ibid.*
Hypotheca. *Fiducia.*
Hypothecaria, nomen commune. *Pignoratitia.*
Hypothecaria legatariis à Justiniano primum data: in qua de re; adversus quos, ea competat. 499. *a.*

I.

Impensas condemnandus victus victori, & si non petitas, 1051. *a.* &c.
Imperativa verba interdum vim habere precariorum. 593. *a.*
De Impuberis delicto. 882. *b.*
Impubes pubertati proximus an obligetur naturaliter, sine tutoris auctoritate contrahe[ndo]. *ibid.* 759. *b.* Cur non obligetur auctore patre. *ibid.*
In jure, & in judicio, fieri, diversa. 915. *a.*
Incertæ personæ cur olim non certe legaretur. 544. *b.* cur tale legatum [valu]erit per errorem 544. *b.* reperi non potuerit.
Indebiti soluti condictio [com]peret, quæ requirantur. 847. *a.* An ex juris repetitioni [sem]per obsit. *ibid.* Obligatio indebiti per error[em] per obsit. *ibid.* an quasi ex contra[cto] rem soluti, sine ex vero, an quasi ex contrarem soluti, sine ex vero, an quasi ex contractu. *ibid.* causæ ex quibus indebitum solu

ſolutum non repetitur,& cur id placeat. 850.*a*
Individuum, quot modis dicatur. 54.*b*
Individua viræ conſuetudo. *ibid.*
Infans quamdiu quis habeatur ; & gradus ætatis pupillaris. 759.*b*.Infantiæ proximus. 759. *ibid.* Proximi pubertati ; &, an hi naturaliter ſine tutore obligentur. *ibid.*
Ingenui, quinam veteribus, & poſtea, dicti ; &, quid propriè vox Ingenuus. 37.*b*.
Ingenuitatis inter quos vertatur quæſtio. 979.
Injuria re, quot modis fiat. 899.*b*. Injuriam factam an verbis liceat repellere. *ibid.*
Injuria remiſſa, adhuc peti poſſe impenſas, &c. 909. *a*. Cur diſſimulatione injuria aboleatur. *ibid.* An idem obtineat in reali injuria. *ibid.* Plures ſpecies tacitæ remiſſionis. *ibid.* In actione injuriarum annus utilis, an continuus ; &, ex quo tempore currat. *ibid.* Actio injuriarum ex lege Cornelia perpetua. *ibid.* levis, & atrox injuria, unde æſtimetur 906.*b*. &c.
Injuriæ quæ pœna ex lege XII. tabb. 904. *b*. quæ ex edicto prætoris. 905. *a*. ex lege Cornelia. 907. Actionem injuriæ ad palinodiam, civilem eſſe, non criminalem. 907. *b*. In actione criminali pœnam extraordinem conſtitui : civili electa, hanc conſumi, & contra. *ibid.* Civiliter conventus actione injuriarum, qua ratione infamiam effugiat. *ibid.*
Injuriarum actio cur nec in hæredem, nec hæredi detur. 1020.*a*.
In ius vocatio an pars iudicij. 1055. *b*. Effecta in ius vocationis. 1056.*a*.
In ius vocare, quid ſit ; &, quid, citare. *ibid.*
Inſtituti ſine partibus ex æquis partibus ſuccedunt quamvis teſtamento non facto æqualiter ſucceſſuri fuiſſent. 407.*a*.
Inſtituti ex imparibus partibus, atque invicem ſubſtituti. 426.*b*.
Inſtitutio ſervi alieni ſuſtinetur ex perſona domini, proprii ex conſequentia libertatis. 397.*a*. Quid iuris in ſervo communi ab uno è dominis hærede inſtituto. *ibid.* Quid ſi ſervus hæres inſtitutus ſit à fructuario. *ibid.*
Inſtitutionem hæredis mutorum moribus ad ſubſtantiam teſtamenti non deſiderari 415 *b*.
Inſtitutus ex certa parte hæreditatis, vel ex certa re, quod bonorum omnium hæres fiat, id eſſe ex ſubtilitate iuris. 402.*b*.
Inſula in mari concreto raro naſcatur. 184. *a*. Cur frequenter in flumine. *ibid.* in flumine nata, eſt vicinorum poſſeſſorum. *ibid.* non proprietate tantum, ſed etiam uſu. *ibid.* pro qua parte cuique vicinorum acquiratur. *ibid.* quo iure. 184. *ibid.* quid hic apud nos. *ibid.*
Interdicta cur potiſſimum de poſſeſſione propoſita. 1037. *b*. Quæ interdicta cauſam proprietatis, aut quaſi, contineant. 1037.*b*.
Interdicta retinendæ & recuperandæ poſſeſſionis etiam fructuario dari. 1046.*b*.
Interdicta adipiſcendæ poſſeſſionis. 1040.*a*.
Interdictorum diviſio à forma. 1038. *b*. Uti poſſidetis, & Utrubi, vetus differentia, eiuſque ſublatio : tum, quid hic ius Can. & mores hodierni. 1042.*a*.
Interdictum quid ſit iuxta veterem formulam, & quid hodie. 1037.*b*.
Interdictum Quorum bonorum, cui, adverſus quem competat : cui bono comparatum. 1040.*a*.
Interdictum Salvianum adverſus quos detur. *ibid.* Affines huic interdicto remedium actio Serviana, & cur interdicto experiri utilius. *ibid.*
Interdictum *unde vi* quatenus Canonibus extenſum : & de remedio can. Redintegrandæ : tum quomodo hic apud Batavos procedatur. 1047.*b*.
Interdictum *unde vi* quibus, quarum rerum nomine detur. *ibid.*
Intereſſe, qua ratione incertum. 720.*a*.
Interrogationis & reſponſionis congruentia unde æſtimanda. 755. *a*. Quid iuris, ſi diverſitas verſetur circa rem aut quantitatem. *ibid.* Quid ſi circa qualitatem. *ibid.*
Inteſtabiles qui dicantur ; &, an aliquam habeant teſtamenti factionem. 344.*a*.
Inteſtato filio mortuo : peculium caſtrenſe quando, & quo iure, ad patrem pertineat. 370. *a*.
Inteſtatus quis dicatur ; & an ea appellatio etiam ad pupillum, furioſum, &c. pertineat, 604. Succeſſionis ab inteſtato quando locus, teſtamento irrito factus. *ibid.*
Inventarij beneficium. 490. *a*. eius neglecti pœna. *ibid.* ius hodiernum circa adeundam ſub beneficio inventarij hæreditatem. 490. *ibid.*
Inventario non confecto, an hæres amittat quartam Trebelliani ; &, an teſtator huius quartæ deductionem prohibere poſſit. 587.*b*.
Inventio, ſpecies occupationis. 179
Inundatio, quid propriè ; &, quæ eius vis. 188.*a*. Circa inundationes quid iuris apud Hollandos. *ibid.*
Irrita fieri quando dicantur teſtamenta. 453.
Iter, quid ſit ; quid eo contineatur. 240.*b*.
Iudex ſecundum conſcientiam, an ſecundum acta & probata, iudicare debeat. 1058.*a*.
Iudex, per imperitiam malè iudicans, cur non æquè ex delicto obligetur, ac medicus malè curans : &, circa hoc mores hodierni. 910.*b*.

de

de dolo. *ibid.*
Judex per se non competens potest ex accidenti competens fieri; &, quibus ex causis. 916. *b.*
Judicis & arbitri nomina, quam variè accipiantur. 910. *b.*
Judices omnes secundum leges & mores judicare debere. 1058. *a.*
Judicis officium in judicando. 1058. *a.*
Judicio constituendo, personæ necessariæ. 910. *b.*
Judicia ordinaria olim, & extraordinaria quæ. 1050. *a.*
Jura captivitatis inter quos adhuc conserventur: & quid circa hæc inter Christianos 34. *a.*
Jura prædiorum quo adspectu servitutes dicantur. 236. *b.*
Jure magistratus quæ competere dicantur; &, quæ specialiter tributa. 120. *b.* illa mandata jurisdictione transire, hæc non item *ibid.*
Iuris variæ significationes. 6. *a.* propria, quæ huc quadrat. 7. *b.* præcepta tria. 9. *a.* divisio. 10. *a.* publici nomen. 10. *a.* Animalia bruta juris non sunt capacia. 12. *b.*
Iuris accrescendi, inter plures in eundem usum fructum conjunctos, propria. 268. *a.*
Iuris Æsdomici ratio; &, qualis ex eo jure successio.....
Iuris civilis Batavici distinctio. 26. *b.*
Iurisconsultorum auctoritas non fuit propriè νομοθετικὴ. 25. *b.*
Jurisdictionis verbum, latius sumptum, etiam ad specialiter concessa referri posse. 120. *b.*
Iuris non scripti, quanta, & unde auctoritas. 26. *b.*
Iuris Scabinici ratio: & quo fundamento nitatur.....
Iurisprudentia media, quæ.....
Iurisprudentiæ subjectum, ejusque considerandi modus. 8. *a.*
Iurisprudentiæ veteris contra accusationem Triboniani defensio.....
Ius accrescendi an testator prohibere possit. 413. *a.* V. 512.
Ius civile, in genere. 15. *a.*
Ius gentium, quid; &, unde æstimandum. 15. *a.* Ejus distinctio, in primævum, & secundarium. *ibid.* & 17. *a.*
Ius in definitione actionis quid significet. 916. *b.*
Ius naturale, seu gentium, primævum, & immutabile. 31. *a.* eam immutabilitatem præcipuè appatere in communibus notionibus. *ibid.*
Jus personæ, & status, sive conditio, quomodo differant. 32. *a.*
Jus sanguinis, quot modis dicatur. 113. *a.*
Ius vitæ & necis in servos, non omnes gentes usurparunt. 51. *b.*
Iusjurandum calumnia, quid sit. 1051. *b.*
Iusjurandum advocatorum & procuratorum, in singulis causis: & circa hæc mores hodierni. *ibid.*
Iustitia, non est potentia naturalis, sed habitus. 7. *b.*
Iustitiæ distributio, in universalem, & particularem. *ibid.* an ea necessaria. 5. *a.* Iustitia particularis, ejusque species. *ibid.* Iustitia commutativa, non semper respicit proportionem arithmeticam, nec distributiva geometricam. *ibid.* b. Disciplina civilis spectat etiam justitiam universalem. *ibid.*

L.

Lapis pro miliario; &, unde ea appellatio... Latini liberti quo jure fuerint. 42. *a.*
Legari à legatario cur olim non potuerit, & an hodie possit. 590. *a.*
Legari quæ res possint, aut non possint. 503. *b.* Rem alienam legari, nihil erat. *ibid.* Quid juris si res communis legata. *ibid.* Effectus legati rei alienæ. *ibid.* Legatum rei, commercio simpliciter exemptæ, inutile; item ejus, quæ ædibus juncta. *ibid.* Quid si res legata exempta commercio certæ personæ. 503. *ibid.* &c. Quid feudum legatum; 504. *a.* Legatum rei alienæ, nisi singulari conjectura adjuvetur cur demum valeat, si testator scierit, alienam esse. *ibid.*
an Legati mandata principis vel populi præcisè deceant sequi. 834. *a.*
Legata, ante hæredis institutionem relicta, cur olim inutilia. 555. *b.*
Legata & fideicomm. à Justiniano primum exæquata. 501. *a.* eis communia jure veteri. 591. *b.*
Legata relicta civitatibus, collegiis, pauperibus 544. *b.*
Legatarii, & fideicommissarii particulares [illegible] ad testimonia testamentaria admissi. [illegible] probata. Divinatio quorundam circa hoc. *ibid.*
Legatarii, & creditores, quatenus cum hærede agere possint consumpta restituta. 585. *a.*
Legati vendicationis, & [illegible]nationis, differentia, & sublatio. 499. &c.
Legatorum omnium pereat. 581. *b.* ad solum fideicommissa- natura stricta, & cancellis

cancellis circumscripta. 501. *a.* genera 499. *a.*
Legatum nominis; & quid eo contineatur. 536. *b.* legatum nominis extinguitur, si testatore vivo debitum exactum, aut ultro solutum. *ibid.* Admitti tamen probationem non mutatæ voluntatis. 536. *ibid.*
Legatum omnium bonorum ususfructus, an valeat, alio hærede post mortem legatarii instituto.
Legatum, post mortem hæredis aut legatarii relictum, olim non valebat: in tempus mortis relictum contra: & cur tam varie. 557. *b.*
Legatum, quod debitor creditori legat quod debet, non valet, nisi amplius sit in legato, quam in debito: & quot modis accidat, ut plus sit in tali legato. 519. & 525.
Legatum rei pignori obligatæ, legato rei alienæ simile. 507. *b.*
Legatum rei, quæ in rerum natura nondum est, an putum sit, an conditionale. 510. *b.*
Legatum rei quæ legatarii propria sit, inutile; nec convalescere, ea postea alienata. 521.
Legatum, unde dictum. 496.
Lege regia jus omne populi privative in Principem translatum. 22. *a.*
Lege Voconia mulieres hæredes institui non potuisse. 571. *b.* Accurata in hoc legis caput inquisitio. *ibid.*
Legem condere non potest populus, alterius imperio subjectus. 14. *b.*
Leges quibus comitiis & quibus magistratibus latæ. 20. *a.*
Leges Furia, Voconia, Falcidia, quo sensu dicantur testatorum gratia latæ. 563. hæredum potissimum causa. *ibid.* Quid à quo earum singulis. *ibid.*
Legis Duodecim verba, Uti usque legassit suæ rei, exposita. *ibid.* 163.
Legis varia significatio. 11. *b.*
Legitima portio, quid. 471. *b.* Auctio hujus portionis num ad parentes quoque & fratres pertineat. *ibid.* An, ut augeri & minui legitima potest, ita & in totum tolli. 471 *ibid.* Si minus legitima relictum, qua actione quod deest, petatur: novique & veteris juris differentia. *ibid.* Actio ad supplementum in quibus differat à querela. *ibid.* Legitima hodie titulo institutionis relinquenda. 476. *a.*
Legitimæ & quartæ Trebellianicæ deductio juxta c. *Rainutius.* 579.
Legitimati an ad feudum admittantur. 606. *b.*
Legitimatio; & jus objectum. 77. *b.* Legitimatio per oblationem curiæ, usu receptum. *ibid.* Legitimatio per subsequens matrimonium, sine dotalibus instrumentis non procedit: secus jure canonico, & moribus. *ibid.* Legitimatio per rescriptum Principis. 77. *ibid. b.*
Lex quando obligare incipit. 18.
Lex Voconia.
Liberationis legatæ quis effectus. 524. *b.*
Liberorum appellatione omnes veniunt, qui ex nobis descendunt. 37. *a.* 105. *a.*
Libertatis directæ, & per fideicommissum datæ, differentia, an sublata. 592. *b.*
Libertatis quæstio inter quos vertatur. 957. *a.*
Libertini ingenuis exæquati, & à quo. 42. *a.*
Libertinus & libertus, quid differant. 48. *a.*
Libertus centenarius.
Limitati agri jus alluvionis non habent.
Literæ olim chartæ, hodie charta literis cedit.
Literarum obligatio. 781. *b.* an rectè sic appelletur. *ibid.*
Litis contestatio, quid sit. 1056. *a.* an aliquando à parte rei per affirmationem inducatur. *ibid.* Ejus effecta. *ibid.*
Literas scire, aut nescire, quid.
Locatio, & emptio; unde quibusdam in casibus dignoscantur. 813. *b.*
Locatio, quid, &, quotuplex: tum, quæ res aut facta locationem recipiant. 805. *a.* Locationis & emptionis communia. 806. *a.* In locatione operarum diverso respectu idem & locator & conductor dicitur. *ibid.* Singularia quædam circa locationes agrorum apud Batavos. *ibid.*
Locationi factæ, à venditore emptor stare non tenetur. 816. *b.*

M.

Macedonianum Senatusconsultum. 1003. *b.*
Maleficia omnia quo sensu dicantur ex re nasci. 866. *a.*
Mandatum, quid. 628. *a.* Mandati variæ divisiones. 831. *b.* quid differat à consilio. *ibid.* Consilium tale, instar mandati esse, si quis alicui suaserit, ut pecuniam credat certæ personæ. *ibid.* 831.
Mandatum incertæ rei an & quando valeat. 829. *a.*
Mandati rei inhonestæ nullam esse actionem. 833. *a.* De excedente fines mandati quædam notata. 834. *a.* Mandatum cur solvatur revocatione mandatoris. 836. *a.* Cur morte utriusque. 837. *a.* An morte mandantis finiatur, cum mandavit quid fieri post mortem. *ibid.* Casus, quibus mandatario post mortem mandantis implenti mandatum actio detur. *ibid.* Cur mandatum solvatur renuntiatione mandatarii. 838. *b.* quid si intempestivè renuntiet. *ibid.* Qualis culpa in mandati judicio veniat. *ibid.* Mandatum non vitiatur constitutione honorarii: nec datur tamen de ipso honorario mandati actio. 840. *a.*

Manumissione servi alieni legati, hæres ita liberatur, ut nec æstimationem debeat: & quid si res legata evicta. 529. *a.* Quid si hæres proprium servum, à se legatum, ignorans manumisit. *ibid.*
Manumissionis species. 39. Manumissio vindictâ. *ibid.*
Mariti in bonis uxoris quæ moribus hodiernis potestas. 155. *a.*
Materiæ dominium non amittit, cujus ex materia in alieno solo ædificatur. 100. *b.* Materia dominus ædificans in alieno, quando proprietatem materiæ amittat. *ibid.* Materiæ pretium à possessore qua ratione servari queat. *ibid.*
Matrimonia parentum cum liberis incestuosa in summo gradu. 63. *b.* 68. *b.*
Matrimonium in articulo mortis contractum apud nos non procedit sine dispensatione. 77. *b.*
Matris & avi materni præteritio vim exhæredationis habet. etiam iure novissimo. *a.*
Merces locationis an consistere possit in alia re, quam pecunia numerata. 808. *b.*
Miles etiam pro parte testatus decedere potest. 403. *a.*
Milites capite damnati an & quatenus iure militari testari possint. 364. *b.*
Militis testamentum an subiacear querelæ inofficiosi. 394. *a.*
Militibus testantibus in expeditione remissa omnia; quæ subtilitatem magis, quam naturalem rationem habent. 359. *a.* causa hujus privilegij. *ibid.* In hybernis, &c. locatos tale privilegium non habere. *ibid.* vide 362.
Militum privilegia circa directam substitutionem in casum pupillarem. 446. *b.*
Minor 25. annis procurator idoneus alienæ litis. 48. *a.*
Modi acquirendi jure civili singulares.....
Mores hodierni circa capturam ferarum....
Muciana cautio, & an ea quoque locum habeat in contractibus...
Mulierem præferri anteriorem hypothecam habentibus, & expressam, iniquum videtur, & quid. 977. *b.* & si liberi, &c. *ibid.*
Mulieres cur arceantur à testimoniis testamentariis. 282. *b.*
Mutui etymon. 703. *b.*
Mutuum an sit species alienationis. 371. *b.* Mutuum non confirmari consumptione facta mala fide. *ibid.* Nummi quando consumpti intelligantur. *ibid.* Si mala fide consumpti, quæ tunc actio. *ibid.*
Mutuum quid. 703. *a.* materia mutui. Cur mutui datio tantum consistat in rebus fungibilibus. *ibid.* Forma mutui propria. Singularia in mutuo recepta. *ibid.* Finis & effectus. *ibid.* Debitorem posse eam rem, quam mutuo accepit, in specie reddere. 704. *ibid.*

N.

NAti ex concubina non magis, quam vulgo quæsiti, ius agnationis habent. 649. *b.*
Nati ex damnato coitu omnis successionis sunt expertes. *ibid.*
Naturales liberi quot modis dicantur. *ibid.*
Naturalis omnis obligatio ipso jure nudo consensu tollitur. 801. Item re integra & civiles nudi consensus, & honoraria pignoris. *ibid.*
Navis levandæ causa quæ eiiciuntur, pro derelicto non haberi. 223 *b.* circa res ejectas aut naufragio perditas quid juris tum olim tum hodie. *ibid.*
Negotiorum gestio quale factum. 842. *b.* Actio ex gesto directa cui detur, cui item contraria, quid utramque contineat. 843. *a.* Cuius culpæ nomine negotiorum gestor teneatur. *ibid.*
Nepos ex filio naturali an per subsequens matrimonium avi defuncto patre fiat legitimus. 77. *b.*
Nepos post mortem avi conceptus & natus non potest avo suus hæres existere. 613. *b.* nec bonorum possessionem tanquam cognatus accipere. *ibid. b.*
Nepotes ex diversis filiis, etiam ubi soli sunt, in stirpes familiam erciscere. 610. *b.*
Nomen quo effectu à creditore alienetur. 920. *b.*
Nominum propriorum differentia subtilius, quam vulgo, explicata. 549 *a.* Error in nomine legatarij non vitiat legatum. *ibid.* Error in nomine proprio rei legatæ non vitiat, in appellativo contra. *ibid.* Quid si testator rem oculis subjectam alieno nomine appellaverit. *ibid.*
Notarij publici an stipulando alteri acquirant: & quid iuris hodie. 1. *b.*
Novatio quid; quæ in ea necessaria. 860. *a. β.* novationis effectus. *ibid.* Quot modis novatio fiat. *ibid.* Novatio, quæ fit per litis contestationem, & quid differat à voluntaria. *ibid.* Novationem, & quid differat à voluntaria. *ibid.* Novatio quando fieri intelligatur, si ab eodem debitore quis stipuletur. *ibid.* 6. Quid circa novationem novo jure inductum: ubi multa notabilia. *ibid.*
Noxales actiones an rectè inter arbitrarias numerentur. 923.
Noxa, noxia: noxæ dedere...
Nummi mutuo accepti etiam in alia forma & materia reddi possunt. Aucto aut diminuto nummorum valore eos reddi oportere ea æstimatione quæ est, cum solvuntur.....
Nummi rectè numerati inter res corporales...

Nuptiæ comptivigrorum licitæ. 72.a.
Nuptiæ fratrum & sororum interdictæ, etiam iure divino, & moraliter. 65.b.
Nuptiæ quatenus prohibitæ in linea transuersa inæquali: & an huic prohibitioni consentanea lex divina 65.66.67. Nuptiæ consobrinorum civili & divino jure licitæ: secus jure Can. 68.a. Nuptiarum prohibitio inter affines lineæ rectæ. *ibid* lineæ transuersæ. 69.a. inter affines transuersæ lineæ interdicta Levit. 18. an moralia. *ibid.* Nuptiæ sine parentum consensu contractæ non confirmantur accedente copula. 75.a.
Nuptiarum perfectio, nihil præter legitimum consensum desiderat. 54.b.

O.

Obligatio naturalis nudo consensu tollitur. 863.b.
Obligationes, quæ re contrahi dicuntur. 702.a.
Obligationum summa divisio. 693. Obligatio naturalis *ibid.* Obligationes naturales non omnes eundem effectum iure civili habere, & quæ qualem habeant. *ibid.* Obligatio mere civilis *ibid.* Obligatio mixta. *ibid.*
Officium ius dicentis aliud, quam officium iudicis: & in quibus utrumque consistat. 1058.
Oleum. *Frumentum.*
Operæ officiales & artificiales.
Operæ seruorum vix est, ut seruitutibus personalibus annumerentur.
Optionis & electionis legatum idem esse. 541. ferre à legato generis & alternativo. *ibid.*
Optionis legatum habuisse olim conditionem cohærentem personæ legatarij. *ibid.*
Orcini liberti, & num quid juris in eos familiæ. 592.b.
Orficiano Senatusconsulto filius & filia ad matris successionem vocantur, non item nepos & neptis ad successionem aviæ: quod postea mutatum. Ex eodem ad matris successionem admittuntur & spurij. Quid moribus hic receptum.
Ordinis beneficium quale sit, & quid quibus tribuat. 776.a. non pertinet ad fideiussores iudiciales. *ibid.*

P.

Pacta hodie etiam actionem parere juxta: scita juris Canonici. 698.a.
Pactum de quota litis iure improbatum. 840.a.
Pactum nudum quid, & cur ex eo jure civili non detur actio 698.a. Pacta legitima & in continenti adjecta. *ibid.* Ex continenti adiecta an insint ex parte actoris in contractibus stricti juris. *ibid.*
Pœna constituta in eos, qui plus quovis modo petunt.
Pœnæ nomine legare quid sit. 558.b. Cur tale legatum veteribus improbatum. *ibid.* Cur probatum Iustiniano. *ibid.*
Pœnæ stipulatione incertitudine obligationis ocurri. 733.a. An per subiectam pœnalem stipulationem præcedens obligatio novetur. *ibid.*
Pœnalem stipulationem valere, quamvis inutili subiecta sit. 768.a. Pœnam committi etiam ei, cujus nihil interest. *ibid.* Pœna debetur, quantacumque promissa. *ibid.* Quoties stipulantis interest alteri dare, stipulatio alteri facta valet. 770.a.
Partum ancillæ cur placeat in fructu non esse. 216.b.
Parentibus quo jure alimenta debeantur. 13.a.
Pater quo jure olim, ut pater, successerit filio. 636.b.
Patria potestas quo sensu propria civium Romanorum. 57.b. qualis ea olim, postea, & hodie. 44.a. 57.b.
Patricij genere semper à plebeiis distincti, non ordine. 20.a.
Patricij qui olim, qui postea dicti. 92.a.
Patris jura quibus modis apud nos solvantur. 97.b.
Patroni & parentis manumissoris comparatio. 95.a.
Patroni, parentes, &c. sine venia in ius vocari non possunt: item hujus iuris ratio: & circa mores hodierni. 954.a.
Patronos lex 12. tabb. non alio iure censuit, quam agnatorum. 666.b.
Patronum ab adoptivis excludi cur magis iniquum visum, quam patrem, fratrem, &c. *ibid.*
Pavones & columbæ omnes generis feri. 177.a.
de Peculio quando actio in patrem non datur. 912.b.
Peculio legato, quod vivo testatore accedit aut decedit, cuius lucro vel damno sit. 594.b. Quid si post mortem testatoris. *ibid.* 534.
Peculio pagano adventitio cum castrensi communia 370.a.
Peculium filiifam quid sit: quot eius species, & quid singulæ. 318.a. Adventitij peculij proprietas primum quibusdam in bonis, postremo generaliter filiofam. concessa, usufructu patri relicto. *ibid.* 318. Quibus casibus plena hic proprietas filio acquiratur: & quid circa hæc moribus nostris & Gallorum. *ibid.*

Pecuniæ appellatione res omnes continentur. 259. *b.*
Pecuniæ signatæ usus perantiquus. 797. *a.*
Permutationis incommoda. 658. *a.*
Periculum & commodum rei venditæ ad quem pertineat emptione perfecta. 799. *b.* Quid juris apud nos ex Constitutione Caroli V. *ibid.*
Petitoris in actione rescissoria intentio. 940. *a.*
Picturæ cur tabulam cedere placeat. 206. *b.* Domino tabulæ adversus pictorem quomodo succurratur. *ibid.* In concursu adversus tertium possessorem uter præferendus. *ibid.*
Pignera itia actio quando nascatur. 945. & *a.* 716. quid differat ab hypothecaria, *ibid. b.* ad quid creditor pigneratitius teneatur. 945. *a.* & 716. *b.*
Pignora in vicem satisdationis quando admittantur. 137. *a.*
Pignoris varia significata. 716. *b.* Pignus contrahi etiam sola convention. *ibid.*
Pignoris vendendi formam à Iustiniano præscriptam hodie non observari. 309. *b.* etiam cum convenit, ut pignus distrahere liceat, unam saltem denuntiationem requiri. *ibid.* Et quid juris si solutio sua die non facta. *ibid.*
Pignus inter, & hypothecam, nihil interesse, quantum ad actionem hypothecariam. 945. *b.* Inter pignus & hypothecam quid propriè interfit secundum usum juris. *ibid.*
Pignus persequenti creditori quarum rerum probatio incumbat. 942. *b.*
Piscandi jus in flumine quo sensu dicatur commune. 164. *a.*
Pisces in alieno stagno capti cujus sint. 135. *a.*
Polygamia nunquam in foro conscientiæ licita fuit. 54. *b.* 69. *b.*
Portus. *Flumina.*
Posthumi alieni servus cur rectè instituì hæres potuerit, ipse non potuerit. 401. *a.*
Posthumi qui propriè dicantur: & qui impropriè seu quasi posthumi. 380. *a.* 385. *b.* Quid ex his agnascendo, qui succedendo testamentum rumpant. 385. *b.* Cur nepti quasi posthumæ plus tributum olim, quam filiæ. 385. *b.* jus antiquum circa institutionem & exhæredationem posthumorum. *ibid.* Quid Gallus circa nepotis posthumi institutionem introduxerit. *ibid.* Quid lex Velleia. *ibid.*
Posthumi similes incertis personis. 546. *a.* Posthumi sui & alieni. *ibid.* Posthumus alienus quo sensu dicatur olim hæres instituì potuisse. 548.
Posthumorum appellatione venire omnes liberos nascituros. 106. *a.*
Postliminio reversus quando quis intelligatur. 93. *a.* quæres postliminio recipiantur & quid juris hodie. *ibid.* origo vocis postliminii *ibid.*
Possidere quid sit in argumento usucapionis. 288. *b.* Possessionem legitimi temporis ad usucapionem definiti continuam requiri. Possessionis interruptio, ejusque effectus. *ibid.* etiam alienæ possessionis accessione uti licere ad implendam usucapionem. 288. *ibid.* Possessionem justam defuncti prodesse hæredi etiam scienti rem alienam esse injustam nocere etiam ignoranti. *ibid.*
Possessionis accessione auctoris sui quando successor particuleris utatur. 90. *b.*
Possessio cur per extraneam personam acquiri possit, jus aliquod non possit. 326. *a.* Per consequentiam adeptæ possessionis etiam dominium nobis acquiri. *ibid.* vel conditionem usucapiendi, sed demum postquam scientia intervenit. *ibid.*
Possessio rerum hæreditariarum nec suis hæredibus continuatur. 608. *a.*
Possidere quid propriè sit. 1044. *b.* Vetus controversia circa retentionem & amissionem possessionis, quæ à Iustiniano subiata. *ibid.* Etiam solo animo possessionem retineri. *ibid.* Ad acquirendam possessionem & animo opus esse, & simul aliquo actu corporali. *ibid. b.* Quibus modis possessio amittatur. *ibid.*
Possidere pro hærede prove possessore quis dicatur in interdicto Quorum bonorum; & alia nonnulla scitu digna. 1030. *a.*
Possessor bon. fid. qui in alieno ædificavit, qua ratione pretium materiæ & impensas consequatur. 200. *b.* quid juris in malæ fid. possessore. *ibid.*
Possessor bonæ fidei fructus perceptos suos facit: 208. *b.* consumptos lucratur, extantes omnes restituit. *ibid.* Praxis. Ratio hujus juris. 207.
Possessor bonæ fidei quis sit. 208. *b.* quid si postea cognoverit rem alienam esse. *ibid.*
Possessor bonæ fidei an domino servum vendicanti restituere debeat, quod ex operis servi paratum extat. 324. *b.*
Possessorii cum petitorio cumulatio. 1042. *b.*
Possessorii qui Possessores quos fructus restituere debeant. 1061. *b.*
non Possidenti nullam eo nomine actionem dari. 200. *b.*
Possessor malæ fidei nullos fructus percipiendo suos facit, aut consumendo lucratur. 208. *b.*
Possessores prædiorum provincialium quale jus olim habuerint....
Potestatis vocabulum in magistratu...
Pra... corum... jura cum effectu juris con-

sideræa nunquam loco distinguuntur. 243.*b.*

Præjudicialis actio quid, quotuplex, & unde sic appelatur. 957.*a.* Cur actionibus in rem annumeretur. *ibid.*

Prælegatum dotis jure antiquo semper plus habuit: quam dotis obligatio. 528. ad idem adhuc jure novo. *ibid.*

Præscriptio non currit adversus agere non valentem. 940.*a.*

Præscriptio moratoria, & aliæ dilatoriæ. 22.*b.*

Præscriptio quadriennii fiscalis, nec olim cognita nec canonibus aut moribus recepta. 286. *a.* 291.*b.*

Præsumptio duplex pro instrumento. 766.*b.*

Præterita filia & nepotibus in potestate existentibus, quid olim juris. 380. *a.* quid præteritis posthumis. 383. *a.* quid præteritis emancipatis. 387. quid præteritis adoptatis *seqq.* Quid novi circa hæc introduxerit Justinianus. *seqq.*

Præteritis à patre liberis, an legata beneficio novæ legis conserventur. 462.*a.*

Præterito filio, qui in potestate est, testamentum jure civili nullum esse: unde quatuor consectaria. 380. *a.* An tale testamentum prorsus inutile etiam jure prætorio. *ibid.*

Prætextatus sermo. 900.*a.*

Prætor circa successiones ab intestato quomodo jus vetus emendarit....

Prætor hæredem facere cur non possit....

Prætori unde, & qualis, condendi juris potestas. 24.*b.*

Processus judiciarij partes. 1055.*b.*

Princeps quatenus de bonis subditorum disponere potest. 53.*b.*

Principes an & quatenus legibus soluti. 459.*b.*

Privilegiorum usus ratus tam in statu democratico: quam in Monarchico. 22.*a.b.*

Probatio negativæ: arctatæ loco & tempore. 763.

Procurator, & officium ac potestas, maximè hodie, &c. 1012. *a.* Procuratorem, de cujus mandato constat, non cavere de rato. 1013.*b.*

Procuratorum distinctio vulgata, in simplices, & cum libra, latè improbatur. 229.*a.*

Prodigus, qui facto ipso talis, an is demum, cui simul interdicta rerum administratio 133.*b.* non potest testamentum facere. 376.*a.*

Promittens metu licet coactus, obligatur, & quare. 1024.*b.*

Profanum quid, & unde dictum. 168.*a.*

Provincialium qui vectigales, qui stipendiarii....

Pubertas in masculis ex annis etiam olim æstimatio. 127.*a.*

Pubertum annorum 25. annis obligatio. 759.*b.*

Publicianæ actionis introducendæ causa. 937. Cur ut competat Publicianæ, necesse sit rem traditam esse: & an aliquando competat re nondum tradita. *ibid.* An & de rebus incorporalibus: ubi & de bona fide, &c. *ibid.* An etiam vero domino detur, &, an cum rei vendicatione cumulari queat. *ibid.* Cur requiratur ut possessio amissa sit, & amissa casu. *ibid.* Quæ sit & qualis in hac actione petitoris intentio. *ibid.* Adversus quem detur: quid ei obstet: tum quis ejus exitus. *ibid.* 937.

Pupillariter substituere pater non potest, multo minus mater, liberis emancipatis. 427. *a.* nec nepoti in potestate constituto, quem pater antecedit. *ibid.* An ut valeat substitutio pupillaris, sufficiat liberos in potestate esse tempore mortis. *ibid.* Vulgari casu expresso etiam pupillarem contineri. *ibid.* An & ex converso. *ibid.*

Pupillo, in quem solutio collata, rectè solvi. 314.*b.* Debitorem, pupillo sine tutoris auctoritate solventem, non liberari, licet dominium transferat. *ibid.*

Pupillus, aut minor, non restituitur beneficio ætatis adversus solutionem factam secundum Constitut. Justin. 314. *b.* quid si nummos ita solutos salvos habeat. *ibid.* Si pecunia, quam pupillus sine tutoris auctoritate credidit, perierit, utrius futura sit jactura, *ibid.*

Q.

QUarta D. Pij totorum bonorum, an portionis ab intestato debitæ quarta pars sit: & num etiam hæc aucta. 83.*b.*

Querela cur etiam parentibus detur, & quibus, quando. 467. *a.* Quod statim post liberos ad querelam admittantur parentes, contra rationem juris videri. *ibid.* An jure novissimo fratres cum parentibus ad querelam admittendi. An fratres uterini cum consanguineis debeant concurrere. *ibid.*

Querela inofficiosi testamenti quando liberis exheredatis aut præteritis necessaria. 462.*a.* quando posthumis. 470.*a.*

Querela inofficiosi utrum sit actio, sive petitio; an remedium aliquod ab actione separatum. 461.*a.*

Querela non datur iis, qui alio jure venire possunt. 470. *a.* Parenti manumissori cur detur, cum contra tabulas petere possit. *ibid.*

Querelæ inofficiosi cur colorem dementiæ veteres prætexuerint: & num idem adhuc hodie. 462.*a.*

Querelæ inofficiosi renuntiare videri, qui judicium defuncti agnoscit: & in universum de

de effectis agnitionis & oppugnationis judicii defuncti, cum collatione juris veteris & novi. 475. *b.* &c.
Quasi contractus quid sit. 841. *a. b.* Obligationem ex quasi contractu non esse ex tacita conventione. *ibid.* Tacitum cum ficto, expressum cum vero perperam confundi. *ibid.*
Quasi ex contractu hæres legatariis proprie obligatur, non creditoribus hæreditariis. 848.
Quasi maleficium, quid. 910. *a.*

R.

RApinæ pœna. 887. *b.* Pœna rapinæ, quæ privatis applicatur, &c. exolevit. *ibid.*
Recipere, quid 948. *b.* Actionis receptitiæ & constitutoriæ discrimen. *ibid.*
Regula; Quod semel utiliter constitutum est, durat, licet ille casus extiterit, unde incipere non potuit; quando locum habet, & quando contraria. 375. *a.*
Regulæ; Neminem posse rogari, ut plus restituat quam ipse cepit; declaratio. 591. *a.*
Reipubl. causa qui abesse dicantur; & quæ horum peculiaria,...
Religiosus locus ut fiat, quæ necessaria. 169. *b.*
Remedium l. ult. Cod. de edict. D. Hadriani tollendo....
Reorum duorum debendi, & promittendi, &c. 735. *b.*
Rerum communium usus omnibus competit 162. *a.* quatenus harum rerum quid occupari, quo effectu, possit. *ibid. b.* quatenus differant ab his, quæ nullius sunt, communi usui non attributa. *ibid.*
Rerum immobilium translatio quid jure Batavorum desideret. 228. *a.*
Res omnes aut in bonis nostris sunt; aut extra bona: tertium genus non datur. 161. *a.*
Res sacræ, & persona consecrantis. 168. *a.*
Rescindentis & rescissorii judicii commentum. 940. *a.*
Rescripta contra jus elicita; & preces sub & obreptitiæ. 22. *b.*
Restitutio adversus eum, qui absens usucepit rem in civitate manentis, ubi & alia. 940. *a.* adversus eum, qui præsens rem absentis usucepit. *ibid.*
Restitutio adversus usucapionem an detur ex sola causa ignorantiæ. *ibid.*
Restitutio & rescissio ex edicto; Quæ in fraud. cred. 942. *b.*
Retentio rei dotalis quibus ex causis marito olim concessa, & quid postea hic novi. 992. *b.*
Retentio extra causam dotis. *ibid.*
Reus quid & unde dictus. 734. *b.* Duo rei stipulandi qui. 735. *a.* Duo rei promittendi *ibid.* Duo rei debendi non aliter nunc fiunt, quam si id specialiter actum. *ibid.* jure novissimo is competere beneficium divisionis, non tamen in foro mercatorum. *ibid.* Solutione, aliove modo, qui vice solutionis sit, promissor b[illegible] è reis credendi liberato, totam re[illegible] obligationem. 736. *b.* Uno è duobus reis promittendi vente, &c. omnes liberari.
Ripa quid sit. 165. *b.*
Ripæ non sequuntur conditionem fluminis, ut litora maris. *ibid.*
Roma olim commune forum. 916. *a.*

S.

SAbiniano Senatusconsulto quid cautum....
Sacra privata. 168. *a.*
Sancti appellatio quam late pateat. 171. *a.* inter sancta an recte portæ numerentur. *ibid.*
Satisdatio tutorum apud nos qualis, & nonnulla alia. 136. *a.* vide 1013. *b.*
Satisdationum modus & usus hodiernus. 137. & 1017. *b.*
Satisfacere & solvere, item fidejubere & expromittere quomodo differant. 218. *a.*
Scriptura non pertinet ad essentiam legis. 18. *b.*
Senatusconsulti Macedoniani scopus, &c. 1003. *b.*
Senatusconsulto Trebelliano quæ incommoda causam dederint. 575. *b.* Quæ Senatusconsulto Pegasiano. 577. *a.* Hoc Senatusconsulto vim legis Falcidiæ productam ad fideicommissa hæreditatis. *ibid.* Discrimen legis & Senatusconsulti circa res, quæ imputantur. *ibid.* Hæres qui ultro totum, quod rogatus est, restituit, an solus onera subeat ex Pegasiano. 579. *a.* Caput Senatusconsulti de cogendo nolentem adire. *ibid.*
Senatus juris condendi potestatem *quando* & unde acceperit. 21. *a.*
Senatusconsulto Tertulliano *matri ter aut quater* enixæ liberorum delata *legitima hæreditas.* Qui matri prælati ex eo *Senatusconsulto*, &c. Jus novum circa matris *legitimam* successionem liberorum vulgo *quæsitorum.*
Sententia sine certa *quantitate profata* cur non valeat. 984. *b.*
Sententiæ certitudo *unde metienda.* *ibid.* etiam in petitione *incerta certam* debere ferri sententiam. *ibid.* *Quibus* casibus certa sententia ferri nequeat. *ibid.*
Sententiæ *nullius* momenti: quæ, licet injustæ, valeant, & quid circa hæc in Belgio. 1058. *a.*
Sepulchra privata antiquorum, & hodierna. 1046. *b.*
Servi quomodo [illegible] dominis tractandi. 52. *b.*

Servi pœnæ qui. 90.
Servitus pœnæ sublata. 91. *a.*
Servi in iis regionibus nulli. 34. *a.*
Servi cæteris bis etiam ignorantibus & invitis acquirat. 321. *b.* Cur hinc excipiatur hæreditas. *ibid.* An possessio per servum domino ignoranti acquiratur ex quacunque causa. *ibid.*
Servitus quo sensu dicatur contra naturam esse. 33. Voluntaria in servitutem datio. 36. *a.*
Servitus prædii quid sit, quid ea requirat. 238. *b.*
Servitutes prædiorum omnes perpetuam causam habere debent. *ibid.*
Servitutes altius non tollendi, luminum, & ne luminibus officiatur, an differant. 243. *b.* Aquæhaustus, pecoris ad aquam appulsus, an inter servitutes prædiorum recte numerentur. 248. *b.*
Servitus communi prædio ab uno neque constitui neque acquiri potest. 250. Ad constituendam servitutem non sufficit sola pactio. *ibid.* &c. Ultima voluntate constituitur ipso jure. *ibid.* Per usum ac possessionem nostram quomodo capiatur. *ibid.* quibus modis amittatur. *ibid.* 250.
Servitutes stillicidiorum & fluminum. 243. *b.* Jus altius tollendi sine servitus. *ibid.*
Servitutes tigni immittendi & oneris ferendi sunt distinctæ, item projiciundi & protegendi. 243. *b.*
Servitutum personalium species....
Servo proprio hærede instituto, quis circa acquirendam hæreditatem effectus. 309. *a.* quid circa idem instituto servo alieno. *ibid.*
Servo hæredis cur pure inutiliter legetur. 553. 554. cur domino hæredis utiliter. *ibid.*
Servo aligno, qui paterfam. credebatur, instituto, hæreditas ex æquo dividitur inter substitutum & servi & dominium....
Servus fructuarius cui acquirat, si dicat se domino proprietatis accipere ex re fructuarii. 323. *a.*
Servus fructuarius contemplatione fructuarii hæres institutus, jussu fructuarii, hæreditatem adire debet. *ibid.*
Servus proprius simpliciter tutor datus directo liber sit. 103. *a.*
Sestertius, & sestertium, an idem valeant. 668. *a.*
Societas quid, quarum rerum, quando & quomodo. 817. *a.*
Species societatis subjectis distinctæ. 818. *a.* Universorum bonorum societas, & ejus effecta *ibid.* Inter conjuges moribus Belgii. *ibid.* Quæ bona communicentur, si societas simpliciter coita sit. *ibid.* Si de partibus societatis nihil convenerit, partes in lucro & damno æquales esse. *ibid.* Si partes expressæ, hæ servandæ, qualiscumque collatio sit. *ibid.* Notabilia quædam circa casum, quo ab uno pecunia, ab altero opera confertur. 821. *a.* Quid si convenerit, ut unus lucri sit particeps, damni immunis. *ibid.* Si in una tantum causa, puta in lucro pars expressa, in altera eadem servari debet. 822. *b.*
Societas unius è sociis renuntiatione solvitur. 822. *a.* Quibus ex factis renuntiatio tacite arguitur. *ibid.* Malitiosa renuntiatio quatenus cui noceat. *ibid.*
Solui societatem etiam morte unius è pluribus, & quo id pertineat. 824. *b.* Ad quem gradum diligentiæ culpa in judicio societatis exigatur. 826. *b.*
Solemnibus quatenus quibus in testamentis paganorum remissæ, 341. *b.* quatenus jure Canonum & multorum moribus. *ibid.*
Solutio quid proprie. 853. *a.* Aliud pro alio invito creditori solvi non posse. *ibid.* exceptiones hujus regulæ. *ibid.* Ad justam solutionem requiri, ut solvatur simul & semel totum, quod debetur. *ibid.* Licere unicuique pro debitore solvere etiam ignorante & invito. *ibid.* Quid si creditor solutionem ab alio oblatam recusat accipere? & quid si alius pro emphyteuta canonis solutionem offerat. *ibid.* Fidejussore pro reo simpliciter solvente utrum ipso jure reus liberetur, an per exceptionem. *ibid.*
Sortis judicium apud veteres frequens. 542. *a.*
Species. *Genus.*
Species nova non acquiritur facienti, nisi eam fecerit suo nomine & bona fide. 189. *b.*
Specificatio pertinet ad modos acquirendi per occupationem *ibid.* circa specificationem Proculi & Sabini dissensus. *ibid.* media sententia qua ratione nitatur. *ibid.*
Sponsalia, eorum genera & effectus. 54. *b.*
Sponsores, vades, prædes. 772. *b.*
Spurii an pro turpibus personis habendi. 467. *a.*
Status controversiam quis pati dicatur....
Statuta qui qua conditione condere possint 20. *a.*
Stipendium & tributum an differant. 223. *a.*
Stipulatio quid sit. 718. *a.*
Stipulationum usus quam varius. *ibid.*
Stipulatio non habet certam & determinatam naturam. *ibid.*
Stipulationis vera originatio 720. *a.* Ad substantiam stipulationis quæ adhuc requirantur. 721. & *ibid.* Moribus hodiernis stipulationum & pactorum jura fere confundi. 721. *b.*

Ex pura ſtipulatione ſtatim agi poteſt. 723. *a.*
Stipulatio non valet, in quam res deducta eſt, quæ non eſt, nec unquam fuit. Vbi de hippocentauris. 746. *a.* Quid ſi deducta res, quæ eſſe deſiit. *ibid.* Quid ſi, quæ non ſit in commercio. 747. *a.* Quid ſi ſtipulator ſciat non eſſe in commercio, *ibid.* Quid ſi ille ignoret, promiſſor ſciat. *ibid.* Quando ſtipulatio utilis earum rerum, quæ ſecundum quid extra commercium. *ibid.* 747. De ſtipulatione rei ſuæ. *ibid.*
Stipulatio extinguitur in caſum deducta, unde incipere non potuit. *ibid.* An ex contrario iterum reſtituatur. *ibid.* Res commercio exempta nec ſub conditione in ſtipulatum recte deducitur. *ibid.*
Stipulatio in alium collata, quid tribuat ſtipulatori. 751. *b.* Quid adiecto ſolutionis cauſa. *ibid.* quid permittat promiſſori *ibid.* quid ſi adiectus ſtatum mutaverit. *ibid.* Quid iuris, ſi quis coniunctim ſibi & alteri ſtipulerur. *ibid.*
Stipulatio poſt mortem ſtipulatoris aut promiſſoris aut in ante diem mortis concepta cur olim inutilis. 764. *b.* Qua ratione ius vetus mutatum. *ibid.*
Stipulatio præpoſtera. 766. *a.* poſt mortem alterius concepta, aut in tempus mortis reorum. *ibid.* Quid interſit, utrum plures res coniunctim an diſiunctim in ſtipulationem deductæ, 767. *a.*
Stipulationes & obligationes ad hoc comparatæ, ut unuſquiſque acquirat ſibi: qui alij ſtipulatur, nihil agit. 769. *b.* & 668. Quæ hic cautiones adhibendæ. *ibid.* Quibus in cauſis admiſſum, ut alteri ex conventione alterius utilis actio detur. *ibid.*
Stipulationes emptæ & venditæ hæreditatis. 579. *a.* partis & pro parte. 577. *a.* Cur hæ ſtipulationes captioſæ. 581. *a.*
Stipulationes rem pupilli ſalvam fore, rem ratam haberi & duplæ, an recte dicantur communes. 744. *a.*
Stipulationum iudicialium uſus. 742. *a.* exempla harum ſtipulationum. *ibid.*
Stipulationes prætoriæ unde cognoſcantur, earum uſus & exempla. 744. *b.* Quibus in cauſis locus ædilitiis. *ibid. b.* Diſtinctio ſtipulationum judicialium & prætoriarum ad uſum fori accommodata. 743. *a.*
Subſidiaria actio quando pupillis detur adverſus magiſtratus 140. *b.* qui magiſtratus ea actione teneantur: & an hodie adhuc in uſu. *ibid.*
Subſtitutio vulgaris in ſuo hærede non operatur in caſum impotentiæ, ſed voluntatis. 418. *a.*
Subſtitutio pupillaris unde dicta, & quo aſpectu 426. *a.* ſubſtitutio.
Subſtitutio pupillaris extinguitur anno quartodecimo aut duodecimo completo. 444. *b.* Si longius tempus comprehenſum, an ſubſtitutio valeat iure fideicommiſſi. *ibid.* An ad cauſam fideicommiſſi trahatur ſubſtitutio à pubertate incipiens. *ibid.* Apud Batavos ſubſtitutioni pupillari non eſt locus, & quid de exemplari. 448. *b.*
Subſtitutio exemplaris quo conſilio introducta. 433. *a.* Quid juris ſi uterque parens exemplariter ſubſtituat. *ibid.*
Subſtitutio exemplaris an ad muros quoque & ſurdos porrigenda. *ibid.* Etiam impuberibus mente captis, qui in poteſtate ſunt, recte exemplariter ſubſtituit. *ibid.* Si plures ſint mente capti liberi vel fratres, poſſe vel unum ex his ſubſtitui. *ibid.* An & exhæredatis exemplariter recte ſubſtituatur. *ibid.* An ſubſtitutio exemplaris per reſcindentiam infirmata vires recipiat redeunte mente. *ibid.*
Subſtitutionis verbum, quam varie uſurpetur. 416. *b.*
Subſtitutionis diviſio in directam & fideicommiſſariam. *ibid.*
Subſtitutionis nomine ſimpliciter poſito intelligi directam: & perfecta hujus definitio. *ibid.*
Subſtitutionem in codicillis factam ſuſtineri in vim fideicommiſſi. 418. *a.*
Subſtitutionis pupillaris exhæredatis factæ formula. 438. *b.* à ſubſtituto filij exhæredati patrem legare non poſſe, ſicut nec ab ipſo exhæredato. *ibid.*
Subſtitutionis pupillaris formula generali ſoli vocati intelliguntur, qui hæredes nominatim ſcripti. 443. *b.* ex eadem formula ſoli veniunt, qui patri hæredes extiterunt. *ibid.* Alius ejuſdem formulæ effectus. *ibid.*
Subſtitutus ſubſtituto intelligitur etiam ſubſtitutus inſtituto. 420. &c.
Subſtitutus pupillo quando vi formulæ vulgaris admittatur. 427. *b.* Quando vi formulæ pupillaris. *ibid.*
Subſtitutus *pupillaris* excludit hæredes omnes legitimos, *etiam* matrem. *ibid.* etiam quoad legitimam. *ibid.* Idem in pupillari tacita. *ibid.*
Succedere *in capita* quid ſit, quid *in ſtirpes*. 810. *b.*
Succedendi ab inteſtato ratio ex iure noviſſimo. 653. *a.*
Succeſſio liberorum. 652. *a.*
Succeſſio parentum. *ibid.*
Succeſſio collateralium. *ibid.*
Succedendi ab inteſtato ratio apud Batavos 652. *a.*
Succeſſioni in legitimis hæreditatibus cur olim non eſſet locus. 635. *a.* Cur tuſſianus idem non eſſet. 635. Quid ſit, quod dicitur, ſucceſſionem ferit. 635. Quid ſit, quod dicitur, ſucceſſionem non eſſe in ſuis hæreditatibus: & num id mutatum. *ibid.*

Successionis in stirpes usus initio tantum inter suos hæredes fuit: tum hujus successionis ratio. 610. *b.* Quatenus procedente tempore extensa. *ibid.* Cur in ea proximior ulteriorem non excludat. *ibid.* Ad successionem intestati qui descendentium lege 12. tabb. & à prætore vocentur. 622. *b.* Juris veteris derogatio qua ratione, & an sufficienti nitatur. *ibid.* Quatenus primum leg. C. Theod. de inl. ult. C. de suis & leg. libet. juri veteri derogatum: & alia non trita. *ibid.* per tot &c.

Sui hæredes qui dicantur. 481. *b.* ratio huius nominis, & quædam alia non passim obvia. *ibid.* Altera horum hæredum qualitas, sc. necessitas, & quid ea operetur. *ibid.* Prætorius suitatis non sustulit dato beneficio abstinendi, sed necessitatem. *ibid.*

Surdi & muti pro hærede gerere possunt. 493. *a.* Quid si hæreditas delata infanti aut furioso. *ibid.*

Surdos & mutos natura in militiam legi non posse. 363. *a.*

Suspectum recte postulari etiam apud eum, cui mandata jurisdictio. 153. *b.*

Suos hæredes sub alia conditione institui non posse, quamquæ sit in eorum potestate. 411. *a.*

Suus hæres anquis existere possit, quo tempore inspiciendum...

Suus hæres accepto vulgari substituto, ex necessario fit voluntarius, salva qualitate sui hæredis. 418. *a.*

T.

Testamenta annulo duntaxat signare licuerit, an & alio instrumento. 342. *b.*

Testamenti factio quotuplex. 335. *a.*

Testamenta non notis, sed literis scribenda. 354. *b.*

Testamenti Scripti. 339. *a.* mixti ex prætorio & civili forma *ibid.* &c. In testamento scripto non exigi, ut testis intelligat sermonem testatoris. *ibid.* Singularia in testamento cæci. 377. *b.*

Testamenti factionem cur filiifam. non habuerint. 370. *a.* Cur ne patre quidem consentiente potuerint testari, & quid hic de codicillis & mortis causa donatione. *ibid.* Circa hæc mores nostri. *ibid.*

Testamento patris non subsistente, & filij nullum esse. 436. *b.* 444. ideo patrem prius sibi debere testamentum facere. *ibid.*

Testamento patris per querelam rescisso pupillarem substitutionem concidere, & cur non item bonorum possessione cont. tab. *ibid.* 441. quid juris hic jure novissimo. *ibid.*

Testamento scripto cum nuncupativo communia. 339. *a* & 341 *b.* 356. discrepantia. 356. *ibid.*

Testamentum factum juxta statutum aut consuetudinem alicujus loci an etiam vim habeat extra illum locum. 356. *b.*

Testamentum unius in plures codices referri potest. An testamenta plurium in codicem unum. 355. *b.*

Testamentum à pagano non rite factum, si is postea militare cœpit, an id jure militiæ valeat sine nova voluntate in castris declarata. 366. *a.*

Testamentum in procinctu. 333. *a.* Calatis comitiis. *ibid.* per æs & libram. *ibid.* quando hæc in usu esse desierint. *ibid.*

Testamenti prætorij forma. 339. *a.*

Testamentum antea factum cur furor postea incidens, &c. non vitiet: capitis deminutio vitiet. 375. *a.*

Testamentum ut consistat, quænam in persona testantis requirantur. 368. *a.*

Testamentum apud hostes factum jure postliminij non convalescere. 376. *a.* qui hic juris hodie. *ibid.*

Testamentum in genere quid sit. 330. *a.* aliæ testamenti descriptiones examinatæ. *ibid.* allusiva & vera testamenti notatio. *ibid.* Genera testamentorum. *ibid.*

Testamenti factio sitne juris gentium, an juris civilis. 330. & 331. *a.* liberam testandi potestatem apud multos non esse, nec apud nos de feudis. 331. *ibid. a.*

Testamentum ruptum nativitate posthumi præteriti, eo ante patrem mortuo, vires recipere. 454. *b.*

Testamenti posterioris cancellatione restitui prius, cujus tabulæ integræ. *ibid.* differentiæ circa restitutionem testamenti irriti facti maxima aut media capitis deminutione, & arrogatione. *ibid.*

Testamentum rite factum nuda contraria voluntate non infirmari, quamvis coram septem testibus declarata. 456. *b.* Quid juris sit causa adiecta, Quia volo decedere intestatus. *ibid.* Cur ne novi quidem testamenti inceptio vim corrumpendi prioris habeat. *ibid.* temperamenta hujus doctrinæ. *ibid.*

Testamentum quot modis rumpatur. 448. & 449.

Testamento deleto, inciso, &c. utrum fisco defecturæ hæreditas, an venientibus ab intestato. 449. *a.* An jura de incisione, inductione, &c. agentia pertineant etiam ad testamenta nuncupativa, de quibus instrumentum conficitur, ut nunc moris est. *ibid.* Cur prius testamentum rumpatur per posterius, etiam tabulis integris manentibus.

manentibus. *ibid.* etiamsi non revocetur. *ibid.* Quid juris si prius testamentum cõtineat clausulam derogantem. 449. *ibid.* Quid si ex posteriore nemo hæres exstiterit. *ibid.*
Testamentum destitutum. 604. & 449
Testandi facultatem natura non habere, quem natura voce & auditu privavit. 363. *b.* Quid de his, qui casu muti aut surdi facti, notata simul oscitantia Compositorum. *ibid.* & quid hic jure communi. 373
Testandi forma in his regionibus. 356. *b.*
Testandi facultatem capite damnati olim amittebant. An postea ab eo jure recessum. 368. *a.*
Testandi jure militari privilegium etiam nostri temporis militibus competere. 368. *a.*
Testato pro parte & intestato nemo decedere potest: & quam rationem id habeat. 403. *a.* circa idem mores hodierni. *ibid.*
Testatoris voluntas declara testamento minus solenni an obliget in foro conscientiæ, 339. *a.*
Testes ad testamentum adhiberi non possunt, muti, surdi, cæci. 344 *a.*
Testis in testamento esse non potest, qui est in potestate testatoris, & quid de filio emancipato. 384. *a.* An pater in testamento filii post missionem testantis de castrensi peculio recte testis adhibeatur, *ibid.* &c. testes domestici cur reprobentur, & quid hic testimonium domesticum. *ibid.*
Testis an recte adhibeatur hæredis pater, in cujus potestate non est, aut filius hæredis emancipatus. 351. 348. *a.*
Testibus in testamento militis scripto opus non esse. 362. *a.* quot testes à milite per nuncupationem testante adhibendi. *ibid.* 362. An rogatio testium militi necessaria. *ibid.*
Testium conditio tempore testamenti spectanda. 346. 344. *a.* idem juris & in habilitare putativa. 346. *ibid.* quid si quis è testibus ante apertas tabulas moriatur. *ibid.*
Thesauri varia significata. 219. *a.* inventus in loco proprio acquiritur inventori. *ibid.* quamvis locus sacer aut religiosus. *ibid.* in alieno inventus pro dimidio inventoris fit, pro altera dimidia conceditur domino. *ibid.* ratio hujus juris. *ibid.* qui juris hodie. *ibid.*
Tigni appellatio quam late pateat. . . .
Traditio vera & ficta. 223. *a.* Circa traditionem dominia jure gentium non transferri. 223. *ibid.* An ad transferendum dominium requiratur vacuæ possessionis traditio. *ibid.* Traditione non transferri dominium nisi justa causa præcesserit, saltem opinione tradentis *ibid.* Dissensio in causis tradendi an & quando impediat dominii translationem. *ibid.* & 128. *a.*
Triboniani collectiones minimè necessariæ. . .
Triboniani duplex error animadversus . . .
Triboniani testimonium de nudorum corporum suspectione suspectum . . .
Tutela in abstracto considerata est juris gentium, in concreto juris civilis. 123. Tutelæ affectatæ. 149
Tutela legitima minima capitis deminutione non amplius tollitur. 108. *b.* ejus vix apud nos usus: & quid moris cessante testamentaria. *ibid.*
Tutelæ legitimæ species. 107. Agnatorum. 108. *a.* patronorum. 114. *b.* parentum, 115. *b.* fiduciaria, 116. *a.*
Tutelæ definitio explicata. 98. *b.* species tutelæ. 100. *a.*
Tutela an munus publicum. 147
Tutelam moribus hodiernis pubertate non finiri. 127. *a.*
Tutor an jure datus sit; quibus ex rebus æstimandum 101. *a.* qui quibus testamento tutores dare possunt. *ibid.* & 102.
Tutoris à patre dati confirmatio quid differat à dato à matre vel extraneo. *ibid.* 101
Tutores confirmati pro testamentariis habendi. *ibid.*
Tutorum genera apud nos. *ibid.*
Tutor à magistratu dari non potest minor. 25. ann. 104. *b.* Non potest dari ad certam rem, secus apud nos. 105. *a.*
Tutor præter dolum & culpam præstat, sed levem dumtaxat. 844. *b.*
Tutor ob culpam latam remotus an fiat infamis, & quid moribus nostris. 156. *b.*
Tutor interdum à magistratu datur impuberi ad adeundam hæreditatem. 118. *b.* ratio cogendi tutores ad tutelam suscipiendam. 119. *b.*
Tutores dati, qui excusari volunt, non debent appellare. 149. *b.*
Tutores quando & quoties apud nos rationem reddant. 122. *b.*
Tutoris gubernatio quibus in rebus consistat. 123. *a.* quibus in rebus necessaria aut supervacua tutoris auctoritatis *ibid.* auctoritas interponendæ modus 125 *a.*
Tutoris unius ex pluribus satisdationi non obnoxiis provocatione cæteros satisdationi subjici: & quis ordo, in gesta uni committendo. 138. *a.*

V

VEctigal navigantibus qui jure imponant. 162. *b.*
Venditor an præcisè teneatur rem tradere. 789. *a.*
Venditor levem dumtaxat, non etiam levissimam culpam præstat, nisi custodiam in se suscepit. 800. *a.* Quarum rerum venditio recte fiat.

804.*a.* Quid juris si uterque aut alteruter qualitatem rei nesciverit. *ibid.* 804.
Venditor an præsumatur fidem emptoris secutus ex eo, quod simpliciter rem tradiderit. 228.*a.*
Venia ætatis quando, qua conditione & à quo concedatur, & cur citius fœminis, quam masculis; subi & mox de moribus patriæ. 130.*b.*
Veritas plus valet quam opinio, interdum contra & quando . . . .
Victus victori in expensas, &c. damnãdus. 1051.*b.*
Via quid sit, quid contineat, & quibus rebus differat ab actu. 240.*b.*
Vindicare qui rem instituit, eum adhuc interdicto agere posse: & de judicii petitorii cum possessorio cumulatione. . . .
Vindicare quid, lis vindiciarum, vindiciæ, & alia. 961.*b.*
Vinum. *Frumentum.*
Violentiæ varia genera. . . .
Vitium actoris successori neque prodest, neque nocet . . . .
Vitium possessionis quomodo purgetur. . . .
Unio prolium in Germania. 77.*b.*
Universitas non titulum acquirendi, sed rem, quæ acquiritur, significat. 328.*a.* modi acquirendi per universitatem. *ibid.* Species acquisitionis per universitatem apud nos receptæ. *ibid.*
Universitatis res quæ, & quantum in his juris singulis. 167
Usuarius etiam ex fructibus industrialibus sumere potest: & qua conditione. 270.*a.* Modus utendi, & quam large aliquando cum usuario agitur. *ibid.* quarum partium fundi possessio quodammodo penes usuarium. *ibid.* Non potest utendam alii locare aut aut vendere. *ibid.*
Usuarius non prohibetur, dum ipse inhabitet, partem ædium, quam non occupat, alter locare. 272.*b.*
Usucapionis & præscriptionis vetus differentia. 276.*a.* persona usucapientis quæ necessaria, & de bona fide. 177.*b* de justo titulo. *ibid.* Cur prædia provincialia usucapi non potuerint. *ibid.* Quæ res usucapionem non recipiunt. *ibid b.* Error falsæ causæ obstat usucapioni. 287.*b.*
Usucapionis tempora an apud nos observentur. 277.*b.* Juris de usucapione constituti ratio. *ibid.*
Usus qui sit, quid uti, quæ onera usuarii. 268.*b.* quid inter usum & usumfructum interfit, tum in constituendo, tum in amittendo. 269.*a.*
Usus servorum. 273. jumentorum. *ibid.* pecorum. *ibid.*
Ususfructus in rebus fungibilibus constitui non potest. 259.*b.* In hoc vero numerum non sunt vestimenta. *ibid.*
Ususfructus amittitur non utendo per modum constitutum. 263.*b.* quanto tempore non utendo amittatur. *ibid.* An olim sicut adrogatione, ita & adoptione & emancipatione perierit. *ibid.* Extraneo cessus ad proprietatem revertitur. *ibid.* Cur mutatione rei extinguatur. *ibid.* Quando res mutata aut non mutata intelligatur. *ibid.*
Ususfructus quibus modis constituatur. 258.*a.* testamento constitui ipso jure, inter vivos pactionibus, sed si sequatur traditio *ibid.* quid in definitione ususfructus verbo juris significetur 254.*a.* quid sibi velint verba *Sublato corpore* . . . . .
Usumfructum formalem semper esse in re aliena: & quo sensu dicatur pars dominii. *ibid.*
Ususfructus definitione non contineri colonum, creditorem ἀντιχρησιν *ibid.* neque maritum, heredem fiduciarium, emphyteutam. *ibid.* Quid in definitione sibi velit *Salva rerum substantia.* *ibid.*
De Usufructu universali legato. Vide casum. 411.*a.*

FINIS.

Summa Privilegii Regis Chriſtianiſſimi.

LUDOVICI XIV. Galliæ & Navarræ Regis auctoritate ſancitum eſt ac petentibus litteris cautum, ne quis in regno ſuo, aliiſve locis ditioni ſuæ ſubjectis, intra proximos Annos viginti, à die primæ Editionis abſolutæ inchoandos, excudendum, vendendumque quovis modo & ratione curet Librum, qui inſcribitur *Arnoldus Vinnius ſuper inſtituta*, præter LAURENTIUM ANISSON Bibliopolam Lugdunenſem, aut illos quibus ipſe conceſſerit: prohibitum inſuper eadem auctoritate regia omnibus Regis ſubditis, eundem Librum extra regni ſui fines Typis edendum curare, vel quemquam ubicumque fuerit, ad id agendum impellere & excitare citra prædicti LAURENTII ANISSON conſenſum: idque ſub confiſcatione Librorum, aliiſque pœnis ſub Originali diplomate expreſſis contra delinquentes. Datum Pariſiis die 29. Maij 1664.

Signatum.

MABOUL.